

106
2ej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



E.N.E.P. ARAGON

**EL DELITO DE ESTUPRO EN LA
LEGISLACION MORELENSE**

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN
Presenta:

PRISCILIANA FLORES DE LOS SANTOS

México, D. F. 1991



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Págs.
INTRODUCCION.....	I-II
CAPITULO PRIMERO	
EL DELITO EN GENERAL	
1.- NOCION DEL DELITO.....	1
2.- CONCEPTO.....	2
3.- ELEMENTOS.....	10
4.- NOCION JURIDICA, FORMAL Y SUBSTANCIAL.....	20
CAPITULO SEGUNDO	
DELITOS SEXUALES EN GENERAL	
5.- CARACTERISTICAS.....	27
6.- ACCION TIPICA EN LOS DELITOS SEXUALES.....	29
7.- DAÑOS O PELIGROS A LA VIDA SEXUAL DEL OFENDIDO.....	30
8.- DIFERENTES DENOMINACIONES PARA LOS DELITOS SEXUALES EMPLEADOS EN LAS LEGISLACIONES DE OTROS PAISES Y EN MEXICO.....	32
CAPITULO TERCERO	
EL DELITO DE ESTUPRO	
9.- ANTECEDENTES HISTORICOS.....	50
10.- DEFINICION DEL DELITO DE ESTUPRO.....	66
11.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	69
12.- ESTUDIOS DE LA PENA.....	75
13.- DIFERENCIAS ENTRE ESTUPRO Y VIOLACION.....	93

CAPITULO CUARTO

EL DELITO DE ESTUPRO EN EL ESTADO DE MORELOS

14.- ANALISIS DEL DELITO DE ESTUPRO EN MORELOS.....	95
15.- LA LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO.....	99
16.- LA LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA.....	100
17.- LA LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO.....	102
18.- LA LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL.....	102
C O N C L U S I O N E S.....	113
BIBLIOGRAFIA.....	115

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

El marco geográfico y temporal ha determinado que tal o cual rama de la ciencia Jurídica sea objeto de mayor atención, de profundas investigaciones, que han dado por resultado un derecho positivo concorde con la realidad social del momento. Este Derecho Positivo es el que nos da la seguridad de vivir protegidos y obligados por las leyes, situación que se da exclusivamente en su Estado de Derecho, en el cual la ley es el modelo a la cual debe amoldarse la conducta intersocial de los hombres, pero que al mismo tiempo, es el instrumento de cambio de justa transformación, de ampleación de la justicia social a los más apartados núcleos de población, a las clases más débiles y desprotegidas.

Por haber terminado la carrera de licenciado en derecho, hemos tenido la oportunidad de conocer someramente el Código Penal del Estado de Morelos, y nos hemos inclinado por el estudio del delito de estupro, ya que al igual que los otros delitos es de suma importancia el estudio de éste.

Estamos de acuerdo que las disposiciones de la ley penal deben satisfacer a los ofendidos. Pero existe una gran diferencia en el delito de estupro comparado con

los Estados que colindan con el Estado de Morelos entre estos se encuentran el Distrito Federal, por lo cual no encontramos razón o motivo de la gran diferencia que hay en cuanto a la penalidad.

Consideremos que en la actualidad se alcanza ordinariamente un pleno desarrollo psíquico en la esfera de lo sexual.

El trabajo que someto a la sabiduría de mi jurado es seguramente deficiente y defectuoso, pero es el fruto de un noble anhelo de cumplir; y si tengo la fortuna de que compartan ellos esta convicción mía, puedo esperar que me consideren merecedora a un voto aprobatorio que me unja con la ambicionada calidad de Licenciado en Derecho.

CAPITULO I

EL DELITO EN GENERAL

1.- NOCION DEL DELITO.- Estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independientemente de tiempo y lugar. La ineficiencia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces en las realidades sociales y humanas que cambian según pueblos y épocas con la consistente mutación moral y jurídico política.

"La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Se ha tratado en vano de producir una definición del delito con valor universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en los delitos. Es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales".(1)

1.- Castellanos Tena Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Decimonovena Edición México . 1984 . Editorial Porrúa pág. 125

Podemos decir que hasta la fecha no se ha creado una definición exacta del delito que tenga valor universal, ya que varía de acuerdo a las costumbres y necesidades de cada pueblo, y también de cada época.

"La noción del delito ha variado conforme a los momentos históricos, las áreas geográficas y la ideología de cada pueblo, de manera que es difícil establecer un concepto de honda raíz filosófica que tenga validez en cualquier momento y lugar; múltiples definiciones se han elaborado de acuerdo con diversas corrientes doctrinarias que han respondido a situaciones y necesidades específicas".(2)

2.- CONCEPTO.- "Modernamente se han formulado numerosas definiciones del delito: " es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos"- (Rossi). Carrara lo define "es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley, es una disonancia armónica, es la violación de la ley del Estado. Frank lo define: "es la violación de un derecho o de un deber". Wundt wulffen nos dice " es no solamente la

2.- Osorio y Nieto, Síntesis de derecho penal.
Segunda Edición. México 1984. Editorial trillas
pág. 43.

oposición a la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho, sino también la oposición al deber".(3)

Definición.- Según el diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia por Don Joaquín Escriche, define al delito de la siguiente manera: "Es la infracción de la ley Penal; un acto prohibido, porque produce más mal que bien, esto es, más mal para el paciente que bien para su autor la violación de un deber exigible, hecha en perjuicio de la sociedad o de los individuos. La lesión de un derecho. Tales son las definiciones que han propuesto y discutido los publicistas; la primera es tal vez la más clara, sin dejar de ser suficiente como guía para los prácticos y como regla ordinaria de conducta legal para todos los hombres, aunque no lo sea para la teoría".(4)

Adoptándola pues, diremos que por delito se entiende toda infracción libre, voluntaria y maliciosa de una ley que prohíbe u ordena alguna cosa bajo Pena. Pero

3.- Carrancá y Trujillo Raúl: Derecho penal Mexicano. Parte General.- Decimoquinta Edición. México 1986. Editorial Porrúa pág. 221

4 - Escriche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia: Nueva Editorial Corregida y Aumentada con nuevos artículos, notas y Adiciones Sobre el Derecho Americano. México Cardenas 1939.

esta definición que tiene analogia con la de los utilitarios no comprende los delitos negativos, éste es, los que consisten en la omisión de los actos que el derecho exige.

Asi-mismo, establece, que para que haya delito, es necesario que haya una ley infringida y que la infracción se haya hecho libre y voluntariamente y con malicia; pero no por eso dejará de considerarse en toda infracción cometida un delito mientras no conste que el infractor ha procedido sin voluntad, sin libertad o sin conocimiento del fin y de los efectos inmediatos y necesarios del acto u omisión en que haya incurrido.

Si no hay ley no puede haber infracción, "ubi non est lex, nec proe varicatio", y si no hay infracción, aunque haya ley, no puede haber delito: de donde se infiere que el pensamiento y aun la resolución de infringir una ley, puesto que no es infracción. Si en la infracción ha faltado la voluntad, o la libertad o el conocimiento o la malicia, no hay criminalidad que pueda imputarse al infractor.

Asi es que no puede considerarse como delincuente al que comete la acción forzada por alguna violencia material o que no haya podido resistir, o por alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar, o hallándose dormido o en estado de demencia o delirio, o privado del uso de su razón y de cualquier otra manera indepen-

diente de su voluntad, o estando todavía en la edad en que se carece de discernimiento, o ignorando inculpablemente las consecuencias de su proceder, como si uno diera a un enfermo una porción mortífera creyendo que es medicamento pero que lo han traído equivocadamente de la farmacia, o finalmente por efecto de alguna necesidad que no ha estado en su mano evitar, como si uno quitare a otro la vida por defender la suya propia.

El que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que pudo y debió evitar, comete culpa y delito. Esta culpa se llama "cuasi delito" y se diferencia del delito, como se hecha de ver, en que éste es una acción ilícita hecha con intención de dañar, y aquél una acción ilícita que causa daño a otro, pero que se ha hecho sin intención de causarlo.

En la infracción de una Ley o perpetración de un delito pueden participar o intervenir diferentes individuos, unos como autores principales, otros como cómplices y otros como auxiliadores y coautores o como receptores y encubridores. Son autores del delito: los que libre y voluntariamente cometen la acción criminal; y los que hacen a otro cometerla contra su voluntad, ya sea dándole alguna orden de las que legalmente este obligado a obedecer y ejecutar, forzándole para ello con violencia, ya privándole el uso de su

razón, va sea abusando del estado en que no la tenga, siempre que cualquiera de estos medios se emplee a sabiendas y voluntariamente para causar el delito y que efectivamente lo cause.

Los delitos se dividen en Públicos y Privados

Delitos Públicos son aquellos que perjudican inmediatamente el cuerpo social o producen algún peligro común a todos sus miembros: Tales son los que se cometen contra la libertad o independencia de la nación, contra el soberano, contra la religión, contra la seguridad exterior o interior del Estado, contra la tranquilidad y orden público, contra la salud pública, contra la fe pública o contra las buenas costumbres: los que cometieren los funcionarios públicos como tales en el ejercicio de sus funciones: y todos aquellos que, aunque cometidos contra los particulares, amenazan la seguridad de todos: como el homicidio, la violencia, el incendio, el robo, las falsificaciones y otros semejantes.

Delitos Privados, son los que ofenden o dañan directamente a los particulares, sin producir alarma ni peligro común a los demás individuos de la sociedad, como por ejemplo, las injurias verbales y escritas. (5)

5 - Cuello Calón Eugenio, revisada y puesta al día por Camargo Hernández César: Derecho Penal, Tomo I Parte General: Volumen Segundo, Decimoctava Edición: Editorial Bosch: Barcelona 1981

Como el castigo de los delitos públicos interesa directamente al cuerpo social, la ley concede a todo ciudadano la facultad de pedirlo ante los tribunales, exceptuando algunos a quienes se prohíbe; más la acusación de los delitos privados solo está permitida a la persona agraviada porque solo a ella interesa el castigo.

Los delitos sean públicos o privados, son más o menos graves según las circunstancias.

Todo delito produce la obligación de reparar los daños y perjuicios que han causado, además de la pena establecida por la Ley para escarmentar o corregir al delincuente, contener a otros y satisfacer a la vindicta pública.

Los requisitos que señala el art. 16 de la Constitución Política Mexicana para iniciar una averiguación Penal son la denuncia de acusación o querrela o de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata.

Los delitos se prescriben con el transcurso del tiempo de modo que pasado cierto número de años no puede perseguirse judicialmente a sus autores.

"Como fácilmente puede deducirse de los conceptos de delito anteriormente enunciados, ninguno contiene una precisión suficiente para los efectos de la disciplina penal: hay un gran número de acciones injustas, muchas de ellas violadoras de concretos deberes morales que no son delictivos; también hay actos que son vulneradores de derechos pero no infractores de normas penales, por último, hay acciones, evidentemente causantes de perjuicios sociales que no constituyen delitos.

Sin embargo para dar un concepto siquiera sea con carácter provisional de delito, se puede decir, con el maestro Jimenez de Asua, que es toda acción (u omisión) anti-jurídica (típica) y culpable (sancionada con una pena)". (6)

De la distinción romana entre "delicta mala-inse y delicta mala quia prohibita", que atiende a los hechos intrínsecamente inmorales o los que sólo están prohibidos por la ley, toma la Escuela Positiva, con Garofalo el Delito Natural y el Legal. Existe el primero por el hecho de la violación de los sentimientos de piedad y probidad; (humanidad resisten ofensa por las agresiones de la vida, por cualquier mal físico (heridas mutilaciones, malos tratamientos, enfermedades voluntariamente causadas, excesivo trabajo

impuesto a los niños por actos físicos que producen dolor físico y moral, como la violación, el rapto, la privación ilegal de la libertad, o que lo producen sólo moral, como la calumnia y la difamación) los sentimientos de probidad la resisten por las agresiones violentas contra la propiedad (robo y daños); por las no violentas (abusos, insolvencia voluntaria, violación de secreto, plagio, falso testimonio, sustitución del estado civil).

En cuanto al delito legal, es toda acción que amenaza al Estado, que ataca al poder social sin un fin político, el culto, la moral pública o la legislación particular del país.

La Escuela Positiva hace del delito Natural una oposición a las condiciones fundamentales de la vida social en atención a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media en que se encuentran en una sociedad civil determinada (Garofalo, Ferri, Durkheim). De donde, por influencia de la Defensa Social y de la Teoría de la peligrosidad, pasamos finalmente a la noción del delito-estado: un estado morbose social que hiere, no un precepto, sino los sentimientos e intereses de la comunidad; es decir, un fenómeno natural, producto de factores endógenos y exógenos. (7)

Como noción jurídica basada en la violación de la norma recogida por el precepto penal al formular los tipos de delitos, ha construido Belling la siguiente: "Es una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad". El vano epíteto "agrava" que habitualmente se añadía a la "acción anti-jurídica y culpable" para completar el concepto del delito, el epíteto "condenada con una pena", sólo gana firmeza cuando se manifiesta claramente que hoy sólo pueden caer bajo la amenaza penal los tipos de delito firmemente perfilados. (8)

El delito es siempre una conducta (acto u omisión) reprobada o rechazada (sancionada) mediante la amenaza de una pena (por las leyes penales). No es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena; basta con que ésta amenace, es decir, se anuncie como la consecuencia misma, legalmente necesaria.

3 ELEMENTOS

ELEMENTOS POSITIVOS

- a) Conducta o hecho
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Punibilidad

ELEMENTOS NEGATIVOS

- Ausencia de Conducta.
- Atipicidad.
- Causas de Justificación.
- Inimputabilidad.
- Inculpabilidad.
- Excusas Absolutorias.

a) Conducta.- Formas de conducta: Acción u Omisión. Esto es la conducta puede desplegarse bien por una actividad, o por una inactividad

El Hecho.-Cuando la acción o la omisión reportan un resultado de tipo formal consistente en la violación a la norma jurídica únicamente) al primer elemento del delito se le denomina conducta. Cuando la actividad o inactividad producen un resultado de tipo material que traslada al mundo de la naturaleza, al primer elemento del delito se le denomina hecho.

" Dice Radbruch que no es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías, de la misma manera que no se puede colocar "a" y "no a" bajo uno de los dos extremos.

Entre nosotros Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta y hecho nos dice no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo". (9)

Ausencia de Conducta.- Evidentemente, si la conducta está ausente no puede existir delito a pesar de las apariencias.

La fuerza física exterior e irresistible (Vis Absoluta), la fuerza de la naturaleza, (vis maior) o los movimientos reflejos, son causas impositivas de la conducta, ya que al apare-

cer alguna de ellas se encuentra ausente la voluntad, siendo esta uno de los elementos que integran la conducta.

b) Tipicidad: Es la descripción de un determinado comportamiento que el legislador consideró contrario a derecho. También se ha definido al tipo como la hipótesis legal, considerada la conducta como antifurídica.

TIPO

Elementos Generales

- 1.- Conducta
- 2.- Sujeto Activo
- 3.- Sujeto Pasivo
- 4.- Bien Jurídico
- 5.- Objeto Material
- 6.- Resultado

Elementos Especiales

- Referencias Temporales
- Referencias Especiales
- Referencias de Ocación
- Elementos Normativos

Elementos del Tipo.- Todos los tipos contienen seis elementos, mismos que va se precisarón anteriormente. Aparte de estos elementos, en algunos otros tipos el legislador señaló otros elementos que considero necesarios para estimular a la conducta contraria a la Ley. los citados elementos se denominan Especiales mencionados con anterioridad

Tipicidad.-Es la adecuación de la conducta al tipo,es el encuadramiento de una acción u omisión en la hipótesis legal, considerada en la Ley como delito.

