

766

Jef

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**



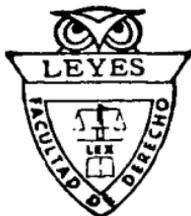
**FACULTAD DE DERECHO**

EXAMEN DE DERECHO  
SALA DE EXAMENES DE  
EXAMENES PROFESIONALES

**"ANALISIS JURIDICO-SUSTANCIAL DEL ARTICULO  
260 DEL CODIGO PENAL VIGENTE"**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A:  
**J. GILBERTO RODRIGUEZ CARREÑO**



ASESOR: CARLOS J. DAZA GOMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

1992

**FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# I N D I C E

|   | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| INTRODUCCION .....  | 1             |
| <br>  |               |
| CAPITULO PRIMERO  |               |
| EL DELITO DE ABUSO SEXUAL   |               |
| I. Concepto .....   | 4             |
| II. Definición .....  | 6             |
| III. Naturaleza Jurídica .....  | 8             |
| IV. Delitos que tutelan la libertad<br>y el normal desarrollo psicosexual .....         | 10            |
| <br>  |               |
| CAPITULO SEGUNDO  |               |
| ANTECEDENTES DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL<br>EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA             |               |
| I. Código Penal de 1871 .....   | 17            |
| II. Proyecto de reformas al Código Penal<br>de 1871 .....                               | 28            |
| III. Código Penal de 1929 .....   | 38            |
| IV. Código Penal de 1931 .....  | 46            |
| V. Proyecto Chico Goerne de Código Penal,<br>del año de 1958 .....                      | 52            |
| VI. Proyecto de Código Penal de 1958, para<br>el Distrito y Territorios Federales ..... | 56            |
| VII. Proyecto de Código Penal Tipo para la<br>República Mexicana de 1963 .....          | 61            |
| VIII. Códigos Penales de algunas Entidades<br>Federativas .....                         | 64            |
| <br>  |               |
| CAPITULO TERCERO  |               |
| ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL   |               |
| I. Elementos del delito .....   | 71            |
| A. CONDUCTA   |               |
| 1) Aspecto positivo.- Conducta o hecho  |               |
| a) Concepto .....   | 73            |
| b) Conducta típica en el abuso<br>sexual .....  | 77            |
| c) Clasificación del delito en<br>orden a la conducta .....                             | 81            |
| d) Clasificación del delito por<br>el resultado producido .....                         | 84            |
| 2) Aspecto negativo.- Ausencia de<br>conducta   |               |
| a) Concepto .....   | 85            |

|  | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| b) Causas .....  | 86            |
| c) Ausencia de conducta en el<br>abuso sexual .....      | 87            |
| <b>B. TIPICIDAD</b>                                      |               |
| 1) Aspecto positivo.- Tipicidad                          |               |
| a) Concepto .....  | 88            |
| b) Concepto de tipo .....                                | 89            |
| c) Elementos del tipo .....                              | 90            |
| d) Elementos del tipo en el<br>abuso sexual .....        | 95            |
| e) Tipicidad en el delito de<br>abuso sexual .....       | 104           |
| 2) Aspecto negativo.- Atipicidad                         |               |
| a) Concepto .....  | 104           |
| b) Atipicidad en el abuso sexual .....                   | 104           |
| <b>C. ANTIJURIDICIDAD</b>                                |               |
| 1) Aspecto positivo.- Antijuridicidad                    |               |
| a) Concepto .....  | 105           |
| b) Antijuridicidad en el abuso<br>sexual .....           | 108           |
| 2) Aspecto negativo.- Causas de<br>justificación         |               |
| a) Concepto .....  | 108           |
| b) Causas que excluyen la anti-<br>juridicidad .....     | 109           |
| c) Causas de justificación en el<br>abuso sexual .....   | 115           |
| <b>D. IMPUTABILIDAD</b>                                  |               |
| 1) Aspecto positivo.- Imputabilidad                      |               |
| a) Concepto .....  | 118           |
| b) Imputabilidad en el abuso sexual ..                   | 119           |
| 2) Aspecto negativo.- Inimputabilidad                    |               |
| a) Concepto .....  | 119           |
| b) Causas de inimputabilidad .....                       | 120           |
| c) Causas de inimputabilidad en el<br>abuso sexual ..... | 122           |
| d) Acciones libres en su causa .....                     | 123           |
| <b>E. CULPABILIDAD</b>                                   |               |
| 1) Aspecto positivo.- Culpabilidad                       |               |
| a) Concepto y Naturaleza .....                           | 124           |
| b) Formas o Grados .....                                 | 125           |
| c) Culpabilidad en el abuso sexual ..                    | 131           |
| 2) Aspecto negativo.- Inculpabilidad                     |               |
| a) Concepto .....  | 132           |
| b) Causas de inculpabilidad .....                        | 132           |
| c) Causas de inculpabilidad en el<br>abuso sexual .....  | 138           |
| <b>F. PUNIBILIDAD</b>                                    |               |
| 1) Aspecto positivo.- Punibilidad                        |               |
| a) Concepto .....  | 138           |
| b) Condiciones objetivas de<br>punibilidad .....         | 140           |

|  |     |
|--|-----|
| c) Problemática de la punibilidad en el abuso sexual ..... | 140 |
| 2) Aspecto negativo.- Excusas absolutorias                 |     |
| a) Concepto .....  | 144 |
| b) Excusas absolutorias en el abuso sexual .....           | 145 |

CAPITULO CUARTO  
EL DELITO DE ABUSO SEXUAL

|   |     |
|---|-----|
| I. Formas de aparición del delito                     |     |
| A. ITER CRIMINIS .....                                | 147 |
| B. FASE INTERNA .....                                 | 147 |
| C. FASE EXTERNA .....                                 | 148 |
| II. Tentativa   |     |
| A. CONCEPTO .....                                     | 150 |
| B. TENTATIVA ACABADA .....                            | 151 |
| C. TENTATIVA INACABADA .....                          | 152 |
| D. TENTATIVA EN EL ABUSO SEXUAL .....                 | 153 |
| III. Circunstancias                                   |     |
| A. CONCEPTO .....                                     | 154 |
| B. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL ABUSO SEXUAL ..... | 155 |
| IV. Concurso de personas                              |     |
| A. CONCEPTO Y NATURALEZA .....                        | 158 |
| B. FORMAS O GRADOS .....                              | 159 |
| C. CONCURSO DE PERSONAS EN EL ABUSO SEXUAL .....      | 161 |
| V. Concurso de delitos                                |     |
| A. CONCEPTO .....                                     | 163 |
| B. CONCURSO IDEAL .....                               | 163 |
| C. CONCURSO REAL .....                                | 164 |
| D. CONCURSO IDEAL EN EL ABUSO SEXUAL .....            | 165 |
| CONCLUSIONES .....                                    | 169 |
| BIBLIOGRAFIA .....                                    | 175 |

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

Los principales motivos en la elaboración del presente - trabajo de investigación son las más recientes reformas al delito de abuso sexual publicadas en los Diarios Oficiales de la Federación del 3 de enero de 1989 y del 21 de enero de 1991 respectivamente y que de alguna manera influyeron para que urgáramos en los motivos y fines de dichas reformas.

En el primer capítulo de nuestra investigación pretendemos dar una visión pronta del significado, así como de la naturaleza jurídica del abuso sexual para posteriormente referirnos a los "Delitos que tutelan la libertad y el normal desarrollo psicosexual", denominación del Título bajo el cual queda comprendido el abuso sexual.

El capítulo segundo contiene los antecedentes del delito de abuso sexual (anteriormente denominado -atentados al pudor-) en nuestra legislación penal. A este capítulo le prestamos una singular profundidad por considerar de suma importancia en el estudio o análisis del delito los orígenes y entornos del mismo que nos permitan entender su desarrollo o evolución en los distintos Códigos Penales que han tenido vigencia en el Distrito Federal hasta llegar a la actual descripción típica del delito.

En el capítulo tercero realizamos el análisis dogmático del delito de abuso sexual, mismo que constituye el aspecto más relevante de la presente investigación pues del estudio de los elementos constitutivos del mismo podemos obtener el verdadero alcance y sentido que tiene.

El último capítulo contiene las formas de aparición del delito, así como las circunstancias que en el abuso sexual rg presentan una acertada innovación (circunstancias agravantes)

y contiene también el concurso de personas y de delitos que -  
también constituyen aspectos muy interesantes en el estudio -  
del abuso sexual.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **EL DELITO DE ABUSO SEXUAL**

## I. Concepto

Antes de dar el concepto genérico del delito de abuso sexual (previsto en el Título Décimoquinto denominado "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual" del Código Penal vigente) nos parece oportuno señalar que en términos generales en nuestra sociedad existe desconocimiento de este delito y que en el mejor de los casos se confunde con otros delitos como la violación y principalmente con la violación de menores, en menos casos se confunde con el delito de ultrajes a la moral pública, toda vez que se piensa que el hecho de publicar o exhibir libros, revistas, imágenes u objetos obscenos son actos constitutivos del delito de abuso sexual.

Para establecer una distinción desde este momento entre los delitos que atentan contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, hasta hace poco denominados todavía "delitos sexuales" y los delitos contra la moral pública nos parece que la realizada por el maestro don Emilio Pardo Aspe es muy clara y por demás acertada al señalar que: "El objeto jurídico de estos delitos, o sea el interés penalmente tutelado, tiene como titular inmediato algunas veces a la sociedad; en otras al hombre directamente. Por esta razón elogiemos la división que nuestro legislador establece entre los Delitos contra la moral pública, cuyo sujeto pasivo es la sociedad y los llamados Delitos sexuales (sic), cuyo sujeto pasivo es siempre un individuo determinado una persona humana". (1)

Destacados tratadistas tanto nacionales como extranjeros han dado su concepto sobre los actos que constituyen el deli-

---

(1) DE P. MORENO ANTONIO.- Curso de Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- 1968.- Págs. 239 y 240.

## I. Concepto

Antes de dar el concepto genérico del delito de abuso sexual (previsto en el Título Décimoquinto denominado "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual" del Código Penal vigente) nos parece oportuno señalar que en términos generales en nuestra sociedad existe desconocimiento de este delito y que en el mejor de los casos se confunde con otros delitos como la violación y principalmente con la violación de menores, en menos casos se confunde con el delito de ultrajes a la moral pública, toda vez que se piensa que el hecho de publicar o exhibir libros, revistas, imágenes u objetos obscenos son actos constitutivos del delito de abuso sexual.

Para establecer una distinción desde este momento entre los delitos que atentan contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, hasta hace poco denominados todavía "delitos sexuales" y los delitos contra la moral pública nos parece que la realizada por el maestro don Emilio Pardo Aspe es muy clara y por demás acertada al señalar que: "El objeto jurídico de estos delitos, o sea el interés penalmente tutelado, tiene como titular -inmediato- algunas veces a la sociedad; en otras al -hombre- directamente. Por esta razón elogiarnos la división que nuestro legislador establece entre los -Delitos contra la moral pública-, cuyo sujeto pasivo es la sociedad y los llamados -Delitos sexuales- (sic), cuyo sujeto pasivo es siempre un individuo determinado -una persona humana-". (1)

Destacados tratadistas tanto nacionales como extranjeros han dado su concepto sobre los actos que constituyen el deli-

---

(1) DE P. MORENO ANTONIO.- Curso de Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- 1968.- Págs. 239 y 240.

to que nuestra legislación positiva vigente denomina a seme-  
janza del Código Penal alemán "Abuso Sexual" y que anterior-  
mente y siguiendo el criterio del Código Penal francés se de-  
nominaron "Atentados al pudor". En la legislación española -  
se conocen con el nombre de "abusos deshonestos" y en la ita-  
liana "de libidine violenta" y "genéricamente consisten en --  
ejecutar sobre otra persona, sin su consentimiento o con un -  
consentimiento inválido, actos lascivos, sin el propósito de-  
copular". (2)

Hasta antes de que se cambiara la denominación de "aten-  
tados al pudor" por la de "abuso sexual" y el tipo penal en -  
sí, el maestro González de la Vega (3) señalaba: "En términos-  
esenciales, se entiende por delito de atentados al pudor, --  
cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activos o pa-  
sivos los actos corporales de lubricidad, distintos a la cópu-  
la y que no tienden directamente a ella, ejecutados en -impú-  
beres- o sin consentimiento de -personas púberes-".