Atipicidad.- Es la no adecuación de la conducta al tipo. Cuando falta alguno de los elementos del tipo, habrá atipicidad. No siempre la atipicidad deja impune la conducta, ya que sus consecuencias son las siguientes:

- No integración del delito.
- Traslación de un tipo a otro.
- Existencia de un delito imposible.

c) Antijuridicidad.- La conducta (actividad o inactividad) será antijurídica, o sea contraria a la Ley, cuando siendo típica no este protegida por ninguna causa de justificación. En nuestro Código Penal se encuentran previstas seis causas de licitud, que tienen el privilegio de que originan que la conducta desplegada por el sujeto activo aun cuando sea típica se considere lícita o conforme a derecho. "Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Como expresa Reinhart Maurach, los mandatos y prohibiciones de la ley penal "rodean protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico".

Por eso Carlos Binding decía: La norma crea lo antijurídico, la Ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta: "la norma valoriza la ley describe" (10)

Los eximentes o Causas de Justificación.- Las Causas de Justificación, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica representan un aspecto negativo del delito, si se presenta alguna de ellas falta alguno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tal caso la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho.

Las Causas de Justificación son las siguientes: (Art. 15 Fracciones, III, IV, V, VI, VII, Y VIII).

- 1.- Legítima defensa.
- 2.- Estado de necesidad.
- 3.- Cumplimiento de un deber.
- 4.- Ejercicio de un derecho.
- 5.- Obediencia jerárquica.
- 6.- Impedimento legítimo.

Los excluyentes de responsabilidad son, condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico de derecho penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por tanto no produce la responsabilidad que es inherente al delito.

d) Imputabilidad.- Es la capacidad de querer y de entender dentro del derecho penal: esto es la capacidad de conocimiento y voluntad al realizar la conducta.

"El maestro Ignacio Villalobos nos da su concepto; de lo visto se desprende la necesidad primordial de precisar los caracteres de esa persona o ese "yo" que se menciona como causa psicológica o moral del acto, por ser ellos los que hacen al sujeto capaz de obrar culpablemente o le dan plena imputabilidad jurídica de sus actos.

La imputabilidad se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que por tanto, hace posible la culpabilidad.

Puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquella. La imputabilidad no se refiere a calidades del acto sino del sujeto.

"Segun nuestra Suprema Corte de Justicia, aun cuando se pruebe que el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconciencia de sus actos, voluntariamente procurado, no se elimina la responsabilidad".(11)

La imputabilidad en síntesis, es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

Pero en ocasiones el sujeto antes de cometer el hecho delictivo, para darse valor toma bebidas embriagantes o hace uso de alguna droga, el sujeto se coloca en situación inimputa-

11.- Villalobos Ignacio "Derecho Penal Mexicano", Cuarta Edición. México 1983: Editorial Porrúa págs. 286-287

ble, y en esas condiciones realiza la conducta delictiva. En este caso existe la imputabilidad, si bien existe el antecedente de que el sujeto activo se procuró tal estado de anormalidad antes de realizar la conducta delictiva, ya que actuó dolosa y culposamente. Por tanto es culpable y responsable, siendo merecedor de una pena.

Inimputabilidad.- Castellanos Tena manifiesta " que es calidad del sujeto referida al desarrollo y salud mentales; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, el desarrollo o la salud de la mente, en tal caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

En la inimputabilidad son admisibles tanto las excluventes legales como las llamadas supralegales". (12)

Podemos decir que la inimputabilidad aparece cuando el sujeto al realizar la conducta típica y anti-jurídica, no tiene el conocimiento o bien se encuentra afectado de la voluntad.

e) Culpabilidad.- Se ha repetido desde Von Liszt que la culpabilidad es el nexo psicológico entre el hecho y el sujeto: y por eso se toma la culpabilidad como aquello que hace que el acto anti-jurídico sea reprochable subjetivamente. Al sujeto sólo se le puede reprochar el acto si pasó por su conocimiento y fue ordenado por su voluntad.

La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo".(13)

Los delitos pueden ser dolosos (intencionales), imprudenciales (culposos) y preterintencionales.

Delitos Intencionales.- El art.9 define a estos ilícitos en los siguientes términos " Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley".

Delitos Imprudenciales.- Son aquellos en que el sujeto realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen, o sea, el delito se considera imprudencial, cuando en la conducta media una falta de precaución, irreflexión impericia-falta de cuidado, negligencia u otro motivo análogo.

Delitos Preterintencionales.- De conformidad con lo dispuesto por el tercer párrafo del art. 9 del código penal los delitos preterintencionales son aquellos en el que el resultado es mayor al querido o aceptado.

Concepto de culpabilidad: Es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto realizado.

Inculpabilidad.- "Expresa Jiménez de Asúa que la inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad, este penalista sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Hay inculpabilidad cuando se hallan ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad y son: el conocimiento y la voluntad". (14)

No puede ser culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o si es imputable el sujeto.

La inculpabilidad debe referirse a los dos elementos de la culpabilidad que son: el intelectual y volitivo, pero si se elimina alguno de ellos o ambos debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad, o sea las que anulan, bien el conocimiento, o bien la voluntad son las siguientes:

- a) El error de hecho esencial e invencible.
- b) La coacción sobre la voluntad (también denominada no exigibilidad de otra conducta)

a) El error de hecho esencial e invencible, es una causa que afecta la capacidad de entender o sea el conocimiento, ya que el error es una falsa creencia de la realidad.

El error de hecho esencial e invencible, previsto en la fracción XI del art. 15 del Cód. Penal origina lo que los autores han denominado "eximente o causa de justificación putativa o imaginaria".

En alguna de esas hipótesis, no obstante de que se haya realizado una conducta que la misma haya encuadrado en tipo incluso sea contraria a derecho, y que además se haya ejecutado por una persona imputable tal acción no se estima culpable, toda vez que al realizar la conducta se encontraba afectado del conocimiento.

b) La coacción sobre la voluntad, igualmente un sujeto puede realizar una conducta típica y contraria a derecho, con capacidad de entender, pero sin voluntad o querer, motivado por alguna coacción o violencia en su persona. En este caso, la conducta de referencia no le puede ser reprochada ni a título de dolo ni de imprudencia en virtud de que la acción u omisión fue desplegada cuando se encontraba afectado el elemento volitivo, o sea su voluntad por lo que se ha dicho que el Estado no le puede exigir que actuara en otra forma.

f) La punibilidad.- Osorio y Nieto nos define a la punibilidad de la siguiente manera: "como el hecho típico antijurídico y culpable que debe tener como complemento la amenaza de una pena, o sea debe ser punible y sancionado con una pena al comportamiento delictuoso". (15)

La punibilidad es la sanción en abstracto que señala el legislador para el responsable de la comisión de un delito.

Hay que distinguir entre punibilidad y pena. La punibilidad consiste en el mínimo o máximo que precisa la Ley Penal para imponer a quienes cometen un ilícito. La pena por su parte, es la sanción en concreto que se le impone, a quienes resultan responsables de un hecho delictivo.

Excusas Absolutorias.- Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impide la aplicación de la sanción correspondiente. Las causas se encuentran previstas en la misma Ley Penal, las cuales fueron establecidas por el legislador tomando en cuenta principalmente una adecuada política criminal o bien por equidad o por último en base a la mínima peligrosidad del infractor.

Segun Castellanos Tena, "Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena".(16)

4.- NOCIÓN JURIDICA, FORMAL Y SUBSTANCIAL.

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones del delito de tipo Formal y de Caracter Substancial; a continuación se mencionan algunas de ellas.

16 - Ob. Cit. Castellanos Tena pág. 271

"Para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan; el delito se caracteriza por su sanción penal, sin una Ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito. (17)

"Carmignani dice: "Exteriormente el delito es el acto humano sancionado por la ley". noción insuficiente porque no atiende a las condiciones intrínsecas del acto mismo, sino sólo a las formales".

Formalista y por ello también insuficiente es la definición de Mezger: "el delito es una acción punible" esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena. desde un punto de vista rigidamente formal puede decirse que todos los delitos son artificiales por cuanto sólo existen por virtud de la ley que tipifica las acciones punibles. (Dorado Montero).

Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; el propio Mezger elaboro también una definición jurídico-substancial, al expresar que: "el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

Intrínsecamente el delito presenta las siguientes características: es una acción, la que es antijurídica, culpable, típica y punible según ciertas condiciones objetivas o sea combinada con la amenaza de pena.

Acción porque es acto u omisión humano; antijurídica porque ha de estar en contradicción con la norma, ha de ser ilícita típica porque la Ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable porque debe corresponder subjetivamente a una persona; y punible porque la norma prohibitiva sólo es eficaz penalmente por medio de la sanción: de donde deriva la consecuencia punible.

"De aquí las definiciones de delito. Florian lo define como: "hecho culpable del hombre, contrario a la ley y que está amenazado con una pena"; Liszt afirma: "es el acto culpable, contrario al derecho sancionado con una pena" (18)

Estas definiciones "Cuello Colón las resume y complementa con el citado elemento "tipicidad" diciendo: "Es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible" (19)

"Las anteriores nociones carecen, por así decir, de verdadero contenido humano y social, el que sólo puede encontrarse en el delito considerado como fenómeno humano

18.- Ob. Cit. Carrara y Trullio Raul págs. 222-223

19.- Ob. Cit. Castellanos Tena pág. 129

v social también. A este respecto es la escuela positiva con Garofalo, la que inició la construcción de la fecunda noción de delito, al distinguir entre delito Natural y Legal y dejar el último como signo distintivo de la Escuela Clásica, si bien tal distinción ha sido criticada por cuanto se dice que es arbitraria e inútil para el Derecho Penal, ya que sólo explica una mínima parte de la criminalidad (Alimena); Manzini dice: y además por que la moralidad media representa un máximo respecto a la delincuencia, mientras que el Derecho Penal representa el mínimo ético considerado como indispensable y suficiente para el mantenimiento del orden jurídico.

Ante la justificación de la crítica la distinción entre delito Natural y Legal ha tenido que adoptar, en el positivismo criminal, nuevos puntos de vista. Puede hablarse de delitos Naturales tocante a los que universalmente existen y están reconocidos por los Estados; pero por otra parte, debe admitirse que existen delitos que no ofenden la moralidad media sino los intereses y en todo caso lo que se prohíbe conminatoriamente son aquellas acciones que ofenden normas de cultura que el Estado en un momento determinado cree de su deber tutelar; normas no sólo de derecho sino también de moral, económicas, militares, técnicas e incluso estéticas. Lo que el delincuente vulnera es la norma, la cual precede a la Ley penal; ésta crea el delito, mientras la

norma de cultura, concepto social, base de la convivencia humana, crea la acción antijurídica (Mayer Binding). En el delito como creación de la ley penal hay siempre un elemento político; como acción antijurídica hay un elemento normativo.

A pesar de que moderadamente la noción jurídica es la más explorada, la sociología va rejuveneciéndose cuando se trata de explorar que es la antijuridicidad.

"Si bien numerosos códigos modernos no definen lo que es el delito, pues la definición, como dice Jiménez de Asua, nada enseña a los doctos y nada aclara a los profanos, nuestros códigos penales han procedido distintamente". (20)

El código penal del Distrito Federal de 1871 nutrido en el español de 1870, lo definían como "la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda" (art.1), concepto substancialmente idéntico al de "acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley" (art. 1 c.p.español 1870) aunque más imperfecto que el, pues el delito no viola la ley penal, sino, antes al contrario, hace posible su aplicación.

En cuanto al c.p. de 1929, lo definió como "la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal" y fijó como "tipos legales de los delitos" los

catalogos en el mismo código (art. 11); definición incompleta por cuanto no circunscribe el delito dentro del radio de las acciones humanas y porque mira exclusivamente a sus efectos, así como porque no comprende a los delitos de peligro y porque hay delitos que no atacan derechos sino bienes.

El Código Penal del Distrito Federal de 1931, volviendo al de 1871 y tomando ejemplo del argentino, define a el delito como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (art.7). Esta definición es exclusivamente formalista si bien suficiente a los fines prácticos objetivos de la ley penal. La finalidad pragmática de la definición decidió a la Comisión Revisora a suprimirle la calificativa de "voluntariedad" a la acción, semillero de contradictoria interpretación en la práctica, considerando, sin embargo, con Cuello Calón, que para que la sociedad aplique al delincuente una pena por el hecho realizado basta con que éste sea voluntario, proveniente de su libre voluntad, ya se halle determinada por un conjunto de concausas o ya provenga del libre albedrío. Es pues la voluntariedad, el fundamento pragmático de la imputabilidad: esto es, que el acto u omisión es el elemento objetivo por medio del cual se manifiesta la voluntad.

En resumen podemos concluir que los caracteres constitutivos del delito según el código penal son: tratarse de un acto o una omisión, en una palabra, una acción,

de una conducta humana: y estar sancionados por las leyes penales.

Al decirse acción (acto u omisión) debe entenderse la voluntad manifestada por un movimiento del organismo o por la falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior.

Al decirse que esa acción ha de estar sancionada por la ley se mantiene el principio de que la ignorancia de ésta a nadie aprovecha así como se deduce que la misma ley se obliga a enumerar descriptivamente los tipos de los delitos, los que, para los efectos penales, pasan a ser los únicos tipos de acciones punibles.

El artículo 70. del código penal del Estado de Morelos divide los delitos en: I.- Intencionales, II.- No intencionales o de imprudencia. Tiene su antecedente esta clasificación en el c.p. de 1871.

El artículo 80. del código penal del Distrito Federal, divide los delitos en: I.- Intencionales, II.- No intencionales o de imprudencia, y III.- Preterintencionales.

También tiene su antecedente en el c.p. de 1871: "hay de litos intencionales y de culpa". Es la clásica distinción entre dolo y culpa, a los que se dan denominaciones diferentes.

CAPITULO II
DELITOS SEXUALES EN GENERAL

5.- CARACTERISTICAS.- Estando contemplado en el Código Penal del Estado de Morelos el delito de estupro en el Título Décimoprimer Capítulo I de los "delitos sexuales" y en el Código Penal del Distrito Federal en el Título Décimoquinto Capítulo I "delitos sexuales", es menester tratar someramente sus características doctrinarias ya que para el correcto entendimiento y la ulterior interpretación de los tipos de delitos sexuales en especie, es necesario inicialmente desde un punto de vista puramente doctrinario, fijar su concepto general derivado de la observación de sus características constantes y esenciales.

"En opinión del licenciado Francisco González de la Vega, para poder denominar con propiedad a un delito como "sexual" debemos utilizar un doble criterio regulador, es decir, en ese delito deben concurrir las dos exigencias que vamos a mencionar en seguida:

1.- Se necesita que la conducta criminal, las acciones ejecutadas por el delincuente en esa infracción, sean directamente actos de lubricidad. Los actos de lubricidad pueden ser desde la simple caricia erótica (el manoseo libidinoso característico del atentado al pudor) hasta las cópulas normales o anormales.

Sin embargo, se necesitará para llamar "sexual" a un delito, que la conducta del delincuente en el mismo sea un acto sexual, completo o incompleto, normal o anormal, pero un acto sexual.

2.- Es necesario además, que esa conducta erótica del infractor venga a lesionar o comprometer intereses jurídicos del ofendido, relacionados con su vida sexual. No basta para llamar a un delito "sexual", que el delincuente se comporte sexualmente; menester es, que ese delito repercuta en el ofendido sexualmente: que esa acción sexual venga a herir, o a lo menos a comprometer derechos jurídicos del ofendido, relacionados con su propia conducta sexual.

Siempre en los reales delitos sexuales encontraremos que existe un bien jurídico violado por la conducta del infractor, bien sea el derecho a la libertad sexual o el derecho a la seguridad sexual del ofendido". 11)

Hay numerosos delitos relacionados con los problemas de la sexualidad; pero no porque estén relacionados con la conducta sexual humana, merecen el nombre de "delitos sexuales". Hay delitos que se suponen necesariamente un antecedente de conducta sexual, y que sin embargo no pueden ser llamados delitos sexuales.-Por ejemplo el aborto.