El concepto que puede darse del abuso sexual (art. 260)-  
de acuerdo con el actual tipo penal, en términos generales es  
el siguiente: el abuso sexual consiste en la ejecución de ac-  
tos sexuales sin el consentimiento de la víctima o que a ésta  
se le hacen ejecutar siempre y cuando no lleven el propósito-  
de copular.

---

(2) JIMENEZ HUERTA MARIANO.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo --  
III.- Edit. Porrúa, S.A.- 1978.- Pág. 218.

(3) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.-  
Edit. Porrúa, S.A.- 1980.- Pág. 336.

## II. Definición

La definición del delito de abuso sexual ha ido sufriendo modificaciones en los distintos Códigos Penales que han tenido aplicación en el Distrito Federal y que serán abordados con mayor profundidad en el Capítulo Segundo de este estudio.

Así, el artículo 789 del Código Penal de 1871 estableció: "Se da el nombre de atentado al pudor a todo acto impúdico -- que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y que se ejecute en la persona de otro sin su voluntad, sea cual fuere su sexo".

El Código de 1929, en su artículo 851 estableció: "Se da el nombre de atentado al pudor, a todo acto erótico sexual -- que sin llegar a la cópula carnal, se ejecute en una persona púber sin su consentimiento, o una impúber aun con el consentimiento de ésta".

El Código Penal vigente (1931) hasta antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de enero de 1989 señalaba en su artículo 260: "Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con el consentimiento de ésta última, ejecute en ella un acto erótico sexual sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos.

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

Después de la reforma aludida, el artículo 260 del Código en vigor estableció lo siguiente: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, -

ejecute en ella un acto sexual con intención lasciva o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá prisión de quince días a un año o de diez a cuarenta días de trabajo en favor de la comunidad.

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

Por último, por reforma publicada en el D.O.F. del 21 de enero de 1991 la denominación de atentados al pudor se abandona para dar paso a la de "Abuso sexual" y aunado a ello también se modifica el tipo penal para finalmente quedar el artículo 260 de la siguiente manera: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad".

En los Capítulos Tercero y Cuarto de la presente investigación señalaremos lo que a nuestro juicio resultó acertado de las modificaciones que se le hicieron a nuestro delito en estudio por las reformas del 3 de enero de 1989 como del 21 de enero de 1991, así como también de los errores o deficiencias que pudieran contener. Desde este momento queremos hacer mención al hecho de que el legislador haya querido darle una mayor claridad al delito (como consecuencia misma de la reforma del 3 de enero de 1989) al crear un nuevo tipo penal, que no subtipo del contenido en el artículo 260 como lo afirma el doctor Carranca y Rivas<sup>(4)</sup> y que se encuentra contenido

---

(4) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL.- Código Penal Anotado.- Edit. Porrúa, S.A.- 1989.- Págs. 638 y -- 639.

en el artículo 261, mismo que a la letra dice: "Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en -- una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

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

### **III. Naturaleza Jurídica**

La Naturaleza jurídica del delito de abuso sexual descansa en la posibilidad que tienen los individuos de elegir, en la facultad de optar, en el libre albedrío que tienen para -- conducirse en el campo de lo sexual; de allí, que el Derecho Penal tutele no sólo esa libertad sino también la seguridad sexual o el normal desarrollo psicosexual como así lo denomina el mismo Título Décimoquinto del Código Penal vigente como premisas indispensables para alcanzar una convivencia entre los individuos.

En todos los tiempos y en todas las culturas han existido normas que protegen a los individuos de las externas anti-jurídicas conductas que tratan de cercenar o desconocer la humana posibilidad de elegir e imponer en mayor o menor grado - lo que no se quiere hacer o lo que no se está en plenitud de elegir.

Existe, pues, el bien jurídico de la libertad. La liber

tad, en cuanto bien jurídico significa, según Mezger,<sup>(5)</sup> libre formación y actuación de la voluntad. Dicho bien jurídico -- constituye un estado psicológico o espiritual de la persona humana que satisfacen necesidades de esta índole y que se -- plasma en la afirmación de su propia personalidad.

La facultad individual es la facultad del hombre de libremente querer y manifestar su propia voluntad para la satisfacción de sus necesidades. Y esta libertad individual, en cuanto es jurídicamente tutelada, se transforma en libertad de hecho, en libertad jurídica e integra un general derecho de libertad.<sup>(6)</sup>

Toda vez que una persona actúe como sujeto pasivo del delito de abuso sexual estará siendo atacada en su libertad o normal desarrollo psicosexual toda vez que se han puesto impedimentos a la formación o actuación de la voluntad, por tanto, tiene facultad para exigir que el Derecho Penal intervenga para sancionar este tipo de externas antijurídicas.

En los delitos contra la libertad, la lesión a este bien jurídico constituye en sí mismo el "quid" antijurídico de la conducta: ésta consiste en el ataque a la libertad en alguna de sus vitales manifestaciones. Existen, empero, otras lesiones a la libertad de índole subsidiaria, esto es, que sirven de medio para lesionar otros bienes jurídicos. Las ofensas contra la libertad constitutivas de los delitos de esta naturaleza, son estrictamente aquellos que se destacan en un primer plano, esto es, que adquieren relevancia en ausencia de -

---

(5) MEZGER EDMUNDO.- Derecho Penal, Parte Especial.- Edit. Bibliográfica Argentina.- Argentina.- 1959.- Pág. 85.

(6) JIMENEZ HUERTA MARIANO.- Ob.Cit.- Págs. 117 a 119.

otra lesión jurídica o por su prevalencia ontológica en casos de plural ofensa de bienes jurídicos. (7)

#### IV. Delitos que tutelan la libertad y el normal desarrollo psicosexual

Las distintas clasificaciones de los delitos que han servido para elaborar Códigos Penales y Proyectos de Códigos se basan en la diversidad de los bienes o intereses jurídicos tutelados (este tipo de clasificación es el más científico y el más seguido) o bien, en la noción del sujeto, soporte de dichos bienes o intereses que se protegen, como puede serlo el individuo, la familia, el Estado y la sociedad.

El penalista argentino Sebastian Soler<sup>(8)</sup> señala que "La clasificación de los delitos conforme al bien jurídico tutelado, es también importante para la comprensión de algunas figuras, pues el sentido varía fundamentalmente, según éstas atiendan a la protección de uno u otro bien jurídico".

Para tener una idea del lugar que se le asigna al abusosexual dentro de la clasificación de delitos en otros países, diremos que el Código español clasifica al abuso sexual denominado "Delitos contra la Honestidad", debiéndose entender -- por honestidad, al decir del maestro Cuello Calón<sup>(9)</sup> un equi-

(7) Idem.- Págs. 120 y 121.

(8) Citado por: REVISTA DE CRIMINALIA.- La clasificación de los delitos en el Código de 1931.- Art. escrito por: Fernandez doblado luis.- Año XXII, México, D.F., noviembre - de 1956.- No. 11.- Pág. 813.

(9) CUELLO CALON EUGENIO.- Derecho Penal.- Tomo II, Vol. II.- Parte Especial.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona,- Décimotercera Edición.- 1982.- Pág. 582.

valente de "moralidad sexual". Esta misma clasificación es empleada por las legislaciones penales de Chile, Argentina, - Costa Rica, El Salvador y Portugal.

El Código Penal francés emplea la denominación de "Atentados contra las buenas costumbres" para referirse a los delitos dentro de los cuales se incluye el de atentados al pudor, como así se denomina al abuso sexual; esta misma denominación es empleada por los Códigos danés y peruano. (10)

El Código italiano de 1930, lo clasifica dentro del Título denominado como "Delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres"; en el Código alemán bajo el Título de -- "Crímenes y delitos contra la moralidad"; el Código belga emplea la denominación de "Delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública", para referirse a aquellos delitos que en algo afectan la honestidad; el Código de Ecuador - lo ubica dentro del Título denominado "Delitos Sexuales".

Nuestro Código Penal vigente desde 1931, sigue el criterio científico (primordialmente) en cuanto a la clasificación de los delitos, o sea, contempla fundamentalmente el bien o - interés jurídico sometido a tutela penal; en algunos Títulos - contempla también al titular del bien o interés violado (sujeto pasivo de la infracción), no sin dejar de contemplar en -- uno de sus Títulos al mismo sujeto activo de la infracción.

Por lo que hace a la clasificación del delito que nos -- ocupa en nuestra legislación penal vigente, hemos de decir -- que desde su promulgación en el año de 1931 fue clasificado - dentro del criticadísimo Título denominado "Delitos Sexuales"

---

(10) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- 1975.- Pág. 339.

en el que no se hacía referencia al derecho lesionado sino - más bien al móvil o al hecho material del delito. (11)

Justo es decir que la reforma del 21 de enero de 1991 es correcta pero sólo parcialmente, pues al cambiarse la denominación del Título Décimoquinto por la de "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual" lo que se pretendió fue clasificar a los delitos según el bien jurídico tutelado penalmente por el Estado, pero al parecer, una vez más los legisladores se empeñaron en denominar al mencionado Título Décimoquinto de una manera en que no pudieran ser ubicados todos los delitos que en el mismo se contemplan, porque no todos ellos hacen referencia al mismo bien o interés jurídicamente tutelado como se verá a continuación.

Los delitos que el Código Penal vigente incluye en el Título Décimoquinto de su Libro Segundo como "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual" podemos enumerar los de la siguiente manera:

#### Capítulo I

- 1.- Delito de hostigamiento sexual (art. 259 BIS);
- 2.- Delito de abuso sexual (arts. 260 y 261);
- 3.- Delito de estupro (art. 262);
- 4.- Delito de violación (art. 265 párrafos primero y tercero);
- 5.- Delito que se equipara a la violación (art. 266).

#### Capítulo III

- 6.- Delito de incesto (art. 272).

---

(11) PEREZ LUIS CARLOS.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo IV.- Edit. TEMIS, Bogotá, Colombia.- 1971.- Pág. 420.

#### Capítulo IV

##### 7.- Delito de adulterio (art. 273).

Como podemos observar, la referencia al bien jurídicamente tutelado en la denominación del Título Décimoquinto (referencia plausible por cierto) estuvo dirigida esencialmente al Capítulo Primero, en el que efectivamente los bienes objeto de la tutela penal lo son tanto la libertad como el normal desarrollo psicosexual. Pero, la misma reforma de 1991 incluye un nuevo delito (hostigamiento sexual) en el que ya no son -- los bienes anteriormente mencionados los que se pretenden proteger, pues ya que de la conducta típica de este delito: "ase<sup>u</sup>diar reiteradamente con fines lascivos" podemos observar que realmente se trata de una conducta de -molestia- aunque si -- bien no podemos dejar de mencionar que el mismo hostigamiento sólo será punible cuando se cause un perjuicio o daño. Lo -- cierto es que difícilmente (por no decir imposible) se estaría afectando la libertad o el normal desarrollo psicosexual de una persona por el hecho de estarle haciendo continuamente insinuaciones de carácter lascivo; más bien, creemos que este delito debió haberse colocado dentro del Título Décimoctavo - intitulado "Delitos contra la paz y seguridad de las personas".