1.- Gonzalez de la Vega Francisco.- "Delitos Sexuales" Universidad Nacional Autonoma de México.- Escuela Nacional de Jurisprudencia.- México 1942 págs. 5-6

aunque supone un antecedente sexual, no es un delito sexual, también tenemos el homicidio por motivos depravados.- El sadista es aquel sujeto deformado sexual, anormal sexual que solo encuentra satisfacción erótica torturando a su víctima, y esta tortura puede llevar hasta el homicidio. Aun cuando el móvil de este homicidio lo encontramos en la apetencia erótica, este homicidio no es un delito sexual; es de móvil sexual pero no delito sexual, porque el bien jurídico que tutela el legislador en este caso como en el anterior no es lo relativo a la conducta sexual del ofendido, sino que tutela el derecho a la conservación de la existencia.

Existen otros delitos que aparentemente tienen un fondo de sexualidad y no son delitos sexuales. ejemplo: todos los delitos de sangre originados en los dramas de celos.

Para que un delito sea "sexual" no basta que tenga un presupuesto sexual como en el caso del aborto, o un móvil sexual, como en el homicidio por motivos depravados, o un fondo más o menos concerniente a la conducta sexual del infractor como en los dramas de celos. Vamos a intentar establecer otro criterio regulador.

6.- ACCION TIPICA EN LOS DELITOS SEXUALES

Para llamar en doctrina como sexual un delito se requiere.

en primer lugar, que su acción típica sea "directa e inmediatamente de naturaleza sexual", no basta que la conducta sea precedida 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 le hacen ejecutar.

Estas acciones erótico-sexuales pueden consistir: en simples caricias o tocamientos libidinosos, como en el delito de atentados al pudor, o en las distintas mas del ayuntamiento sexual que sean normales, como en el delito de estupro que más adelante veremos, o indistintamente normales o contra natura, como en el delito de violación.

7.-DAÑOS O PELIGROS A LA VIDA SEXUAL DEL OFENDIDO.- La acción corporal de lubricidad típica del delito, al ser ejecutada físicamente, debe producir además de inmediato un daño o peligro a intereses protegidos por la sanción penal, atañedores a la propia vida sexual de la víctima. Los bienes jurídicos así susceptibles de lesión por la conducta delincinencial, pueden ser, según las diversas figuras de delito, relativos a la "libertad sexual" o a la seguridad sexual" del paciente.

Así, en la violación, la cópula no consentida e impuesta por la fuerza física o moral constituye evidente ataque contra la libre determinación de la conducta erótica del ofendido, concretamente contra su "libertad sexual" y lo mismo acontece en aquella forma del atentado al pudor realizado en púberes, puesto que ha de ser sin su consentimiento.

En cambio, en el estupro, la cópula realizada en mujeres apenas núbiles por su corta edad, con su consentimiento, pero con procedimientos engañosos o de seducción, lo que realmente tutela el legislador no es la libertad sino la "seguridad sexual" de las inexpertas jóvenes contra actos carnales facilitadores de su prematura corrupción de costumbres.

Igual situación se observa en aquella forma del atentado al pudor realizado en impuberes, pues el delito existe aun cuando éstos proporcionen consentimiento al acto.

"En lo tocante a la libertad sexual --referente a los ilícitos que atacan la libertad de las personas de disponer de su propio cuerpo-- no existen en la doctrina corrientes vigorosas que se opongan a la protección de la libertad o que impugnen que las acciones sexuales obtenidas mediante fuerza o error, ofenden la libertad sexual. Si bien, la comisión parlamentaria italiana que

estudió el proyecto Rocco. Sostuvo que la libertad sexual no existía.

Para Antolisei la libertad sexual es "la facultad que a cada uno compete (naturalmente dentro de los límites del derecho y las costumbres sociales) de disponer del propio cuerpo para fines sexuales". De modo general ha sido aceptada por la doctrina que debe protegerse la libertad sexual porque ella "hace parte de las más íntimas y esenciales dignidades y noblezas humanas, como son los actos de disposición por parte de otros del mismo cuerpo, de manera tal que las relaciones sexuales no sean cumplidas frente al propio disenso".(2)

8.- DIFERENTES DENOMINACIONES PARA LOS DELITOS SEXUALES EMPLEADOS EN LAS LEGISLACIONES DE OTROS PAISES Y EN MEXICO.- Dentro del derecho comparado, las legislaciones de diversos países han empleado distintas denominaciones y clasificaciones para comprender los delitos que en algo afectan la honestidad sexual.

"La expresión Delitos Sexuales es usada entre otros códigos por el mexicano, el ecuatoriano y el nuevo costarricense, pero tal denominación ha sufrido críticas acerbas como la de Mariano Jimenez Huerta que califica esta

2.- Rojas Pérez Palacios Alfonso.- "Sexo y Delito" Mexico 1982: Editorial Porrúa págs. 88-89

locución de abigarrada, exótica, ajurídica y además, "trasciende a un primer plano el instinto fisiológico que impulsa la conducta". Por su parte, Luis Carlos Pérez aserva que "la expresión delitos sexuales no trasciende el bien jurídico protegido".(3)

"No hay principio de acuerdo entre el bien jurídico protegido en los códigos penales del mundo, para designar lo que algunos denominan delitos contra la libertad y el honor sexuales.

Sin embargo, el vocablo libertad figura en determinados Códigos como en el peruano, para el cual los delitos contra la libertad y el honor sexuales son una variante de los delitos contra las buenas costumbres. La palabra libertad también aparece en los Códigos brasileño, soviético e italiano. En este último los delitos contra la libertad sexual forman parte de los delitos contra la moral pública y las buenas costumbres. Así mismo lo usan los Códigos salvadoreño y el guatemalteco. En Italia la conjunción carnal violenta se considera como lesión a la libertad, pero no al honor sexual.

Los Códigos francés, danés y boliviano consignan como bien jurídico protegido las buenas costumbres, lo mismo que el venezolano, el panameño y el cubano, que adicionan al orden de la familia, en tanto que

el uruguayo considera necesario agregarle al de las familias, el calificativo de bueno.

La honestidad también se considera como bien jurídico protegido, tal como lo hacen los Códigos español, argentino, salvadoreño, costarricense y el puertorriqueño, el que involucra la moral pública. También aparece la moral en algunos códigos como el bien protegido, considerándose en unos como moral pública, del modo como lo menciona el de Puerto Rico, que además tiene como bien jurídico protegido la honestidad. El de Nicaragua eleva el orden de la familia como bien jurídico protegido.

En los diversos Códigos Penales, el núcleo del tipo de los delitos sexuales, emplean desemejantes verbos en la norma: someter; obtener; ejecutar; consumir; iniciar; enseñar; que carecen de contenido sexual. En tanto que otros Códigos usan los vocablos vacer; cópula; cohabitación; ayuntamiento; acto; relación sexual; contacto sexual y contacto carnal. Pero estas palabras, tengan o no contenido sexual, carecen de relevancia penal; la adquieren junto con otras circunstancias señaladas en el mismo tipo, ya que por regla general no es suficiente el mero acto sexual, para que el hecho se tenga como delictivo. Jiménez de Asua asevera: "el acceso carnal es una función perfectamente ajeno al derecho punitivo". Así mismo, lo es cualquier otro acto sexual, si no se vincula a determinadas

condiciones descritas en el tipo, que a veces se relacionan con una calidad o circunstancia específica del sujeto pasivo o a determinada modalidad de la conducta empleada como medio para la realización del acto sexual. Pero otros Códigos Penales --en lo tocante a delitos sexuales-- carecen de definición legal, lo que implica ausencia de tipo y por lo tanto, constituye una violación flagrante al principio "Nullum crimen sine lege".(4)

Puede observarse que a estos delitos corresponden formas muy variadas de acciones típicas y también muy heterogéneas especies de bienes jurídicos objeto de la tutela penal, pues algunos conciernen a la honestidad o moralidad pública, otros a la libertad o seguridad sexual, otros son protectores de las formalidades matrimoniales o del carácter monogámico del matrimonio y, por último, algunos atañen a la prevención general de cualquier especie de delitos o vicios.

El Código Penal Mexicano de 1929, en títulos separados distinguió:

a) Los 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 este o de algún vicio);

4.- Ob. Cit. Rojas Pérez Palacios Alfonso
págs. 88, 91

b) Los delitos contra la libertad sexual (atentados al pudor, estupro, violación, rapto, incesto). y

c) Los delitos cometidos contra la familia (delitos contra el estado civil de las personas, abandono de hogar, adulterio, bigamia u otros matrimonios ilegales).

En general, esta distribución acusa mejor técnica salvo que indebidamente se empleó para el Título XIII la denominación de "Delitos contra la libertad sexual", ya que el atentado al pudor y el rapto en sus formas consensuales de comisión, el estupro y el incesto, no constituyen atentados contra la libertad sexual, pues más bien ofenden la seguridad sexual los tres primeros, y el buen orden familiar el último de los mencionados. En cambio fué plausible la clasificación del adulterio dentro de los delitos contra la familia.

La moderna legislación mexicana, contenida en el Código penal de 1931, no siempre con acierto, distribuyó los delitos bajo los siguientes títulos:

a) 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 este o de algún vicio).

b) Delitos sexuales (atentados al pudor, estupro, violación, rapto, incesto y adulterio); y

c) Delitos contra el estado civil y bigamia (títulos VIII, XV, y XVI del Código penal de 1931).

En el Código español vigente se mantiene la denominación clásica: delitos contra la honestidad, objetable principalmente por su pronunciado sabor canónico. La supervivencia de éste título en un texto positivo favorece la confusión entre Derecho y Moral, entre delito y pecado. semejante confusión debe evitarse con especial esmero en torno a este género de infracciones".

"La ley penal no se propone mantener incólumes las virtudes, como lo serían la castidad, la pureza, etc.. Esos valores pertenecen a la esfera de la Religión y de la Moral. 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 o ataquen ni lesionen determinados órdenes sociales".

"El objeto jurídico de estos delitos, o sea el interés penalmente tutelado, tiene como titular inmediato algunas veces, a la sociedad; en otras el 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 objeto pasivo es siempre un individuo determinado, una persona humana".

"Aquellos (contra la moral pública) como especie de los delitos contra la honestidad, ante el derecho español constituyen los delitos de escándalo público, subtítulo más exacto que el rubro empleado en el código alemán, en el italiano y en el nuestro. En efecto, el delito ataca siempre a la moral pública. No debe olvidarse aquel "mínimo ético" a que nos hemos referido, cuya violación está necesariamente en la base de toda infracción penal, aun de las llamadas "artificiales" (ejemplos: contrabando, portación de armas prohibidas, etc.), o de creación legal".

"En el título VIII, "Delitos contra la moral pública", se contienen cuatro tipos:

- 1.- Ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres (pudor decencia colectivos).
- 2.- Corrupción de menores:
- 3 - Lenocinio (rufianería, proxenetismo):
- 4 - Provocación a un delito y apología de éste o de algún vicio".

"El orden social que ataca estos delitos de escándalo público suele ser extraordinariamente complejo. Por el de lenocinio la salubridad pública, la dignidad humana, etc. resultan comprometidas o dañadas, a veces, más que

"las buenas costumbres" o la "moral pública", a menudo ciega indiferente o cómplice. Sólo remotamente es de fondo sexual este delito, cuyo móvil, según el presupuesto legal, es el lucro. Tampoco ofrece relevancia sexual la apología de un delito o de algún vicio, si éste o aquél no se relacionan a su vez con la sexualidad. Pero todas estas cuatro infracciones (menos la segunda) poseen una característica común: pertenecen a la clase que Ihering denomina "delitos contra las condiciones esenciales para la existencia moral de la sociedad". El sujeto pasivo es, en efecto, la sociedad".

En cambio, en los "delitos sexuales" el hombre (la persona humana) es el sujeto pasivo, porque en su cuerpo siempre recae directamente la acción erótica criminal.

Los delitos que el código penal vigente en el Estado de Morelos en el título XI Capítulo I clasificándolos genéricamente como sexuales, podemos enumerarlos como sigue:

- I.- Delitos de atentados al pudor (en puberes o en impúberes, art. 233);
- II.- Delito de estupro (art. 235);
- III.- Delito de violación propiamente dicha (art. 238);
- IV.- Delito que se equipara a la violación o violación impropia (art. 239);

- V. - Delito de rapto (violento o consensual, art. 240);
- VI. - Delito de incesto (entre ascendientes y descendientes o entre hermanos, art. 244); y
- VII. - Delito de adulterio (en el domicilio conyugal o con escándalo, art. 245).

Observando la naturaleza de las acciones características de cada uno de los delitos anteriormente enumerados y la naturaleza de los bienes jurídicos objeto de la tutela penal, podemos concluir que el atentado al pudor, el estupro y la violación, en paridad doctrinaria están bien clasificados como sexuales, ya que en ellos la conducta del delincuente siempre consiste en actos corporales de lubricidad -caricias eróticas o ayuntamientos sexuales- que producen como resultado la lesión de la libertad o de la seguridad sexual del sujeto pasivo.

Si el rapto, en cambio, consiste en la sustracción o en la retención de una mujer por medios violentos falaces o seductivos, para la satisfacción de un deseo erótico o para casarse, tales características no corresponden, en rigor a las peculiares a los delitos sexuales.

En efecto, la acción típica consiste en el apoderamiento de la mujer, es decir, en la acción de tomarla y llevársela o de retenerla, la que en sí misma no implica

una agotada realización sexual. Además, no siempre es necesario que la necesidad perseguida por el raptor sea erótica, puesto que la matrimonial no forzosamente la supone; su inclusión en el título de los delitos sexuales en parte puede explicarse porque, con frecuencia, el rapto no es sino el antecedente de una violación o de un estupro.

En el incesto --relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes o entre hermanos--, aun cuando la acción típica es evidentemente sexual, el objeto de la tutela no lo es, pues no ofende, salvo casos verdaderamente excepcionales (incesto con menores o impuesto por la violencia), ni la libertad ni la seguridad sexuales, más bien es un delito contra el orden de las familias, concretamente contra el orden sexual exogámico regulador moral de la formación de dichas familias.

El delito de adulterio --avuntamiento sexual entre persona casada y persona extraña a su vínculo matrimonial, efectuado en el domicilio conyugal o con escándalo, no obstante que la acción en que se consuma es erótica, constituye más bien infracción de extrema injuria contra el conyuge inocente, por la afrentosa invasión de la residencia común o por la grave publicidad que entraña su realización escandalosa.

Por tanto, la discutible clasificación legal de incesto y del adulterio como delitos sexuales obedece exclusivamente a que los actos consumidores de los mismos son de naturaleza sexual.

En resumen y en un sentido doctrinario deriva de las notas más esenciales que presentan los delitos sexuales dentro del derecho comparado contemporáneo, se ha propuesto como noción general de los mismos la siguiente: "son aquellas infracciones en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a este se le hacen ejecutar y que ponen en peligro o dañan su libertad o su seguridad sexuales", siendo estos los bienes jurídicos objeto específico de la tutela penal.

A los delitos que reúnen estas condiciones --atentados al pudor, estupro, violación-- en la legislación mexicana se agregan: el rapto, porque con frecuencia termina en afrentas sexuales, el incesto y el adulterio, porque sus acciones típicas son eróticas y afectan primordialmente el orden sexual de las familias.

Ante esta noción doctrinaria resulta imposible confundir los delitos sexuales propiamente dichos con los de simple "fondo sexual". A los que así designamos porque en ellos pueden observarse antecedentes, conexiones,

motivos o finalidades de lincaamientos eróticos más o menos pronunciados. Así, por ejemplo, el aborto supone un antecedente sexual que consiste en el acto erótico originador de la preñez, la que se interrumpe criminalmente con la muerte del producto, para evitar una maternidad no querida; el lenocinio, en sus formas de trata de blancas, proxenetismo, celestinaje y rufianismo, es delito de simple conexión con actos sexuales, puesto que el lenón no actúa por sí mismo lúbricamente, limitando su conducta a lucrar con la vergonzosa intermediación en el comercio carnal de los demás; las lesiones y homicidio pueden cometerse por móviles o motivos sexuales, como en los dramas sanguinarios de los celos o de la sorpresa del adulterio; la profanación de cadáveres puede realizarse con finalidad lúbrica (necrofilia), etc.