En este momento también queremos hacer referencia al hecho de que se hayan derogado los artículos relativos al rapto y que estaban incluidos en el Título Décimoquinto hasta antes de la aludida reforma de 1991, para colocar lo que se había considerado como rapto en un nuevo precepto ubicado en el Título Vigésimoprimer denominados "Privación de la libertad y de otras garantías"; reforma, que dicho sea de paso, merece nuestro reconocimiento y aceptación.

Por lo que hace a los delitos de adulterio y de incesto-



La denominación actual del Título Décimoquinto "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual" aunque si bien ya hace referencia al bien o bienes jurídicamente tutelados; tan sólo lo son respecto del abuso sexual, estupro y violación. Definitivamente no entendemos porqué el legislador incluyó al hostigamiento sexual y más aún porqué mantuvo incluidos al incesto y adulterio dentro de este Título donde ya se había logrado hacer la referencia al bien jurídico deseado proteger por el Estado.

Consideramos indispensable la clasificación de los delitos según el interés que se esté lesionando; así, pensamos -- que sería correcto colocar en una Sección o Título los delitos que atentan contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y en otro u otros los que lesionan otro tipo de intereses o bienes como pudieran ser el buen orden familiar o matrimonial, etc.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **ANTECEDENTES DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA**

## I. Código Penal de 1871

Debemos recordar que al consumarse la Independencia de México (1821) las principales leyes vigentes eran, como derecho principal, la Recopilación de Indias complementada con -- los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y de Aguas y de Gremios; y como derecho suplementario la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao (1737), constituyendo éstas el Código mercantil que regía para su materia, pero sin referencias penales.

Los problemas penales que se presentaban, sólo podían hallar causa legal en los textos heredados de la Colonia y cuya vigencia real se imponía, no obstante la independencia política, y que la Constitución de 1824, de tipo federal requiriera que cada Entidad tuviera su propia legislación.

Son los constituyentes de 1857 los que establecen en forma sistematizada las bases del Derecho Penal Mexicano, las -- que luego fueron ampliadas por las leyes del 4 de diciembre -- de 1860 y del 14 de diciembre de 1864. La necesidad urgente de emprender la tarea codificadora, principalmente en materia penal, es de continuo señalada por los Ministerios de Justicia y por la Suprema Corte. (1)

Ante la ya urgentísima necesidad de tener un Código Penal propio, el gobierno de la República nombra el 6 de octubre de 1862 una Comisión compuesta por los licenciados D. Urbano Fonseca, D. Antonio Martínez de Castro, D. Manuel Marfá Zamacona, D. José Marfá Herrera y Zavala, y D. Carlos Marfá Saavedra, para que formaran un proyecto del Código Penal para

---

(1) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Código Penal Comentado.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1985.- Pág. 20.

el Distrito Federal y Territorio de Baja California. Dicha Comisión tuvo que suspender sus trabajos después de haber concluido el Libro I debido a la intervención francesa.

El 28 de septiembre de 1868 el Ministro de Justicia D. Ignacio Mariscal y por acuerdo del Presidente D. Benito Juárez mandó se integrase y se reorganizase la Comisión de la ma nera siguiente:

Pdte. Lic. D. Antonio Martínez de Castro  
Vocal Lic. D. Manuel M. Zamacona  
Vocal Lic. D. José Ma. La Fragua  
Vocal Lic. D. Eulalio Ma. Ortega  
Srio. Lic. D. Indalecio Sánchez Gavito. (2)

Los trabajos de esta Comisión reorganizada se llevaron adelante y, favorecidos por la promulgación del Código Español de 1870, que se adoptó como patrón, el 7 de diciembre de 1871 fue terminado y aprobado el Código que había de regir en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California, so bre delitos del fuero común y en toda la República sobre deli tos contra la Federación, su entrada en vigor fue el 10. de abril de 1872.

Este Ordenamiento que se conoce también como Código de 71, o Código de Martínez de Castro y que se afilió como su mo delo, a las tendencias de la Escuela Clásica (3) se componía de un Título preliminar sobre su aplicación, una parte gene-

---

(2) LEYES PENALES MEXICANAS.- Código Penal de 1871.- Instituto Nacional de Ciencias Penales.- Tomo I.- México.- 1979.- Pág. 269.

(3) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1985.- Pág.- 16.

ral sobre la responsabilidad penal y forma de aplicación de las penas, otra sobre responsabilidad civil en materia criminal; una tercera sobre los delitos en particular y una última sobre faltas.

En la Exposición de Motivos Don Antonio Martínez de Castro al referirse en el Libro III a los delitos en particular, señalaba la necesidad de examinar cuáles eran las acciones humanas que debían ser consideradas como delitos, para llegar a la conclusión junto con la Comisión de que no deberían erigirse en delitos sino aquellos actos que al mismo tiempo que son contrarios a la justicia moral y a la conservación de la sociedad, porque se infiere en ellos un agravio a las personas y porque ofenden a la sociedad.

Señala también que el fin de la pena es el de ser correccional y ejemplar al mismo tiempo, "pero dando la preferencia a ésta segunda circunstancia, de que jamás debe prescindirse; porque la corrección moral no puede obrar sino sobre el individuo, y el ejemplo obra en toda la masa de la sociedad; y -- porque no siempre se logra la enmienda del delincuente, y -- siempre puede conseguirse la intimidación, si las penas son proporcionales a los delitos.

Para que lo sean, deben imponerse tomando en cuenta la gravedad del daño que aquellos causen...". (4)

En la misma Exposición de Motivos, Martínez de Castro no hace referencia alguna al delito de atentados al pudor, como-

---

(4) LEYES PENALES MEXICANAS.- Ob.Cit.- Pág. 354.

era denominado entonces el abuso sexual\*\*, sino únicamente la hace respecto del rapto y del adulterio.

La distribución de los delitos en el Código de 1871 se - realizó dentro del Libro III denominado "De los delitos en -- particular", mismo que contenía quince títulos.

El delito de atentados al pudor se encuadraba dentro del Título Sexto, y contenía los siguientes Capítulos:

#### TITULO SEXTO

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

##### Capítulo I

Delitos contra el estado civil de las personas

##### Capítulo II

Ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres

##### Capítulo III

Atentados contra el pudor. Estupro. Violación.

##### Capítulo IV

Corrupción de menores

##### Capítulo V

Rapto

---

\*\* En los Códigos y Proyectos Penales a que haremos referencia dentro del presente Capítulo se seguirá hablando de -- atentados al pudor, pues la denominación de abuso sexual -- apenas entró en vigor en nuestro Código Penal vigente a -- partir de las reformas del 21 de enero de 1991.

Capítulo VI

Adulterio

Capítulo VII

Bigamia o Matrimonio Doble y otros matrimonios ilegales

Capítulo VIII

Provocación a un delito. Apología de éste o de algún vicio.

Como puede observarse inmediatamente, este Título Sexto hizo gala de un abigarrado grupo de delitos que si bien no hacía referencia a un interés jurídicamente tutelado, ni siquiera presentaban una secuencia lógico-jurídica que les permitiera ser agrupados en un solo título.

Mariano Jiménez Huerta<sup>(5)</sup> consideró que el rubro "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres" era notoriamente inadecuado, dado que el bien jurídico ofendido en los delitos de atentados al pudor, estupro, violación y rapto es un aspecto de la libertad de la persona humana y no una agresión propiamente dicha al orden familiar o a la moral pública, señalaba.

Por su parte González de la Vega se expresó de la siguiente manera al referirse a la distribución de los delitos en el Título Sexto del Libro III del Código de mérito: "Puede observarse que a estos delitos corresponden formas muy variadas de acciones típicas y también muy heterogéneas especies de bie--

---

(5) JIMENEZ HUERTA MARIANO.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo III.- Edit. Porrúa, S.A.- 1978.- Pág. 217.

nes jurídicos objeto de la tutela penal, pues algunos concier-  
nen a la honestidad o moralidad pública, otros a la libertad-  
o seguridad sexuales, otros son protectores de las formalida-  
des matrimoniales o del carácter monogámico del matrimonio y-  
por último, algunos atañen a la prevención general de cual-  
quier especie de delitos o vicios". (6)

Para poder comprender el tipo penal del delito de atenta-  
dos al pudor, haremos una transcripción literal no sólo del -  
artículo correspondiente en el Código del 71, sino también de  
los subsiguientes relativos:

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

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

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

Artículo 791.- El atentado cometido por medio de la vio-  
lencia física o moral, se castigará con una pena de dos años-  
de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos, si el --  
ofendido fuere mayor de catorce años.

---

(6) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.-  
Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1990.- Pág. 310.

Si no llegare a esa edad, la pena será de tres años y -- multa de setenta a setecientos pesos.

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

Entre las críticas realizadas por distintos autores al -- tipo penal de nuestro delito en estudio en el Código de Martí nez de Castro se encuentran las de Antonio de P. Moreno <sup>(7)</sup> -- quien señala que existe una vaguedad y generalidad de los tér-- minos empleados por la definición.

Por su parte el maestro González de la Vega <sup>(8)</sup> realiza -- un estudio más profundo y acusa tres defectos que considera -- muy importantes en la redacción del ya citado artículo 789:

"a).- La frase legal -acto impúdico que pueda ofenderlo-, indicadora de la acción humana típica del delito, era oscura- y limitaba taxativamente la protección penal a las personas - susceptibles de sentir ofendido su pudor, es decir, a las de- conducta sexual pudorosa. Por tanto, literalmente a lo menos, no era delito el acto de obscenidad realizado en una prostitu- ta degradada aunque se efectuase contra su voluntad, como si- la prostituta por haber perdido el pudor, hubiese perdido la- libertad sexual, y todos tuviesen derecho a atentar en su con- tra. Igualmente, las acciones libidinosas ejecutadas en ni-- ños de muy corta edad en que aún no se hubiese formado el sen- timiento del pudor, dada la redacción literal del precepto, - habfan de quedar impunes...".

---

(7) DE P. MORENO ANTONIO.- Curso de Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- 1968.- Págs. 241 y 242.

(8) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.- Ob.Cit.- Págs. 339 y 340.

Nosotros consideramos que este primer defecto que señala González de la Vega puede observarse desde que el mismo artículo 789 señala: "Se da el nombre de atentado contra el pudor...", pues de tal señalamiento se deduce que será precisamente el "pudor" el bien jurídico a proteger por la norma penal y como certeramente lo señala el maestro de la Vega, las personas carentes de pudor quedarían al margen de la protección de la ley, siendo esta situación desde luego, no intentada ni prevista por la Comisión redactora del Código ya que el artículo 790 párrafo segundo, toma en cuenta como sujeto pasivo del delito precisamente a los menores de catorce años de edad, por lo que debemos entender que se trató de un verdadero descuido que en su tiempo debió ser de gran trascendencia ya que si del mismo tipo penal se desprende que lo que se debe proteger es el pudor, entonces, un niño aun cuando fuese mayor de catorce años pero que todavía careciese de pudor, entendiéndose por pudor como la tendencia directa a esconder todo aquello que se relacione con la vida sexual, también quedaría desprotegido.

"b).- Es de notarse que dentro de la fórmula utilizada por la antigua legislación mexicana se exigía imprescindiblemente que el acto impúdico -se ejecutase en la persona de otro sin su voluntad-, no quedando comprendidas las acciones lúbricas efectuadas en personas impúberes si éstas proporcionaban consentimiento al acto. Estos hechos son en sí mismos muy graves, puesto que facultan la prematura corrupción de personas que, por su corta edad, no son aptas siquiera para la vida sexual de relación y para emitir un consentimiento válido...".

Nuevamente certera la crítica del maestro de la Vega al señalar que un impúber puede consentir (por su corta edad y lógica inconsciencia de actuar) en la acción típica y quedar impune tal acción, pero no sólo los menores pueden consentir-

inválidamente, sino también aquellas personas que se encuentran incapacitadas por cualquier causa, ya que dicho consentimiento deberá ser considerado también como viciado y por lo tanto la conducta desplegada por el activo del delito deberá ser sancionada aún con mayor severidad de como se haría en los casos en que el atentado se efectuara sin el consentimiento del menor.