En todas estas infracciones, no obstante su fondo erótico, no existe la acción típica carnal, o bien la lesión a intereses jurídicos relacionados con la vida sexual de los ofendidos, o una y otra características reunidas.

Pero el estricto criterio que para distinguir los delitos sexuales ha quedado establecido, no siempre se observa en la evolución histórica del Derecho Penal.

Al comentar para la legislación española los delitos contra la honestidad, Cuello Calón hace notar que no todos los actos que constituyen una violación de la moral

sexual están reprimidos por el Código penal. "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 en 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". (5)

Se acepta de modo pleno la necesidad de separar cuidadosamente la esfera de la moral y la de el Derecho Penal; pero se cree que resultaría indebido construir un Derecho Penal Positivo desprovisto de todo contenido ético.

No toda la moral debe estar amparada por el Derecho Penal; pero si todo el Derecho Penal debe estar amparado por la moral. No se cree, sin embargo, con esto se niega autonomía al derecho penal respecto de la moral. Las esferas de la moral como las del derecho, no pueden confundirse. Más esto no quiere decir tampoco que para el derecho

5.- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal Conforme al Código Penal, Texto Refundido de 1944. Parte general.- Eugenio Cuello Calón: Novena Edición.- Editorial Nacional, México 1963

no exista la moral o que, para la moral, carezca del sentido la norma jurídica.

La norma moral y la norma jurídica son susceptibles de diferenciaciones formales.

El repertorio del Código Penal, en realidad, se compone de tres delitos conceptualmente sinceros --homicidio, violación, robo--, siendo los demás como paráfrasis de ellos. En efecto, el primer delito es el homicidio, tutelador de la integridad biopsíquica del hombre; en torno a él giran el parricidio, el infanticidio, el aborto, las lesiones y el abandono de personas, etc. El segundo delito es la violación, tutelador de la libertad sexual, y sus paráfrasis, más o menos cercanas, son los atentados al pudor, el estupro, el rapto, el incesto, quizás el adulterio, etc.. El tercer delito es el robo, tutelador del derecho patrimonial de las personas siendo los delitos de abuso de confianza, de fraude, de daño en propiedad ajena, de despojo de cosas inmuebles o de aguas, etc.

En la época contemporánea se han intensificado notablemente los estudios relativos a la vida sexual, antes considerados por una serie de prejuicios morales y de tabus religiosos como dignos de censura. Principalmente la endocrinología y el psicoanálisis han contribuido en los problemas del sexo.

En términos de generalidad, es necesario advertir respecto de la conducta delincencial de los perturbados sexuales, que sus anomalías con frecuencia son síntomas de estados mentales enajenativos. Recomendable resulta en los procesos su exámen por peritos psiquiatras. Cuando se demuestre que la acción lasciva ha sido realizada por un enajenado mental, la sanción aplicable será, a título preventivo y de tratamiento, reclusión por tiempo indefinido, hasta la sanidad del sujeto, en manicomios criminales o establecimientos especiales (arts. 71 y 72 del Código Penal del Estado de Morelos).

Como a veces la delincuencia por impulso sexual es apenas el síntoma de tendencias patológicamente anormales de los sujetos que las padecen, que los hacen especialmente temibles por la frecuente reiteración de su conducta criminal, se han recomendado, y puesto en práctica en diversos países, procedimientos preventivos o de seguridad consistentes en la simple esterilización o en la castración.

Leves de esterilización existen en diversos Estados de la Unión Norteamericana y en Suiza, Dinamarca, Suecia, Noruega, Canadá, Alemania, etc. Alguno de estos países (especialmente Suiza, Dinamarca y Alemania), llegan hasta prescribir la castración para ciertos delincuentes sexuales peligrosos.

En nuestro país, en el Estado de Veracruz, por ley 121 de 4 de Julio de 1932 y sus reglamentos, se faculta la esterilización para enanclados, idiotas, degenerados o amantes en grado tal que, a juicio de la sección de Eugenesia e higiene mental, la laca del individuo se considere incurable y transmisible por herencia, siempre que la operación quirurgica o el procedimiento en virtud del cual se realice la esterilización no cause al sujeto más que la incapacidad genética, pero le conserve, en cambio, todas las funciones sexuales.

Además las medidas de esterilización o de castración no pueden ser aplicables legalmente en nuestro país porque el mismo artículo 22 de la Constitución prohíbe también la mutilación.

Contra el voto oficial de diversos países, entre ellos México, en el XI Congreso Penal y Penitenciario reunido en Berlín en el año de 1935, por mayoría de votos de delegados individuales, entre los que dominaban numéricamente los representantes de la Alemania Nazi (no por delegaciones de países, no obstante que reclamaron la votación numerosos representantes), se aprobó la siguiente resolución:

Primero.- Hay lugar, en todo texto de ley, de 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 y por indicaciones eugenéticas, es una medida preventiva recomendable, porque disminuirá 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 eugenéticas, así como la castración de delincuentes sexuales peligrosos o reincidentes, son oportunas, con la condición

de que se toman serias garantías para la justificación de esas operaciones.

Sexto.- Las legislaciones nacionales deberán garantizar, desde 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 exámen cuidadoso del caso por un comité de médicos y juristas.

CAPITULO III

EL DELITO DE ESTUPRO

9.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ESTUPRO.- La legislación romana no reconoce el concepto del estupro que existe entre nosotros. Reconoce la violación de la mujer casada o soltera y principalmente de las vestales cuya pena constante es la muerte, no sólo porque cae bajo las sanciones de la Lex Julia de Adulteris, sino también porque queda sancionada por la Lex Julia de Vi Publica. En el concepto romano las escasas formas de estupro que se conocen se confunden con el adulterio. Es curioso observar que excepto en las formas de violencia, el estupro es un delito propio de la mujer "Foedissimam earum nequitiam, quae pudorem suum alienis libidinibus prosternunt..." (horrible maldad es la de aquellas que someten su pudor a las ajenas lujurias), se lee en la primera de las leyes mencionadas. (1)

La constitución del pueblo bárbaro Visigodo trae un concepto nuevo de este delito. El fuero Juzgo considera en tesis general que la mujer libre que admita relaciones sexuales con tal que el estuprador pertenezca a su clase

1.- González Blanco Alberto.-Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. México 1969 Editorial Porrúa.

no tiene otra pena que la de tornirse ella a su culpa (Libro Tercero, Titulo Cuarto, Ley Octava) de manera que en vez del epiteto de las leyes romanas "foedissimam nequitiam" con el mismo énfasis emplea el legislador bárbaro esta expresión "Tornese ella a su culpa"; pero las doctrinas cristianas bajo cuya influencia nació ya esta legislación, determinan que la prostituta, sobre quien se legisla a renglón seguido de la mujer que consiente en el estupro, sea castigada con azotes; por donde lógicamente deducimos que el legislador bárbaro no se conforma con reprobar desde un punto de vista moral el consentimiento de la mujer para cópulas ilícitas, sino que lo considera delictuoso en tanto que las leyes romanas declaraban a la prostituta exenta de pena.

Segun el diccionario de la Lengua Española, Estupro es el acceso carnal del hombre con una doncella logrado con abuso de confianza o engaño. El límite de edad de la doncella, que en España es entre 12 y 13 años, varia segun los códigos. (2)

Entre los teólogos moralistas no se tiene por estupro sino el primer acceso que voluntariamente o a la fuerza sufre una joven virgen.

2.- Diccionario de la Lengua Española. - Real Academia Española. Decimonovena Edición 1970

En el derecho canónico se tiene por estupro el concubito entre soltero y soltera virgen o viuda honrada, sea voluntario o forzoso.

Nuestras leyes antiguas no se sirven de la palabra estupro, sino de las de fornicio o corrupción que son más generales; y algunas de las modernas que la usan, no nos dan su definición, pero por su espíritu se pueden venir en conocimiento que toman por estupro el avuntamiento verificado sin violencia entre soltero y soltera honrada.

Diremos pues en vista de todo, que el estupro en general es: el acceso ilegítimo que uno tiene con una mujer soltera o viuda de buena fama que no sea su parienta en grado prohibido. Dicese con mujer soltera o viuda, pues si lo tuviese con casada, no sería estupro sino adulterio: dicese de buena fama, pues el ejecutado con mujer publica se llama simple fornicación y no merece pena, mientras no sea forzado, añádese que no sea su parienta en grado prohibido, para distinguirlo del incesto.

El estupro puede ser voluntario o involuntario. Es voluntario, cuando la mujer consiente libremente y a sabiendas, sin que medie fuerza ni seducción; y se reputa involuntario, no sólo cuando interviene fuerza física, sino también cuando hay amenaza, engaño, fraude, promesa u otro género de seducción, pues la ley da el carácter de fuerza moral a cualquiera de estos medios.

El estupro puramente voluntario no produce acción alguna ni civil ni penal contra el estuprador, porque a la persona que sabe y consiente no se le hace injuria ni dolo. Es claro que aquí por adulterio entiende la ley el estupro voluntario. Sin embargo sobreviniendo embarazo, no podrá eximirse al estuprador por razón del libre consentimiento de la estuprada, de las obligaciones que tienen los padres con respecto a sus hijos naturales, ni aun de la satisfacción de los gastos ocasionados con motivo del embarazo y del parto. Si mujer no casada ni desposada se fuera voluntariamente a hacer fornicio en casa de algun hombre, este no incurre en pena alguna.

En el estupro involuntario, es necesario distinguir entre la fuerza física y la fuerza moral, habiendo intervenido fuerza física, incurre el estuprador en la pena de muerte y en la pérdida de todos sus bienes a favor de la estuprada, a no ser que ésta consintiere en casarse con él: bien que la pena de muerte se ha conmutado por la práctica en la de presidio o galeras. Pueden acusar del estupro forzado los parientes de la estuprada, y si estos no quisieren cualquiera del pueblo, ante el juez del lugar del delito o ante el del reo, y no sólo al autor sino también a sus auxiliares los cuales no incurren en la misma pena que aquél.

No habiendo intervenido sino fuerza moral, incurre el estuprador, siendo honrado, en la pena de confis-

cación de la mitad de sus bienes: siendo hombre vil, en la de azotes y destierro a isla por cinco años; y siendo siervo o sirviente de la casa, en la de ser quemado. Siendo el estuprador tutor o curador de la estuprada, debía sufrir la pena de destierro perpetuo en alguna isla, y la de confiscación de todos sus bienes en efecto de ascendientes hasta el tercer grado.

Más en el día se halla introducida con arreglo al derecho canónico, la práctica de condenar al estuprador a casarse con la estuprada o a dotarla y reconocer la prole si la hubiere.

Por el bigesto (Ley XXXIV, Título V, libro XLVIII), comete el delito de estupro el que fuera de matrimonio tiene 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. La Instituta de Justiniano dice: "La misma Ley Julia castiga el delito de estupro, en que sin violencia se abusa de una doncella o de una viuda que vive honestamente; la pena para gente acomodada es la confiscación de la mitad de los bienes, y para los pobres pena corporal".(3)

En el mismo sentido en el Derecho Canónico el estupro es el comercio carnal ilícito con una mujer virgen o viuda que vive honestamente y que no sea pariente en grado prohibitivo para el matrimonio, esto último para diferenciarlo del incesto.

Como origen histórico más cercano de las legislaciones vigentes españolas e iberoamericanas que conservan con fisonomía propia del delito de estupro, se puede mencionar el Título XIX, Ley I y II de la setenta partida aplicable a "los que yacen con mujeres de Orden (pertenecientes a Ordenes religiosas), o con viudas que vivan honestamente en sus casas, o con vírgenes por halago o engaño, sin hacerles fuerza".

Ya los Cánones de las Iglesias Españolas, como la de los Pontífices Romanos, señalaban para el estupro una pena alternativa; la de dotar a la mujer o tomarla en matrimonio; pudiera pensarse que esta pena de contraer matrimonio con la mujer tenía por objeto reparar el daño causado a la virginidad, lavar la mancha, cubrir el nombre como todavía se dice en nuestro lenguaje familiar, pero tal fin no se satisfacía con la pena de dotar a la mujer, pues más parecía que se le daba el precio de su deshonra, principalmente si observamos que estos Cánones es el rescate de la venganza y que tiende a substituir el sentimiento de la venganza la pasión de la codicia. De manera que hay que buscar

el fin que se proponen estas normas canónicas en un objeto más humano, más terreno, más real que el de expiación o reparación de un daño inmaterial. La mujer estuprada era una mujer manchada; todavía la legislación Visigoda prohíbe el matrimonio de un hombre libre con mujer estuprada; en estas condiciones es difícil para ella encontrar marido; de manera que el estupro le ha privado de la posibilidad de encontrar matrimonio en el futuro, por eso se le repara el daño económico que el obstáculo al matrimonio le causa, dotándola para que tenga de que vivir o tomándola en matrimonio.

Volviendo a nuestra legislación observamos que el mismo daño se estima causado por el estupro en la época actual, la mujer estuprada encuentra en estas circunstancias un obstáculo para el matrimonio; pues todavía las costumbres no han evolucionado hasta el punto de que el hombre reconozca a la mujer igual libertad sexual que la que él disfruta; el hombre requiere la virginidad para el matrimonio como satisfacción de su orgullo, reminiscencias tal vez del sentimiento de satisfacción salvaje de los hombres primitivos que en la violación de una mujer doncella, rememoraban el vencimiento de un enemigo; sentimiento que todavía forma el complejo de la psicología del "Don Juan"; en estas condiciones la mujer estuprada no sólo encuentra dificultad para el matrimonio por no poderle proporcionar al hombre la satisfacción de este complejo, sino porque la virginidad es

para el hombre certificado de las costumbres anteriores y garantía de las futuras: de manera que bajo este aspecto la libertad sexual de la mujer resulta gravemente dañada con el estupro. Pero una vez ocurrido este y siendo un hecho irremediable, debe la Ley reconocer que la mujer estuprada sigue siendo el único administrador de su propia libertad sexual: puede la mujer avenirse al matrimonio legal con un estuprador, puede allanarse a continuar con él sus relaciones sexuales fuera de la Ley, puede recibir de él la reparación económica del daño sufrido, puede en fin conformarse con el estupro sufrido, perdonando al hombre que fué el primero en hacerla sentir el placer sexual y acaso en fecundarla. Los móviles de la mujer para acusar o perdonar son extraños a la Ley, porque respeta la libertad sin inquirir los motivos que determinan sus actos: si en la legislación Bárbara Visigoda el estuprador era puesto a disposición de la mujer para que hiciera de él lo que quisiera, esto ya no es posible en la nuestra porque frente a la libertad sexual de la mujer violada con el estupro está la libertad personal del estuprador protegida también por la Ley: pero en cierta forma el delincuente queda a merced de la mujer ofendida, no para que haga de él lo que quiera, sino para que lo acuse o lo perdone, de acuerdo con los móviles individuales de su libertad sexual.

A este mismo orden de ideas obedece el artículo 304 del Código Penal del 29, donde se establece que la

reparación del daño por el estupro consiste en dotar a la mujer entuprada.

El Código Penal del 31 considera el delito de estupro como delito sexual por sus móviles; no establece objeto jurídico violado distinto del de la legislación anterior, por donde jurídicamente debe interpretarse en el sentido de que la libertad sexual continúa siendo el objeto jurídico violado por este delito, con todas las consecuencias que de esta situación derivan.

Se dice que el delito de estupro tiende a desaparecer. Observan los impugnadores de este delito con un criterio sociológico superficial, por una parte, el hecho que ya hemos apuntado de que la seducción es propia de todas las relaciones amorosas y además recíprocas y es costumbre en dichas relaciones el engaño; que en nuestros días no es posible determinar cuál seducción es más fuerte si la del hombre sobre la mujer o viceversa; porque, por una parte, la mujer tiende a igualarse al hombre en su conducta social e íntima, abomina de la ignorancia sobre toda clase de materias, principalmente, las sexuales, y por otra parte se ha exacerbado en ella el sentimiento de su libertad sexual, que se revela ya no sólo contra cualquier tentativa masculina de imposición, sino también contra la protección paterna que considera transida de candidez y desconocedora de las relaciones de la vida moderna; por otra parte, está el hecho

biológico de la violencia de la libido masculina y de la mayor fuerza de inhibición de la libido femenina, hecho biológico que se traduce en las costumbres, en la precipitación poco reflexiva del hombre frente a las condescendencias fríamente calculadas de la mujer; resultado de todo lo cual debe ser, se dice, que el estupro no sea, en la mayoría de los casos, va no sólo contra cualquier tentativa masculina de imposición, sino una farsa femenina para someter al hombre a las consecuencias legales propias de este delito. Estas consideraciones se agravan cuando se considera que el estupro no tiene como requisito la donceller.