Señala González de la Vega por lo que hace al último defecto lo siguiente:

"c).- Dados los términos de la misma descripción, dentro de la tipicidad del delito quedaban comprendidos tanto los casos en que el agente realizaba las caricias lúbricas sin propósito de llegar al ayuntamiento, como aquellos en que las maniobras corporales eróticas tenían por objeto inmediato obtener en forma violenta dicho ayuntamiento. Como el mismo Código agregaba: el atentado contra el pudor se tendrá y se castigará siempre como delito consumado (artículo 792), resultaba que los actos de libidine integradores de la tentativa de violación, figura muy grave, sólo podían reprimirse con las leves penas del atentado contra el pudor...".

Esta tercera crítica es de singular relevancia, pues, -- efectivamente toda vez que el artículo 792 determinaba que -- "el atentado contra el pudor se tendrá y castigará siempre -- como delito consumado" y que en el tipo penal no se contempla en ningún momento la intención del sujeto activo del delito, -- es de observarse que si el activo realiza los actos impúdicos encaminados no sólo a satisfacer de momento al menos su libidine sino a imponer la cópula por medio del engaño, o aún utilizando la violencia física o moral y no logra imponerla por causas ajenas a su voluntad, no se integrarán los grados inferiores del estupro y violación, sino sólo se sancionarán dichos actos con las leves penas del atentado contra el pudor.

En este sentido Demetrio Sodi comentaba: "entre nosotros, la violación y el estupro no tienen grados; o se consuma algu no de estos delitos imponiéndose la pena correspondiente, o los actos quedan con el carácter de preparatorios, porque no se llega a la cópula carnal, y se castigan tan sólo como atentados contra el pudor". (9) Con semejante precisión advirtió la importancia que tiene en el delito la intención del culpable, misma que sirve para diferenciarlo de las tentativas de estupro y violación al hacer notar que desde un simple beso hasta una verdadera violación frustrada tenían la misma pena, no obstante que la diferencia entre los dos casos es notable, puesto que en uno tan sólo el agente quería proporcionarse un placer subjetivo y en el otro el criminal pretendía violar a la víctima. "Si la ley, para castigar los atentados contra el pudor prescinde de la intención del culpable, del peligro que corre la víctima, de la naturaleza del hecho ejecutado, de los perjuicios físicos que reciente, y todo acto que pueda ofender el pudor se castiga de igual manera, la ley no puede ser buena". Decía el maestro Sodi.

Además de las deficiencias que sufre la descripción típica de los atentados al pudor en el Código de 71 y que ya fueron apuntadas, creemos que también resultaba redundante e innecesario el calificativo de "impúdico" que respecto del acto que pueda ofender el pudor, aparece en el texto legal ya que de suprimirse tendrían mayor claridad sin perder por ello la esencia pretendida por los redactarios del Código. Por lo -- que hace a la frase "cópula carnal" consideramos que pudo suprimirse la palabra "carnal".

Por último y a manera de síntesis haremos algunos apuntamientos del Código de mérito para poder tener una pronta refe

---

(9) SODI DEMETRIO.- Nuestra Ley Penal.- Tomo II.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1918.- Pág. 429.

rencia del mismo pero sobre todo del delito de atentados al pudor, que es el núcleo del presente estudio:

1) El Código Penal de 1871 es el primer Código del Distrito Federal y del Territorio de Baja California.

2) Surge un tanto apresuradamente por las condiciones -- que vive el país y además es interrumpido en su elaboración -- por la intervención francesa.

3) Tuvo como modelo el Código español de 1870 de tendencias netamente clásicas.

4) Señala en la Exposición de Motivos que no deben erigirse en delitos sino aquellos actos que al mismo tiempo son contrarios a la justicia moral y a la conservación de la sociedad, porque agreden a las personas y ofenden a la sociedad.

5) El epígrafe del título sexto "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres" es a todas luces inadecuado.

6) Los capítulos contenidos en el mencionado Título sexto, carecen de todo orden lógico-jurídico que les permita ser agrupados en un solo Título.

7) El tipo penal de atentados contra el pudor resulta no toriamente deficiente:

a.- Limita la protección únicamente a las personas de -- conducta sexual pudorosa.

b.- Deja desprotegido al pasivo que otorga inválidamente su consentimiento.

c.- Impide que la conducta del culpable tendiente a imponer la cópula a su víctima y que no se realiza por causas ajenas al agente, sea sancionada con las penas de las tentativas

de violación o de estupro, para considerar a tal conducta como un atentado al pudor consumado y ser sancionado con las leves penas del mismo delito.

d.- Impide, al menos literalmente, que los actos impúdicos que el activo se hace ejecutar en su propio cuerpo o bien en un tercero, sean susceptibles de una sanción penal.

e.- Acusa de términos que resultan redundantes y por tanto innecesarios.

## II. Proyecto de reformas al Código Penal de 1871

En el año de 1903, el gobierno del general Porfirio Díaz encargó a la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública, a cargo del Licenciado Justino Fernández que designara una Comisión para que revisara el Código Penal de 1871 y propusieran las reformas que creyeran convenientes.

Dicha Comisión fue presidida por el licenciado Miguel S. Macedo y por los abogados Manuel Olvera Toro, Victoriano Pimentel, y después, además, por el Lic. Joaquín Clausel, sustituido luego por el Lic. Jesús M. Aguilar. En 1909 engrosaron la Comisión los señores licenciados Julio García, Juan Pérez de León y Manuel A. Mercado, fungiendo éste último como Secretario; y separados los vocales Pérez de León y Aguilar, en el año 1911, participaron con igual carácter los licenciados Manuel Castelazo y Fuentes, Procurador General de la República, y Carlos Trejo y Lerdo de Tejada, Procurador de Justicia del Distrito Federal. (10)

Se terminó de elaborar el Proyecto de referencia con fe-

---

(10) VILLALOBOS IGNACIO.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- México 1990.- Pág. 114.

cha 11 de junio de 1912, sin que se pusiera en vigor por las circunstancias en que se encontraba la Nación mexicana. (11) - Al decir del maestro Raúl Carrancá y Trujillo "los trabajos de la Comisión revisora no recibieron la consagración legislativa por su inactualidad y porque las convulsiones internas del país llevaron a los gobiernos a atender preocupaciones de más notoria urgencia y valía. La Revolución abanderada con las reivindicaciones populares, con las libertades efectivas, con la igualdad social y económica, luchó hasta dominar a las clases poseedoras del poder, imponiéndoles el Estatuto de 1917". (12)

Señaló el maestro Carrancá que la labor de revisión consistió en corregir erratas, a aclarar obscuridades, a modernizar lo anticuado había sido modesta. No obstante lo cual reveló "un espíritu político criminal bastante certero", según juicio de Jiménez de Asúa.