Algunas religiones orientales y sectas cristianas inspiradas en el paulismo o en reformadores protestantes, consideraban la castidad como la virtud de las virtudes, llegando al extremo de repudiar todo lo relacionado con la unión de los sexos, ya que para ellos la impureza era el camino más directo al Averno, y aun las uniones monógamas eran censuradas. El cuerpo humano -origen de las tentaciones carnales- se consideró ignominioso, se reputo abyecto, se estimó vergonzoso cultivarlo, ya que " la limpieza se convirtió en vicio, la higiene en crimen y la mugre en virtud". (4)

4.- Guille, Paul. Historia de las Ideas Morales. Buenos Aires. Editorial Tor. S. I. S. pág. 106

Nosotros, examinando el asunto desde un punto de vista jurídico, que también es sociológico, creemos que el delito de estupro NO DEBE DESAPARECER DE LA LEGISLACION; los argumentos que en su contra se invocan son aparentes, no reales. La libertad sexual, bien jurídico protegido en este delito, marca una gráfica ascendente que cada día se acentúa más en la legislación moderna desde la época en que la mujer en el matrimonio sindiástico pertenece al hombre para darle hijos legítimos de paternidad indubitable o para proporcionarle placer, a través de los harems moros, de los castillos medievales españoles, de los claustros monjiles, de la vigorosa patria potestad que determina el matrimonio sin su consentimiento y excluyendo toda idea de amor, sólo por intereses sociales o económicos.

"Tal como existe el servicio militar obligatorio en algunos países, en Babilonia subsistía para todas las mujeres un análogo "servicio sexual". Una vez en su vida, todas debían acudir al templo de Venus y tener comercio sexual con un extraño, cualquiera que fuese la clase social y la riqueza de las jóvenes. "La servidora sexual pública" se colocaba en el templo y con el primero que le arrojase unas monedas, tenía la obligación de tener relaciones sexuales.

Francisco González de la Vega al recibir a Mariano Ruiz Funes, como miembro de la Academia Mexicana de

Ciencias Penales, afirmó: "No toda la moral debe estar amparada por el derecho penal, pero sí todo el derecho penal debe estar amparado por la moral" (5)

El matrimonio es fácilmente disoluble; los delitos sexuales miran a la mujer como víctima del hombre, no como autora de delito contra la castidad; el adulterio ya no es delito de la mujer solamente sino también del marido; los hijos naturales son equiparados a los legítimos en el Código Civil vigente y también la concubina obtiene una situación legal capaz de producir efectos jurídicos. En estas condiciones es anti-jurídico que se prive de esta protección penal a este bien jurídico; pero hemos dicho que los argumentos esgrimidos contra el estupro son superficiales y vamos a tratar de demostrarlo; que la seducción es mutua, que es natural, que es biológica, esta fuera de duda; pero no es la seducción natural de los sexos lo que la ley considera como elemento constitutivo del delito, como va lo tratamos, sino solamente la seducción delictuosa; hay engaños acostumbrados en el noviazgo y justificados por la naturaleza de las relaciones amorosas, pero siendo la seducción un elemento subjetivo debe entenderse como seducción delictuosa no la que es manifestación del afecto entre dos sexos opuestos, sino la que procede del propósito deliberado de satisfacer

5.- Ob. Cit. Rojas Pérez Palacios Alfonso.

el placer en la cópula sexual, sin otro fin ulterior de amor o de matrimonio; puestas en este punto las cosas, si cabe el engaño y la seducción de la mujer moderna lo mismo que la de la antigua, pues el "Don Juan" es el tipo patológico estudiado por el psicoanálisis recientemente; es simulador del amor, de manera que la mujer cree corresponder a un afecto que no solamente es carnal, sino que tiende a asegurarle la satisfacción de los objetivos sociales y económicos que ella busca en el ejercicio de su libertad sexual, es decir, la mujer cree corresponder a quien aficionado a ella trata de poseerla en matrimonio o por lo menos asegurarle una situación sentimental, biológica, social y económica; en estas condiciones sufre la mujer la seducción del sexo, su libertad se determina hacia donde cree encontrar los objetivos que busca y va despierto el deseo puede sucumbir lo mismo una santa que una heroína; la más anticuada mujer de los siglos pasados que la más moderna, pero el "Don Juan" todo lo ha simulado, sus sentimientos y promesas son una farsa acostumbrada en la que su temperamento fácilmente llega a la emotividad provocada a propósito. Estos tipos de "Don Juan" son el tipo de delincuente de los delitos sexuales, propaladores de sus propias fechorías, difamadores de las mujeres.

El chofer que sentado al volante se cree dueño del mundo y emplea el vehículo como instrumento de sus seducciones, aprovechando precisamente la libertad que la mujer goza en nuestros días, es tipo constante de estupro.

Nótese que a menudo el estupro reviste características que lo aproximan a la violación pero no es lo mismo, más adelante veremos porque.

Podemos examinar centenares de causas de estupro y entre ellas encontraremos muchas en que realmente la acusación de la mujer no obedece sino a una maniobra calculada; pero la gran mayoría de estas causas presentan al estuprador como tipo patológico que no obra en sus aventuras amorosas cediendo al natural deseo sexual, sino que se caracteriza por la predominancia de una tendencia al fraude amoroso con simulación y engaño, que no tiene por objetivo sino la satisfacción carnal, eludiendo todas sus consecuencias jurídicas. Los teóricos del Derecho Penal haciendo literatura fácil toman un caso o dos de estupro para sacar de ahí sus conclusiones generales contrarias a la existencia del delito de estupro; la práctica y el trato inmediato con los delincuentes de este orden los llevaria al conocimiento de los siguientes puntos:

- 1.-Que, como hemos afirmado anteriormente, el seductor es un tipo patológico estudiado por el psico-análisis moderno y que por lo tanto, como fenómeno científico ha quedado fuera de toda discusión bizantina que pretenda negarlo.

II.-Que este tipo patológico no solamente es una curiosidad, sino que dentro del orden jurídico y social es infractor constante de un bien jurídico, la libertad sexual de las mujeres, que la Ley debe proteger con tanta mayor eficacia cuando más fácil es la simulación y el engaño y la conversión de la libertad sexual femenina en su propio perjuicio por estos procedimientos delictuosos.

III.-Que el procedimiento característico de estos delitos es distinto del de la seducción natural de los sexos.

Falcone Lucifero publica datos estadísticos de la ciudad de Roma correspondientes a los años de 1922 a 1927, es decir en un periodo de cinco años, relacionando las edades de los delincuentes con el número de delitos sexuales. Divide en diez grupos las edades: de 9 a 14, de 14 a 18, de 18 a 21, de 21 a 25, de 25 a 30, de 30 a 40, de 40 a 50, de 50 a 60, de 60 a 70, y después de los 70, en esta curiosa estadística se observa una gráfica constante que asciende de la mínima delincuencia en la primera edad, hasta el mayor número de delitos sexuales cometidos por individuos de 14 a 18 años; después de esta edad desciende rápidamente la criminalidad abundante; de ahí desciende lentamente y observamos que la delincuencia sexual después de los 70 años es por regla general mayor que la delincuencia sexual entre los 9 y 14 años. Carecemos de una estadística semejante en Mexi-

co y de datos suficientes para interpretar la estadística italiana, buscando las causas de estos movimientos de la gráfica; pero observamos que son las edades críticas conforme a esta estadística, la de los 14 a los 18 años y la de los 30 a los 40 años. (6)

Teniendo en consideración que en la Ley italiana no existen delitos sexuales por seducción o engaño, sino sólo por violencia, sacamos en conclusión: que en los jóvenes la más alta delincuencia sexual se aplica por la fuerza incontenible de la libido juvenil, pero la nutrida delincuencia sexual de los hombres maduros no se explica por el vigor juvenil, sino por una constitución sexual anormal que es la que proporciona a veces el tipo del "Don Juan", a veces el tipo de violador; esta conclusión en que se afirma la anormalidad constitucional de los delinquentes sexuales de edad madura, se afirma cuando se observa cómo desciende lentamente la gráfica hasta los 70 años.

También entre nosotros se observa que hay acusados por estupro cuya edad fluctúa en derredor de los 20 años, seductores de muchachas de su edad; invariablemente confiesan su delito, confiesan las promesas de matrimonio hechas, el noviazgo, el carteo, etc.: Junto a ellos se

6.- Valenti Vivo F. Crímenes Lujuriosos y Agresivos Psicosexuales. Barcelona Antonio Virgil. Editor. 1911. pág. 228

observa a los hombre de edad madura, seductores de niñas de 12 a 16 años; niegan su delito o por lo menos la doncellerz de la mujer, le niegan honestidad de vida y cuando se investiga la verdad, no se encuentra el proceso natural de seducción de sexes, sino maquinaciones y engaños repugnantes.

Cierto viudo de 40 años llega al punto de llevar a una muchacha a su casa para que se pruebe el vestido de novia que le dice haberle comprado y que solo pidió a vista y cuando la muchacha se desnuda del vestido radiante de ilusión, logra estuprarla y luego niega hasta conocerla.

Un oficial del ejército de 35 años aproximadamente lleva a una señorita que todavía asiste al colegio elemental, a una casa que le dice ser la suya donde la va a presentar a su madre; la farsa se lleva a cabo en una "casa de citas", cuya encargada después de la presentación se retira con el pretexto de ir a rezar el rosario a la iglesia y deja solos en una recámara a los novios. Por el delito pueden citarse casos numerosos que no tienen nada de los noviazgos de Romeo y Julieta, sino mucho de villanía, de fraude, de engaño y que deben ser castigados de acuerdo a la ley.

10.- DEFINICION DEL DELITO DE ESTUPRO

Existen diversas significaciones antiguas de estupro.

"La palabra "estupro" etimológicamente significa el desfloramiento de una mujer. y en el derecho penal generalmente se ha entendido por estupro, en los países en que se reglamenta este delito, el desfloramiento por medio del fraude, del engaño a una mujer. Sin embargo la legislación mexicana, aun cuando conserva la denominación de estupro, no sigue la tradición. En el derecho mexicano no necesariamente significa este delito un desfloramiento de la mujer, y nos parece que en este punto representa un adelanto la legislación mexicana". (7)

Sebastián Soler, define este delito como: "el acceso carnal por explotación de la inexperiencia sexual o del error". (8)

Federico Puig Peña, por su parte, afirma que: "no se puede dar una definición del delito de estupro que abarque todas las figuras que se pueden presentar bajo dicho concepto; que acaso, todo lo que se puede decir sin temor a equivocarse es que lo constituye "todo acceso carnal ilegítimo, no acompañado de violencia". (9)

7.- Ob. Cit. González de la Vega Francisco. págs. 48 y 49

8.- Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino III Tercera Edición. Editorial Argentina Buenos Aires, 1956 pág. 341

9.- Puig Peña Federico. Derecho Penal III. Cuarta Edición. Revista de Derecho Privado pág. 41

El Código Penal de 1871 preceptúa: "Llámesse estupro: la cópula con mujer casta y honesta, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento". En el mismo sentido el Proyecto de Reforma al Código Penal de 1871, el Código Penal de 1929 determina que llámesse estupro: la cópula con una mujer que vive honestamente, si se ha empleado la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento. Y el Código Penal vigente de 1931 establece en el artículo 262, que "al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión".

El propio Carrara propone como definición del estupro: "el conocimiento carnal de mujer libre (no ligada por matrimonio) y honesta, precedida de seducción verdadera o presunta y no acompañada de violencia".(10)

Esta definición no corresponde plenamente a la mexicana del delito y es inexacta por demasiado extensa, ya que no limita en ninguna forma la edad de la ofendida, como generalmente se hace en todas las legislaciones que prevén este delito.

10.- Forte Petit Candaudap Celestino: Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Estupro. Quinta Edición: México 1986. Editorial Porrúa. pag. 10

El Licenciado Porte Petit define al estupro como la cópula consentida --en forma normal o anormal-- por mujer menor de dieciocho años, pero no de doce y sin "experiencia sexual". (11)

Estamos de acuerdo con la definición que nos da el Licenciado Celestino Porte Petit, ya que nos parece, substancial y completa.

11.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ESTUPRO.- Para desentrañar las condiciones jurídicas del delito de estupro que nos ocupa, nos referimos a sus elementos constitutivos a saber:

- I.- Cópula
- II.- Con mujer menor de dieciocho años.
- III.- Casta y honesta.
- IV.- Obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño.

Del anterior análisis se desprende que, en el estupro, el bien jurídico objeto de tutela a través de la conminación de las penas no es libertad, sino la seguridad sexual de las inexpertas jóvenes contra los actos libidinosos facilitadores de su prematura corrupción de costumbres.

11.- Ob. Cit. Porte Petit Candaudap Celestino
pág. 10.

I.- PRIMER ELEMENTO.- La acción humana típica del delito consistente en la cópula normal.

Los Códigos Penales hacen uso de diversas expresiones de sinónimo sentido y alcance, al referirse a la conducta ejecutiva de este delito. El Código Alemán emplea la de "coito"; el italiano, la de "conjunção carnal"; el suizo, la de "acto sexual" y el Código de México la de "cópula".

¿En que consiste la acción criminal prevista en el delito de estupro? Consiste en una cópula. La palabra cópula en su extenso significado, es cualquier forma de avuntamiento sexual, cualquier copulación; dentro de la cópula, pues quedan comprendidas gramaticalmente, aquéllas conjunciones sexuales normales, el coito propiamente dicho, introducción del pene en la vagina de la mujer; pero también quedan comprendidas dentro de la denominación genérica de cópula, las conjunciones contra natura; vertidas en vasos no idóneos para el coito, tales como la cópula anal o bucal.

El señor Licenciado Francisco González de la Vega, dice:

"En su amplia acepción, copula es cualquier forma de avuntamiento o conjunción sexual, normal o anormal, con evacuación o sin ella, sin embargo de la redacción completa del precepto definidor del estupro, se infiere que la cópula

en este delito es el coito normal --introducción del pene en la vagina--, sea agotado (seminado intravas), o sea interrumpido (sin evacuación). Se excluyen las fornicaciones contra natura --en vasos no idóneos para el coito--, porque su aceptación revela en la mujer, ausencia de honestidad sexual, elemento valorativo exigido por el legislador para acordarle protección. (12)

II.- SEGUNDO ELEMENTO.- Mujer menor de dieciocho años.

En el delito de estupro, a diferencia de los delitos de atentados al pudor y violación, el sujeto pasivo de la infracción tiene que ser forzosamente una mujer; pero no cualquier mujer, sino exclusivamente la menor de dieciocho años.

El legislador quiso escoger una edad temprana de la mujer, y en términos generales es evidentemente correcta, se funda en la observación de que generalmente las personas de corta edad aun no tienen suficiente experiencia o educación sexual, para poder defenderse de las maniobras de engaño o seducción, realizadas por el estuprador.

III.- TERCER ELEMENTO.- La mujer menor de dieciocho años ha de ser, además, casta y honesta.

12.- González de la Vega Francisco. El Código Penal Comentado. Novena Edición. Mexico 1989: Editorial Porrúa pág. 380

La castidad es una virtud relativa a la conducta externa del ser humano, que consiste en la abstención corporal de toda actividad sexual ilícita. Casto es lo puro, honesto, opuesto a la sensualidad.

"Almaraz Considera que la castidad es la abstención de los placeres sexuales no permitidos por la moral. Morales Blanco piensa que la castidad consiste en la abstención total de relaciones sexuales ilícitas. Gemetrio Sodi expresa que la castidad consiste en la abstención de los placeres ilícitos.

La Suprema Corte con relación a este concepto, estima que es: "Virtud que se opone a los placeres carnales". La víctima no es la que tiene que probar que es casta, sino quien afirma que no lo es; si se dice que la mujer no es casta y la mujer lo está negando, el que acusa tiene que probar que esa mujer es afectada a los placeres sexuales". (Seminario Judicial de la Federación, CXII, pág. 2188) (13)

Además de Casta, la mujer debe ser honesta.

La honestidad es la de carácter sexual, y consiste, no sólo en la abstinencia corporal de los placeres libidinosos e ilícitos, sino en su correcta actitud moral y material en lo que relaciona con lo erótico.

13.- Ob. Cit. Parte Petit Candaudap pág. 26

En resumen y en esencia, la castidad y honestidad consisten en la correcta conducta sexual de la mujer tanto desde el punto de vista corporal como natural. Es la abstención del placer sexual ilícito.

IV.- CUARTO ELEMENTO.- Consentimiento obtenido por seducción o engaño.

A diferencia del delito de violación, en que el ayuntamiento se efectúa sin la voluntad del ofendido y por medio de la fuerza o de la intimidación, en el estupro la mujer proporciona consentimiento para el acto, salvo que obtenido sea por engaño, o sea por seducción.

Por eso se dice, con una expresión de tono didáctico, que la violación es el robo sexual, en tanto que el estupro es el fraude sexual.

¿Que es el engaño?, es la presentación de falacias, mentiras y artificios para obtener una creencia falsa en el sujeto pasivo de la infracción, por ejemplo una promesa falsa de matrimonio, o el ofrecimiento de "ponerle su casa".

El engaño en el estupro consiste en una tendenciosa actividad de mutación o alteración de la verdad, --presentación como verdadero de hechos falsos o promesas mentirosas--, que producen en la mujer un estado de error, confusión o equivocación, por el que accede a la pretensión erótica de su burlador. Entre la actividad falaz del varón y

la aceptación del concubito venéreo por la joven debe existir seria, estricta y directa relación de casualidad, o en otras palabras, el engaño ha de ser la causa eficiente y determinante de la aceptación de la cópula.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que "el engaño es la tendiosa 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"(14)

Si el acusado da palabra de casamiento a la ofendida, sabiendo que no podía cumplirla por encontrarse ya casado, existe el elemento engaño, que como constitutivo del delito de estupro, establece el artículo 235 del Código Penal, vigente en el Estado de Morelos.

"La seducción para el señor Licenciado Francisco González de la Vega es -maliciosa conducta lasciva encaminada a sobre excitar sexualmente a la mujer o halagos a la misma, disminuyendo así su posibilidad de resistencia psíquica-"(15)

La seducción es un término más difícil de captar jurídicamente; las maniobras de seducción son aquellas del sujeto activo del delito que tienden a disminuir, por la

14.- Ob. Cit. Porte petit Candaudap pág. 49

15.- Ob. Cit. González de la Vega Francisco pag. 381

excitación libidinosa, la resistencia de la mujer inexperta sexualmente.

En su estricto significado jurídico entendemos por seducción: sea la maliciosa conducta lasciva encaminada a sobreexcitar sexualmente a la mujer o bien los halagos a la misma destinados a vencer su resistencia psíquica o moral, a cuya virtud la mujer accede a la prestación sexual, pero para estimarla como integrante del estupro, es necesario 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.

Dentro de las maniobras de seducción o engaño no debemos incluir aquellas actividades de agente que tiendan a excitar a su víctima, por medio de la ingestión de sustancias tóxico-eróticas, pues en este caso se trataría del delito de violación.

12.-ESTUDIO DE LA PENA.- "Muchas definiciones se han dado sobre la pena: nosotros sólo señalaremos algunas.

La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (C. Bernardo de Quiros). El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable una infracción penal. (Eugenio Cuello Calón). Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von Liszt). Es el castigo

legalmente impuesto por el estado al delincuente, para conservar el orden juridico (Castellanos Tena)"(16)

Por pena se entiende la consecuencia legal que tiene el delito para su autor, quien sólo debe sufrirla cuando se la impone el Estado por resolución de sus tribunales.

Otros consideran a la pena como: una privación de bienes impuesta al delincuente por el Estado y determinada por la Ley, con arreglo a su acto. Por ultimo los positivistas miran en la pena un instrumento de defensa social contra la delincuencia.

"Para Carrara la pena es de todas suertes un mal que se inflinge al delincuente: es un castigo; atiende a la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia; para que sea consecuente con su fin, la pena ha de ser eficaz, afflictiva, ejemplar, cierta, pronta, publica y de tal naturaleza que no pervierta al reo; y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable".(17)

16.- Ob. Cit. Castellanos Tena Fernando p.305

17.- Ob. Cit. Carrancá y Trujillo Raul p.711

Se dice que la pena en su evolución ha tenido las características sucesivas siguientes:

- 1a. Vindicativa.
- 2a. Expiacionista.
- 3a. Intimidativa.
- 4a. Humanitaria.
- 5a. Científica.

"La doctrina llamada Clásica del Derecho Penal, alcanzó una acabada perfección por obra de su más ilustre representante Francisco Carrara, pero no pocas de las ideas que fueron aceptadas y desarrolladas por este penalista, se hallan en otros juristas que pueden mirarse como sus precursores. Entre estos se destacan con mayor relieve los nombres de Rossi y Carmignani; Carmignani combatió la doctrina de la justicia moral y el sentido retributivo de la pena defendidos por Rossi, contra la opinión de éste, sostuvo que el derecho de castigar no tiene su fundamento en la justicia moral sino en la necesidad política entendida como "necesidad de hecho".

Otro gran penalista de la escuela Clásica fué Pessina, muy influido por Kant, que concibió como fin de la pena, no la retribución moral, sino la retribución jurídica"(18)

18.- Ob. Cit. Cuello Salón Eugenio. Derecho Penal, Tomo I Parte General pág. 49

Las escuelas modernas no aceptan que la pena se encuentre predeterminada, ni que guarde proporción con el delito únicamente, sino por el contrario, afirman que la pena debe ser indeterminada y adaptada a la persona del delincuente. Este criterio, es decir, el moderno, se basa en la consideración de que si la pena es un medio utilizado por la sociedad para defenderse de los delincuentes, debe individualizarse para ser eficaz; mientras el viejo concepto clásico se apoyaba tan sólo en el pensamiento expiacionista y retribucionista.

Antes de la Revolución Francesa también existió una especie de individualización penal, basada en la condición social del delincuente, lo que por constituir un privilegio, originó un movimiento en su contra cuyo resultado final fué que el principio de la igualdad ante la ley en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, principio que combate el nuevo concepto de individualización el cual, como se acaba de indicar, se fundamenta en la peligrosidad del sujeto y no en su rango o calidad, lo que equivale a decir que no entraña privilegio alguno.

Hay tres sistemas de individualización, a saber:

La individualización legal, la judicial y la administrativa.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

"En la primera, la ley, dice Cuello Calón, suministra los elementos para una clasificación legal de los criminales, indicando las normas que servirían para reconocer cada uno de los tipos previstos y tratando de organizar el régimen de la pena adaptable para cada uno de ellos.

La individualización judicial es aquella que analiza el juez tomando como base el conocimiento que obtiene durante el proceso, de la personalidad del delincuente.

Los problemas que tiene que resolver el juez en este caso son dos:

- 1o.- Con relación a la clase de pena aplicable y,
- 2o.- Respecto a la duración de la pena impuesta.

Finalmente por individualización administrativa se entiende la que realizan los funcionarios encargados de ejecutar la pena impuesta. Si ésta se dice, tiene entre otros objetos la reeducación del delincuente, de tal suerte que deje de ser un peligro social, es ilógico pretender fijar de antemano el plazo durante el cual desaparecerá la peligrosidad del sujeto, como sería ilógico querer fijar de antemano la duración del tratamiento aplicable a un enfermo para devolverle la salud."(19)

19.- Ob. Cit. Cuello Calón Eugenio Derecho Penal Conforme al Código Penal. Texto Refundido, de 1944 p.271

En consecuencia no debe el juez fijar la duración de la pena, cuando mucho, podrá establecer la clase de pena aplicable, partiendo siempre de la personalidad por él conocida del delincuente, correspondiendo a los funcionarios de los establecimientos penitenciarios, que paso a paso siguen las modificaciones de la personalidad del recluso, decir cuando debe concluir el tratamiento penal por ser va innecesario. En otros términos, dichos funcionarios en vista de sus atribuciones y su experiencia, así como de su especialización, son los únicos capacitados para determinar la duración de la pena.

La individualización conduce forzosamente a la sentencia indeterminada, es decir, a la sentencia en la que no se fija, con exactitud matemática, la naturaleza y duración de la pena impuesta.

La indeterminación de la sentencia puede ser absoluta o relativa. De la primera, es decir de la absoluta, se presentan dos sistemas, uno en que el juez sólo fija la clase de pena que debe sufrir el delincuente, correspondiendo a las autoridades ejecutoras señalar el tratamiento penitenciario y la duración de la pena impuesta; y otro en el que las autoridades ejecutoras gozan no sólo de las facultades que poseen conforme al sistema anterior, sino que además pueden cambiar la clase de pena que el juez fijó, de

tal suerte que la señalada por este tiene un carácter provisional.

De todas suertes, reconociéndose que las penas por si solas son ineficaces, se ha adoptado un sistema de medidas concurrentes con ellas, que se denominan medidas de seguridad, destinadas a los individuos especialmente peligrosos por su persistencia en la ejecución de delitos, por ejemplo, delinquentes habituales, o por sus condiciones personales que fundamentalmente hacen conjeturar que delinquirán.

Las medidas de seguridad pueden ser de dos clases, segun se proponga readaptar al individuo a la sociedad, corrigiéndolo, curándolo, etc., o eliminar definitivamente de la colectividad al inadaptable.

Algunos tratadistas piensan que las medidas de seguridad son idénticas a las penas, otros aseguran que sólo son análogas y otros más, por último, opinan que son de naturaleza diversa.

"Esta es la posición adoptada por la Escuela Positiva, que ve en la medida de seguridad el complemento necesario de la pena (Conti). Prevención y represión, por el premio o por la pena, son polos de un mismo eje, nexo de la acción penal social: castigar el daño actual es prevenirse contra el peligro futuro (Saldaña). Así por último, se

emplea una sola palabra para contener las nociones de la pena y la medida de seguridad: la palabra "sanción". Por nuestra parte advertimos que penas y medidas de seguridad tienen naturaleza bien diferenciada: a la idea de la pena corresponde siempre la de dolor, expiación, intimidación; nada de esto hay en la idea de la medida de seguridad, tal evolución no es obra legislativa sino social y cultural.

Cuadro sistematico de las medidas defensivas, que comprende, tanto las penas como las medidas de seguridad, Prins dibuja acertadamente el siguiente:

1o.- el sistema de penas para los delinquentes normales; 2o.- el sistema de seguridad o preservación para los delinquentes defectuosos cuyo estado psiquico sin ser locos no permite la aplicación de la pena propiamente dicha.; 3o.- el sistema de curación de los delinquentes locos, en establecimientos especiales; y 4o.- el sistema de educación para los delinquentes menores. El primero comprende especialmente las penas y los tres restantes las medidas de seguridad". (10)

En México, el Código de 1871 inspirado, como tanto se ha dicho en el criterio de la escuela clásica estableció un sistema de penalidad predeterminado en relación a la mayor o menor gravedad objetiva del delito, y señaló como finalidad de las penas la corrección del delincuente.

El Código de 1929 no habló de penas sino de sanciones, a las que asignó como fin la defensa social en los amplios términos marcados por la Escuela Positiva.

El Código de 1931 comprende, bajo el nombre genérico de penas, a estas y además a las medidas de seguridad, como puede verse en su artículo 24.

"Las penas pueden clasificarse, en primer término según el modo como realicen su función defensiva. Desde esta referencia, Cuello Calón las agrupa en la siguiente forma: "penas de reforma, de intimidación y de eliminación", según el mismo autor las de reforma son las privativas de libertad; las intimidativas son las cortas de prisión y las pecuniarias; y por último, entre las penas de eliminación figuran las de muerte, las privativas de libertad de gran duración y la expatriación". (21)

También pueden clasificarse las penas según persigan deshonrar o no al delincuente, dividiéndose por lo mismo, en deshonrosas y no deshonrosas. Finalmente es posible agruparlas en vista del derecho que afectan, en cuyo caso se dividen en penas que afectan a la libertad, corporales, pecuniarias y contra otros derechos

21.- Ob. Cit. Castellanos Tena Fernando, pág. 307

"Las penas privativas de libertad, que son las que se hace referencia cuando se habla de la readaptación del penado, puesto que a propósito de las otras, como la multa, resultaría ya insano afirmarlo, deben aprovecharse para intentar la reforma educativa, para tratar de inculcar hábitos de trabajo y de disciplina, etcetera; pero sabemos que el resultado será nulo en ese terreno, cuando no contrario a lo deseado. Por tanto en tales penas, dada la realidad actual de la humanidad, siguen teniendo preeminencia los fines intimidatorios y eliminatorios o inculcantes, ya que sólo es una justa aspiración, un plausible propósito y una digna empresa el empeñarse en reformar a los delincuentes en una prisión, con todos los contactos y experiencias que allí viven a diario, las reacciones propias de su situación, su natural rebeldía a las imposiciones de las autoridades a quienes tienen por sus enemigos y con la pobreza de medios que se pueden aplicar a tan ingente tarea". (22)

La prisión en Roma tomó doble carácter: primero: se consideraba como medio de asegurar la persona del acusado mientras se le instruía proceso y segundo: se utilizaba como medio coercitivo. En España el Fuero Juzgo le atribuyó sólo el primer carácter

El derecho canónico fué el que organizó la prisión como una verdadera pena.

El primer establecimiento penal se fundó en Amsterdam en 1595, en la inteligencia de que el establecimiento estaba organizado sobre la base del trabajo como medio para educar. Luego se generalizó el uso de la prisión en Europa, sólo que llegó a condiciones tales de inhumanidad que provocó la reacción de John Howard, quien en el siglo XVIII inició con sus trabajos la reforma penitenciaria.

Los principales sistemas penitenciarios son: el Filadélfico, caracterizado por el sistema de aislamiento celular diurno y nocturno, el de Auburn, con aislamiento celular nocturno y vida diurna en común; pero bajo el régimen de silencio y por último; el sistema inglés Progresivo que divide la pena en tres periodos que son: 1o. con aislamiento celular diurno y nocturno; 2o. con trabajo común en el día y aislamiento nocturno; pero divide este periodo en cuatro clases que se suponen cada una mayores libertades y por las que va pasando el recluso sucesivamente y en atención a su conducta, hasta llegar a la última clase que le permite llegar a su vez, al tercer periodo que es la libertad condicional.

Un sistema que ha tenido gran acogida, es el de los reformatorios americanos, basado, según el Sr. Brochi

va en el principio de avuda de sustitución al castigo, en el de la sentencia indeterminada, en lugar de la de tiempo fijo; en el propósito de rehabilitar al delincuente, en vez de restringirle por la intimidación. Estos principios, como es bien sabido, se aplicaron por primera vez en el reformatorio de Elmira (Estado de Nueva York) creado por una Ley de 1869, y en funciones desde 1876.

En el reformatorio de Elmira se persigue vigorizar física e intelectualmente a los reclusos, proporcionarles o fortalecer su moralidad y prepararlos para la lucha por la vida, dándoles una profesión.

En México, el Código de 1871 adoptó el sistema celular, dividió la prisión en tres periodos, autorizando al reo para que en el último saliera a buscar trabajo o al desempeño de comisiones y estableció, además la retención y la libertad preparatoria.

El Código de 1931 dice que la prisión tiene como límites mínimo y máximo, respectivamente tres días y treinta años, que su ejecución corresponde al Ejecutivo, con consulta de órgano técnico que señalen las Leyes (Departamento de Previsión Social), en la inteligencia de que se organizarán los presidios sobre la base del trabajo, como medio de regeneración, procurando la individualización del

tratamiento penitenciario, con la mira de utilizarlo para combatir los factores de la delincuencia.

La retención y la libertad preparatoria son conservadas por la ley vigente.

A la prisión, como pena principal corresponden, como penas accesorias, las siguientes: suspensión de derechos políticos, de tutela, curatela, de apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o intervisor judicial, sindico o intervisor de quiebras, Arbitro, Arbitrador y representante de ausentes, debiendo tenerse presente que tal suspensión dura todo el tiempo de la condena.

El empleo de las penas cortas de prisión ha sufrido fundados ataques que se pueden resumir así: tratándose de delincuentes peligrosos la prisión corta resulta inútil y tratándose de delincuentes poco temibles la misma prisión corta sólo sirve para corromperlos. De ahí que se haya tratado de sustituirla por medios más eficaces entre los que figuran el trabajo penal, la caución de no ofender, la represión judicial, el arresto domiciliario, el perdón judicial y la condena condicional. Esta última, que ha tenido buena acogida en las legislaciones tiene como característica la suspensión de la pena, sólo que las mismas legislaciones al adoptarla han seguido o el sistema americano que supone la suspensión de la ejecución de la pena con un periodo de control por parte de la autoridad sobre el

sentenciado (período de prueba) o el sistema Inglés conforme al cual lo que se suspende es la sentencia misma que no llega a pronunciarse.

Como ya se dijo anteriormente, por su fin preponderante, las penas se clasifican en intimidatorias; correctivas y eliminatorias, según se apliquen a sujetos no corrompidos, a individuos ya malhechos pero susceptibles de corrección, o a inadaptados peligrosos.

"Por el bien jurídico que afecta, o como dice Carranza y Trujillo, atendiendo a su naturaleza, pueden ser: contra la vida (pena capital), corporales (azotes, marcas, mutilaciones), contra la libertad (prisión, confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinado); pecuniarias (privación de algunos bienes patrimoniales, como la multa y la reparación del daño); y contra ciertos derechos (destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc.)". (23)

Existe también la Condena Condicional, de remotos antecedentes en el Derecho Canónico, proviene en la actualidad de los Estados Unidos del Norte (1859), de donde pasó a Europa y a otros países de América. Se estableció por vez primera en 1929 en el Distrito Federal en el Código

Almaraz, pero en la Republica fue en la ley de san Luis Potosi en donde inicialmente se instituyó (1921).

Mediante la condena condicional se suspenden las penas cortas privativas de libertad, a condición de que el sentenciado no vuelva a delinquir en un tiempo determinado; de lo contrario se le hace cumplir la sanción señalada.

El artículo 90 del Código del Distrito, preceptua que la condena condicional suspende la ejecución de la sanción impuesta por sentencia definitiva. Podrá suspenderse a petición de parte o de oficio, cuando la pena privativa de libertad no exceda de dos años, se trate de delinquentes primarios que hayan observado buena conducta, tengan modo honesto de vivir y otorguen fianza para asegurar su presentación ante las autoridades que los requieran. Según la fracción VII del artículo aludido, si durante tres años contados desde la fecha de la sentencia ejecutoria, el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito intencional que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquélla.

Podrá ser negado el citado beneficio, a pesar de tratarse de penas privativas de libertad menores de dos años y de delinquentes primarios, si en la causa obran datos que permitan presumir que el condenado volverá a delinquir.

La condena condicional puede ser obtenida aun despues de pronunciada una sentencia condenatoria. De acuerdo con la fracción X del artículo 90 del Código Penal para el Distrito Federal, el reo tiene posibilidad de que le sea concedido dicho beneficio, promoviendo ante el juez de la causa la apertura del incidente respectivo.

La libertad preparatoria se concede a los delincuentes cuando ya han cumplido una parte de su condena y observaron en la prisión buena conducta. El Código del Distrito de 1931, establece esta institución en sus artículos 85, 86, 87, en donde señala las bases para la conceción de la libertad por parte del ejecutivo. Esas exigencias son, fundamentalmente, que se trate de penas privativas de libertad mayores de dos años; el sentenciado al cumplir la parte relativa de su condena haya observado los reglamentos carcelarios, una persona solvente vigile la conducta del reo e informe de la misma a la autoridad y otorgue fianza para garantizar la presentación de su fiado; el reo adopte oficio o profesión, resida en el lugar que se le señale y haya reparado el daño causado por su delito y otorgado fianza para garantizar esa reparación. Si el agraciado con la libertad preparatoria observare mala conducta o dejare de cumplir con los requisitos respectivos, se le hará extinguir toda la parte de la condena privativa de libertad de la cual se le habia hecho gracia.

No debe confundirse la libertad preparatoria con la libertad provisional mediante fianza. La preparatoria la concede el Poder Ejecutivo a los condenados que, como se ha visto, hayan cumplido buena parte de la pena privativa de libertad; en cambio, la libertad provisional se otorga por el Ministerio Público o por el juez a los procesados para que no sufran prisión mientras dura el proceso.

La libertad provisional mediante caución no procede en todos los casos, solo únicamente cuando el delito por el cual se acusa tenga señalada en la ley una pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años (artículo 20 de la Constitución, fracción I).

En la legislación del Estado de Morelos, señala en el Libro Primero, Título Segundo, Capítulo I, como sanciones (penas) y Medidas de seguridad en el artículo 24 las siguientes: "las penas o sanciones y medidas de seguridad se aplicarán por los delitos y casos previstos en este código, dentro de los límites señalados en las disposiciones respectivas. Son las siguientes: 1.- Derogada 2.- Prisión, 3.- Derogada 4.- Reclusión de locos, sordo-mudos, degenerados y etícos habituales. 5.- Confinamiento 6.- Prohibición de ir a lugar determinado. 7.- Sanción pecuniaria. 8.- Pérdida de los instrumentos del delito. 9.- Confiscación, destrucción o transformación de cosas peligrosas o nocivas. 10.- Amonestación. 11.- Apercebimiento. 12.- Caución de no

ofender. 13.- Suspensión, inhabilitación o privación de derechos. 14.- Destitución o suspensión de funciones. 15.- Dero- gada. 16.- Vigilancia de la policía. 17.- Suspensión o diso- lución de agrupaciones o sociedades. 18.- Medidas tutelares para menores. 19.- Las demás que fijan las leyes.

Por lo que respecta al establecimiento de las sanciones económicas y multas de que habla el presente Códigi- go se entenderá como salario mínimo general que rija, el que rija en el Estado en el momento de realizarse las conductas previstas en el presente Código Penal.

"Reina la confusión entre los especialistas sobre lo que es propiamente una pena y una medida de seguri- dad; a ambas generalmente se les designa bajo la denomina- ción común de sanciones. El Código del Distrito y casi todos los de la República, a veces emplean, sin embargo, los voca- blos pena y sanción como sinónimos.

La distinción radica en que mientras las pe- nas llevan consigo la idea de expiación y en cierta forma, de retribución, las medidas de seguridad, sin carácter af- flictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa; medidas de seguridad y los demás medios de que se vale el Estado para sancionar, pues en la

actualidad ya han sido desvirtuadas otras penas, como los azotes, la marca, la mutilación, etc."24

En conclusión podemos decir que la pena, no tiene como fin castigar, sino corregir, readaptar y prevenir.

13.- DIFERENCIAS ENTRE ESTUPRO Y VIOLACION

"Estamos de acuerdo en lo que nos dice el Licenciado Celestino Porte Petit, que en la violación la mujer copulaba a virtud de que se ejercía sobre ella la vis absoluta o la vis compulsiva, es decir, que se obtenía la cópula de la mujer sin su consentimiento y por tanto, el bien jurídico que se protegía al sancionar la conducta realizada por el sujeto activo, era la "libertad sexual".

Con relación al bien jurídico tutelado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido indistintivamente que lo son la inexperiencia sexual, la seguridad y la libertad sexual. Como el delito de estupro tutela fundamentalmente la inexperiencia sexual que presupone en la mujer las cualidades de castidad y honestidad, como estado moral y modo de conducta que corresponda a ese estado, es necesario, para tener configurado este delito, que se trate

24.- Ob. Cit. Castellanos Tena Fernando, pág. 309

de una mujer casta y honesta y no puede serlo quien no tiene una conducta adecuada a esa virtud". (25)

El estupro y la violación difieren en que en el primero la cópula se realiza siempre con mujer y en el vaso natural, mientras que en la segunda puede realizarse con persona de cualquier sexo y en cualquier vaso, sea idóneo o no idóneo para ella. Además en el estupro la cópula es consentida por la mujer ofendida, mientras que en la violación se realiza sin el consentimiento de la persona ofendida, el medio que en el estupro se emplea para lograr el consentimiento de la mujer es la seducción o el engaño, en tanto que para lograr la cópula en la violación, se utiliza la violencia física o moral. El delito de estupro sólo puede cometerse en una mujer menor de edad y la violación se puede cometer en cualquier persona sin importar la edad.

CAPITULO IV

EL DELITO DE ESTUPRO EN EL ESTADO DE MORELOS

14. ANALISIS DEL DELITO DE ESTUPRO EN MORELOS - En el Código Penal vigente en su título DECIMOPRIMERO y bajo la denominación de DELITOS SEXUALES, quedan comprendidos los ATENTADOS AL FUDOR, ESTUPRO, Y VIOLACION, EL RAPTO, EL INCESTO Y EL ADULTERIO.

El Código Penal vigente en su artículo 235 se refiere al delito de estupro diciendo: "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o el engaño, se le aplicarán de dos a diez años de prisión y multa de sesenta a ciento veinte veces el salario mínimo".

"Si la ofendida fuere menor de dieciséis años, la sanción será de tres a cinco años de prisión y multa de cien a doscientas veces el salario mínimo y se presumirá el empleo de la seducción o el engaño".

"Si como consecuencia de la comisión de este delito causare la muerte de la persona ofendida, se le aplicará la sanción correspondiente al homicidio calificado".

Este artículo ha sufrido diversas modificaciones tanto en su redacción como en su penalidad, como sigue:

Originariamente decía: Art. 235.- "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciséis años, empleando la seducción o el engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos. La misma sanción se aplicará al que tenga cópula con una mujer de dieciséis años o más, y menor de dieciocho, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño. Se presumirá el empleo de la seducción o del engaño, cuando la estuprada sea menor de dieciséis años".

Fué primeramente reformado por decreto número 19 del 20 de Julio de 1950, en los siguientes términos: "artículo 235.- Al que tenga cópula con mujer menor de edad, casta y honesta, empleando la seducción o el engaño, se le aplicarán de CINCO AÑOS a TREINTA AÑOS de prisión y multa de veinte mil a cien mil pesos.- Cuando en este acto ocurra la muerte de la ofendida se le aplicará la PENA CAPITAL.- Se presumirá el empleo de la seducción o del engaño, cuando la estuprada sea menor de dieciséis años".

Dicho artículo fué reformado por segunda vez por Decreto núm. 59 de VIII- IV de 1970, publicado en el periódico Oficial número 2435 de 15 de Abril de 1970, como

sigue: "artículo 235.- "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño, se le aplicará de dos a diez años de prisión y multa de mil a diez mil pesos.

Si la ofendida fuere menor de dieciséis años, la sanción será de tres a doce años de prisión y multa de cinco mil a veinte mil pesos y se presumirá la seducción o el engaño.- Si como consecuencia de la comisión de este delito causare la muerte de la persona ofendida, se le aplicará la sanción correspondiente al homicidio calificado".

Su redacción actual resulta del Decreto número 69 de 2 de Agosto de 1983, publicado en el periódico oficial núm. 3129, Sexta época de fecha 3 de Agosto de 1983.

La reforma recayó en sus dos primeros párrafos y consistió en elevar la multa.

Art. 236.- No se procedera contra el estuproador sino por queja de la mujer ofendida o de sus padres o a falta de estos, por sus representantes legítimos; pero cuando el delincuente se case con la mujer ofendida, se extinguirá la acción penal.

Art. 237.- La reparación del daño en los casos de estupro, comprenderá el pago de los alimentos a la mujer y también a los hijos, si los hubiere, además de la

que corresponda por los daños materiales y morales que el delincuente cause a la víctima. El pago de los alimentos se hará en la forma y términos que la Ley Civil y Procesal fije para los casos correspondientes y para el de divorcio.

Todas las informaciones anteriores deben considerarse como los principales antecedentes del art. 235 del actual Código Penal, en el cual se tomaron elementos que ya establecían las dos últimas reformas, que fijaron la edad de dieciocho años para la ofendida; se adoptaron las mismas reglas con respecto a la persecución del delito y a la causa de cesación de la acción penal por matrimonio; se estableció la reparación del daño consistente en proporcionar alimentos a la mujer y a los hijos en caso de que los hubiere como si se tratara de divorcio (arts 236 y 237).

Como forma gráfica de expresión puede decirse que el estupro es el tipo de delito sexual llamado FRAUDE SEXUAL, por que el ayuntamiento se obtiene por medio de maniobras maliciosas, seducción; se obtiene por medio de una actitud engañosa y falaz por parte del agente con objeto de obtener el consentimiento de la víctima.

Según los teólogos debe entenderse el estupro como el primer acceso carnal sufrido por una virgen, va sea que se haya entregado voluntariamente o por la fuerza.

Entre nosotros puede ser sujeto pasivo de este delito, cualquier mujer menor de dieciocho años, aun cuando no sea virgen con tal de que sea casta y honesta.

Nuestro delito no se erige para la protección de la honestidad.

Puede acontecer que la virgen no merezca tal protección por virtud de una corrupción sexual anormal: la virgen dedicada a los placeres lésbicos o al coito contra natura, no merecería la protección legal, por estar ausente el elemento psíquico castidad.

15.- LA LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO

El Estado de Guerrero define al delito de estupro de la siguiente manera: "Artículo 227.- Al que tenga cópula con mujer casta y honesta menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos".

El Código Civil del Edo. de Guerrero en su artículo 148 dice: " Para contraer matrimonio se requiere haber cumplido dieciocho años. Los presidentes municipales pueden conceder dispensa de edad por causas graves y justificadas, sólo con el consentimiento de los padres.

Como podemos darnos cuenta, tanto la ley penal como la Ley civil considera que la mujer menor de dieciocho años es incapaz e inmadura dentro del aspecto sexual.

16.- LA LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA.- En el Estado de Puebla, en su artículo 251 dice: "La cópula con mujer doncella mayor de doce años y menor de dieciocho, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento se sancionará con prisión de cuatro meses a tres años y multa de cincuenta a mil pesos.

Cuando la estuprada fuere menor de quince años se presumirá en todo caso la seducción o el engaño".

El Código Civil del Estado de Puebla establece en su artículo 300 lo siguiente: "No puede contraer matrimonio el hombre antes de cumplir 14 años y la mujer antes de los 12 años.

Como podemos observar, que mientras la ley penal considera que la mujer menor de dieciocho años es incapaz e inmadura para percatarse del engaño o de la seducción y para manifestarse libremente en el aspecto sexual, la ley civil le confiere a la mujer de doce años todo el juicio, la formación y madurez necesaria para responder a la responsabilidad del matrimonio y de la familia.

En apoyo de lo antes dicho, tenemos la opinión de Jorge R. Moras al respecto, la cual es la siguiente: "Cual sea la pauta que se tenga en cuenta para establecer la edad precisa, es problema a resolver; pero parece que el más justo sería el que parte de la consideración de la edad mínima requerida en la mujer para contraer matrimonio válido, toda vez que a partir de esa edad, se supone que ya está en posesión de su capacidad física, fisiológica, de discernimiento y moral suficiente para el concubito que es el núcleo del débito conyugal, elemento del instituto matrimonial". (1)

La vida sexual del individuo ha cambiado. Una mujer a los 12 años puede carecer de un conocimiento práctico de lo sexual, y también de experiencia ya que no lo ha realizado, pero no por ello desconozca lo que significa y posee un conocimiento teórico sobre esto, conocimiento que ha adquirido dentro de la educación familiar, o impuesta por la educación escolar, por pláticas, por lecturas, o a través de todos los medios de información que hoy en día han puesto todo lo referente al sexo de una manera natural y podría decirse que hasta descarada, por lo que respecta a los cines y medios masivos de comunicación.

11.-Martínez Roaro Marcela.- Delitos Sexuales.-
Segunda Edición.- México 1982.- Editorial Porrúa, pag. 277

17.- LA LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO.- El articulo 205 lo define asi: "Al que tenga cópula con una mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se le aplicarán de seis meses a cuatro años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos".

El Código Civil del Estado de México nos dice: Artículo 134. "Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Los presidentes municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

Como podemos darnos cuenta, que la ley civil a los catorce años, le otorga a la mujer todo juicio y madurez para responder a la responsabilidad del matrimonio y de la familia, en tanto la ley penal no le otorga dicha madurez en el aspecto sexual a la mujer menor de dieciocho años.

18.- LA LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL.- En su articulo 262 dice: "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión.

En el Código Civil del Distrito Federal en su articulo 148 dice: "Para contraer matrimonio, el hombre

necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El jefe del Departamento del Distrito Federal, o los delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

En el Distrito Federal también al igual que el Estado de México la ley penal y la ley civil difieren en cuanto a la edad de la mujer para otorgarle la madurez y el juicio necesario en el aspecto de lo sexual.

Mucho se ha discutido sobre la etimología de la palabra estupro; sin embargo, la que parece más acertada es la proveniente de la palabra latina "STUPOR" que significa PASMO.

Hecho un breve análisis de los elementos de este delito, pasaré a hacer una observación del artículo 235 del Código Penal para el Estado de Morelos, el cual textualmente dice:

"Al que tenga cópula con mujer, menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño, se le aplicarán de dos a diez años de prisión y multa de sesenta a ciento veinte veces el salario mínimo".

"Si la ofendida fuera menor de dieciséis años, la sanción será de tres a doce años de prisión y multa de cien a doscientas veces el salario mínimo y se presumirá el empleo de la seducción o el engaño"

"Si como consecuencia de la comisión de este delito causare la muerte de la persona ofendida, se aplicará la sanción correspondiente al homicidio calificado".

De la lectura de dicho artículo se desprende que el primer elemento para que se configure el delito es la cópula, pero no cualquier tipo de cópula, sino que como los

textos legales hay que interpretarlos en su conjunto y no las palabras aisladas. se trata en este caso de una cópula normal, por vía vaginal de varón a mujer, ya que no puede tratarse de una cópula homosexual de varón a varón, puesto que el sujeto pasivo de este delito tiene que ser forzosamente una mujer y tampoco puede aceptarse que se trate de una cópula de varón a mujer contra natura, puesto que entonces la ofendida ya no tendría la característica de honestidad indispensable para que se configure el tipo. El delito de estupro se consuma en el momento mismo de la introducción viril y es inócuo que el acto sexual se agota fisiológicamente o no con la seminatio intra vas o delicta carnis.

El sujeto pasivo, debe ser siempre una persona del sexo femenino, pero no cualquiera, sino debe ser menor de dieciocho años y además casta y honesta; en consecuencia encontramos que el segundo elemento se refiere a la edad de la ofendida.

Al respecto los Códigos de Perú y Venezuela, se refieren a que la ofendida deberá ser menor de veintiun años. Otras legislaciones hablan de trece, quince y como ya expresé, dieciocho años, todos estos límites como puede verse, son arbitrariamente escogidos por el legislador y la única que deja al Juez un amplio arbitrio es la legislación rusa, puesto que no señala edad y sólo indica que la persona

sujeto pasivo del delito, no haya alcanzado la madurez sexual.

Este sistema del Código Ruso, es más lógico, puesto que algunas mujeres menores de dieciocho años están más capacitadas para defenderse de los ataques de los tenorios, por la solidez de sus principios morales, por la despierta inteligencia y por el medio en que han vivido, que otras mayores de dicha edad; sin embargo el sistema apuntado puede ser peligroso, y es preferible fijar, como lo hace el Código de Morelos un límite rígido.

Además, la mujer debe ser casta y honesta para ser digna de recibir la protección legal. Obsérvese que la fórmula legal no tutela la virginidad, puesto que una mujer puede haberla perdido, cuando ha sido sujeto pasivo de un previo delito de violación, por un traumatismo, o en fin porque tuvo un deslíz, y sin embargo puede conservar las virtudes antes aludidas; y por el contrario, existen mujeres que no son ni castas ni honestas, puesto que se han dedicado a practicar toda clase de maniobras inmorales, excluyendo el coito vaginal, y sin embargo conservan íntegro su himen y además existe el caso de vírgenes, fisiológicamente hablando que han conocido, obra de varón pero que su membrana es de las llamadas complacientes y no ha sido destruida, por lo que es muy loable la actitud del legislador mexicano de no referirse a la virginidad.

Aun cuando el código en mención solamente expresa que obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño", de su redacción se desprende que dichas maniobras debe ejecutarlas el sujeto activo del delito, para obtener la cópula.

Desde luego el Juez debe tener cuidado de que exista una relación directa de causa a efecto, entre la seducción o el engaño y la obtención de los propósitos del lincente.

El engaño más comunmente utilizado por los seductores es la promesa de matrimonio, pero no debemos cerrar los ojos a la realidad mexicana, ya que nuestro régimen familiar, se funda en un porcentaje muy alto, en el concubinato, por lo que también constituye engaño, el hecho de ofrecer y no cumplir, forma una familia o como popularmente se dice "poner casa".

Ahora bien el delito de estupro tiene ya muchos años castigandose, "Es el estupro un delito que actualmente deba castigar la ley". Esta es una cuestión que se ha debatido mucho, y que se ha resuelto de muy diversas formas.

El ascetismo a veces la ha mirado con un rigor extremo, la liviandad de las doctrinas y de las

costumbres la ha mirado otras con sobrada indulgencia. Como suele acontecer en casos semejantes, nos parece que no hay razón para lo uno ni para lo otro. No puede abandonar la ley a las perfidias de una seducción calificada la suerte de una gran parte de la sociedad: ni debe tampoco constituirse en un cuidador de virginidades dudosas, ni estimular con su demasiado rigor el descuido del decoro y la estimación de sí mismo. En este, como en otros tantos puntos, toda la gran cuestión que debe resolver la Ley es una cuestión de PRUDENCIA. Como mejor se eviten los prejuicios que amenazan por uno y otro lado, así estará mejor resuelto el difícil problema cuya solución es su fin y su objeto.

El presente trabajo fué realizado con el propósito principal de evitar una inadecuada e inequitativa impartición de justicia, al aplicar la pena a los responsables del delito de estupro, señalada en el artículo 235 del Código Penal del Estado De Morelos, que es de: "dos a diez años de prisión y multa de sesenta a ciento veinte veces el salario mínimo", de donde resulta que el acusado no tiene derecho de alcanzar su libertad provisional bajo caución como lo establece la fracción I del artículo 20 constitucional, toda vez que el término medio aritmético es mayor de cinco años, por lo tanto no alcanza el beneficio de obtener su libertad bajo caución; lo que da lugar a que el acusado o sus abogados traten de tener un arreglo con los padres de la menor ofendida o de sus representantes legítimos, para que acepten según su conveniencia determinada cantidad de dinero a fin de que otorguen el perdón y en consecuencia se extinga la acción penal ejercitada, obteniendo así su libertad, dando lugar con esta artimaña a que en un porcentaje muy elevado de casos de este delito, existan transacciones económicas entre los padres de la ofendida y el acusado, tasando en esta forma el honor de la menor ofendida, sin tomar en cuenta la gravedad del hecho y su repercusión social.

Se confirma lo anterior con los informes que

existen tanto en los juzgados como en la dirección de prevención y Readaptación Social que no tienen contemplado en sus estadísticas a nivel proceso, sentencias definitivas por dicho delito, debido a que se llega como ya se dijo anteriormente a un arreglo económico entre las partes, por lo que no se justifica la pena tan elevada que tiene actualmente el delito de estupro en el Estado de Morelos, ya que como vimos y expusimos anteriormente las penalidades que existen en los estados circunvecinos, si alcanzan libertad bajo caución.

Por lo antes expuesto da lugar a pensar en la conveniencia de reducir la pena y la sanción al delito de estupro con el fin de que el acusado alcance a obtener su libertad provisional bajo caución.

Insisto nuevamente en que no se justifica la pena tan elevada que tiene actualmente este delito en el Estado de Morelos, por lo que debe reducirse esta para que continúe el proceso hasta llegar a sentencia definitiva y en esta forma estar en condiciones de garantizar la reparación del daño a que se refiere el artículo 237 del Código Penal vigente en el Estado de Morelos que dice: "La reparación del daño en los casos de estupro, comprenderá el pago de los alimentos a la mujer y también a los hijos, si los hubiere, además de la que corresponda por los daños materiales y

morales que el delincuente cause a la víctima. El pago de los alimentos se hará en forma y términos que la Ley Civil y procesal fije para los casos correspondientes y para el divorcio".

Por cuanto al límite máximo de protección a la mujer, nuestro Código Penal señala: la menor de dieciocho años, consideramos que actualmente debido a la comunicación entre padres e hijos y a los diversos medios de comunicación que existen como son la radio, cine, televisión, revistas, etc., así como la educación sexual que se imparte desde la primaria, influye para que adquieran una madurez psicológica desde temprana edad y aunado a esto, que en la actualidad la pubertad empieza a los diez años lo que no sucedía antes debido a la naturaleza misma de la mujer, todo ello contribuye a que no sean seducidas o engañadas tan fácilmente, por lo que considero conveniente fijar un límite mínimo y máximo de protección a la mujer o sea de doce a dieciséis años.

En cuanto al párrafo segundo del artículo 235 del Código Penal de Morelos, que dice: "Si la ofendida fuere menor de dieciséis años, la sanción será de tres a doce años de prisión y multa de cien a doscientas veces el salario mínimo y se presumirá el empleo de la seducción o el engaño".

Opino se derogue este párrafo ya que no tiene razón de ser, en virtud de que agrava aun más la pena cuando de trata de mujer menor de dieciséis años, pero ya deje

expuesto anteriormente que no es conveniente fijar penas tan elevadas en este delito.

Este ultimo párrafo, dice: "Si como consecuencia de la comisión de este delito causare la muerte de la persona ofendida, se aplicará la sanción correspondiente al homicidio calificado".

Ahora bien, lo referente al párrafo tercero del artículo 235 opino se derogue también, no tiene razón de existir, toda vez que por el tipo del delito y las circunstancias que median para consumarse no puede cometerse un homicidio en este delito de carácter sexual, donde hay consentimiento por parte del sujeto pasivo y de acuerdo con los antecedentes judiciales en el Estado de Morelos, nunca se ha tenido conocimiento de un homicidio al realizarse el delito de estupro, donde existe como se ha dicho consentimiento de la ofendida.

Por todo lo anterior procedo a formular las siguientes:

CONCLUSIONES

PRIMERA.-Es necesario la reforma al Código Penal vigente en el Estado de Morelos, de acuerdo a la necesidad social del mismo.

SEGUNDA.-Que la pena preventiva de libertad en el delito de estupro, sea disminuida de dos a cinco años de prisión.

TERCERA.-Que la sanción pecuniaria en dicho delito, sea disminuida de cincuenta a cien veces el salario mínimo en lugar de ser de sesenta a ciento veinte veces como se encuentra establecido.

CUARTA.- Establecer un límite mínimo de protección a la mujer, ya que en la definición actual no se establece; por lo que propongo que la edad mínima y máxima de protección a la mujer sea de doce a dieciséis años.

QUINTA.- Que se derogue el segundo párrafo del delito que se cometa, que dice: "si la ofendida fuere menor de dieciséis años, la sanción será de tres a doce años de prisión y multa de cien a doscientas veces el salario mínimo, y se presumirá el empleo de la seducción o el engaño".

SEXTA. - Que se derogue el tercer párrafo del delito mencionado que dice: "si como consecuencia de la comisión de este delito causare la muerte de la persona ofendida, se aplicará la sanción correspondiente al homicidio calificado".

SEPTIMA. - Finalmente el artículo 235 del Código Penal vigente en el Estado de Morelos, debe decir textualmente:

ARTICULO 235. - "Al que tenga cópula con mujer mayor de doce años y menor de dieciséis, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño, se le aplicaran de dos a cinco años de prisión y multa de cincuenta a cien veces el salario mínimo".

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

- 1.- Bonelli Bruno Mario.- El Delito de Estupro.
Lernes Ediciones; Buenos Aires, Argentina 1971.
- 2.- Carrancá y Trujillo Raúl.- Derecho Penal
Mexicano. Parte General.- Decimo quinta Edición.
- 3.- Carrancá y Trujillo Raul y Carrancá y Rivas
Raul.- Código Penal Anotado.
- 4.- Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos
Elementales de Derecho Penal.- Decimonovena Edición;
México 1984.
- 5.- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal: Confor-
me al Código Penal Texto Refundido de 1944 Parte General.-
Novena Edición.- Editorial Nacional; México 1963
- 6.- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal.- Tomo I
Parte General; Volumen segundo; Decimoctava Edición.-
Editorial Bosh; Barcelona 1981.
- 7.- Diccionario de la Lengua Española.- Real
Academia Española. Decimonovena Edición 1979.

8.- Escriche Joaquín.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia: Nueva Editorial Corregida y Aumentada con Nuevos Artículos, Notas y Adiciones Sobre el Derecho Americano.- México Cardenas 1934.

9.- González Blanco Alberto.- Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano: Editorial Porrúa S.A. México 1969.

10.- Gille Paul.- Historia de las Ideas Morales: Editorial Tor, S.F.S. Buenos Aires 1976.

11.- González de la Vega Francisco.- El Código Penal Comentado.- Novena Edición: Editorial Porrúa, México 1989.

12.- González de la Vega Francisco.- "Delitos Sexuales" Universidad Nacional Autónoma de México.- Escuela Nacional de Jurisprudencia. México 1942.

13.- Jimenez Huerta Mariano. "Derecho Penal Mexicano.- Tomo III: Editorial Libres de México S.A., México 1968.

14.- Martínez Roaro Marcela.- Delitos Sexuales.- Segunda Edición: Editorial Porrúa, México 1982.

- 15.- Márquez Pinero Rafael.- "Derecho Penal" Parte General: Editorial Trillas, México 1986.
- 16.- Osorio v Nieto.- Síntesis de Derecho Penal. Segunda Edición: Editorial Trillas, México 1984
- 17.- Pacheco Joaquín Francisco.- Estudios de Derecho Penal, Lecciones Pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840. 3a. Edición Madrid Imp. de M. Tello 1868.
- 18.- Porte Petit Candaudap Celestino.- Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Estupro. Quinta Edición: Editorial Porrúa, México 1986.
- 19.- Puig Peña Federico.- Derecho Penal IV. Cuarta Edición.- Revista de Derecho Privado.
- 20.- Rojas Pérez Palacios Alfonso.- Sexo y Delito: Editorial Porrúa, México 1982.
- 21.- Soler Sebastian.- Derecho Penal Argentino III Tercera Edición: Editorial Argentina, Buenos Aires 1956.
- 22 - Valentí Vivo I.- Crímenes Lujuriosos y Agresivos Psicosexuales.- Barcelona, Antonio Virgili: Editor 1911.
- 23.- Villalobos Ignacio.- Derecho Penal Mexicano. Cuarta Edición: Editorial Porrúa, México 1983.

L E G I S L A C I O N

- 24.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 25.- Código Civil del Estado de Morelos.
- 26.- Código Civil del Distrito Federal.
- 27.- Código Civil del Estado de Puebla.
- 28.- Código Civil del Estado de México.
- 29.- Código Civil del Estado de Guerrero.
- 30.- Código Penal del Estado de Morelos.
- 31.- Código Penal del Distrito Federal.
- 32.- Código Penal del Estado de Puebla.
- 33.- Código Penal del Estado de México.
- 34.- Código Penal del Estado de Guerrero.