Los trabajos de revisión al Código Penal de 1871 fueron publicados en cuatro tomos. El tomo I contiene en su Primera Parte las opiniones de Magistrados, Jueces, Agentes del Ministerio Público y Defensores de Oficio. En la Parte Segunda están incluidos los estudios y Anteproyectos. Este primer tomo fue publicado en 1912. El tomo II, publicado en 1912 también, se refiere a estudios y Anteproyectos. El tomo III publicado en 1913, está compuesto de las actas de las sesiones e informes a la Secretaría de Justicia. Y el IV y último tomo, de 1914, abarca el texto del Proyecto de reformas y la Exposición de Motivos.

---

(11) PORTE PETIT CANAUDAP CELESTINO.- Evolución Legislativa-Penal en México.- Edit. Jurídica Mexicana.- 1965.- Págs. 28 y 29.

(12) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- 1988.- Pág. 127.

"Desgraciadamente los cuatro nutridos volúmenes que se distribuyeron con profusión, carecieron de efectos prácticos en el momento por las agitaciones internas que prevalecían en la Nación. Algunas de las recomendaciones consignadas en esos estudios y aun algunas de las opiniones rechazadas, fueron atendidas, sin embargo, al hacer nuevos trabajos similares en 1929 y 1931". (13)

En la Exposición de Motivos del Proyecto de reformas (14) el Lic. D. Miguel S. Macedo señaló la conveniencia de la revisión por contener el Código de 1871 partes obscuras, incoherentes, deficientes y sobre todo por el profundo cambio social que había sufrido el país desde que el Código fue elaborado y sancionado. A pesar de las ideas anteriores la Comisión tomó por base de su labor respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones, y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones cuya bondad se podía estimar ya aquilatada y cuya admisión fuese exigida por el real estado social del país.

Como cambios de forma más que de fondo en el texto del Proyecto, podemos señalar la incorporación de la proposición de en las rúbricas de los Libros en que se divide el Código, en los Títulos y en los Capítulos.

El Título VI del Código de 1871 "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres" pasa sin cambios en cuanto al orden y denominación de los delitos contenidos en el mismo al Proyecto de Reformas.

---

(13) VILLALOBOS IGNACIO.- Ob.Cit.- Pág. 115.

(14) LEYES PENALES MEXICANAS.- Proyecto de Reformas al Código Penal de 1871.- Instituto Nacional de Ciencias Penales.- Tomo II.- México.- 1979.- Pág. 10.

De tal manera, tenemos que el Título VI del multicitado Proyecto que se denomina "De los delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres", contiene también en su Capítulo III a los delitos de atentados contra el pudor, estupro y violación.

Hemos querido hacer referencia al presente Proyecto de Reformas con un tanto de profundidad, particularmente por lo que hace a nuestro delito de estudio, pues nos parece importante el hecho de que quienes lo elaboraron se dieran cuenta de la mala redacción de la descripción típica y del alcance de la misma sin que pudieran hacer lo suficiente para darle una sustantividad propia al delito de atentados al pudor que le permitiera diferenciarlo de otras figuras delictivas.

Enseguida transcribiremos los argumentos que en la misma Exposición de Motivos del Proyecto intentaron despejar algunas dudas y que sirvieron de base para reformar el tipo penal del delito de atentados contra el pudor:

(Exposición de Motivos)

Capítulo II

De los atentados contra el pudor.- Del estupro.- De la violación.

Art. 789.- 831. La disposición de este artículo y su correlativo la del artículo 792 han de ser seguramente oscuras, pues han dado origen a muchas discusiones en el foro:

Aunque se han emitido opiniones en uno y otro sentido, parece haber llegado a dominar la que se formula en estas dos proposiciones: 1. Los delitos de estupro y violación no tienen grados inferiores y sólo se castigan cuando hayan sido --

consumados; 2. El atentado contra el pudor, es decir, el acto impúdico que, sin llegar a la cópula carnal, se ejecuta en la persona de otro sin su voluntad, es por sí mismo un delito consumado y no puede constituir un grado inferior de otro delito.

En general, quienes sostienen esa opinión la defienden sólo como consecuencia de los textos legales, pero reprueban como inconveniente la tesis y desean que la ley se reforme.

La Comisión aceptó sobre este punto las opiniones expresadas por el Lic. Aguilar, comisionado a quien correspondió formar el Anteproyecto relativo al Título VI del Libro III y que con buenas razones se declaró en contra de la tesis generalmente admitida, considerando que como no hay en el Código-disposición alguna que exceptúe a los delitos de estupro y violación de las reglas generales que establecen que el delito intencional tiene los grados de conato, intentado frustrado y consumado, dichos delitos están sujetos a esa regla, la cual se viola cuando se declara lo contrario, pareciendo esto tan claro que para desvanecer cualquier duda y para que la buena doctrina se restablezca por sí sola y de una manera natural, sin necesidad de que en ese punto se cambie el texto del artículo 789, bastará aclarar el verdadero sentido del artículo 792, que es que el atentado contra el pudor sólo se castiga cuando es consumado, es decir, que ese delito si carece de grados inferiores y no se castiga cuando es simple conato ni cuando se frustra.

832. Si estimó conveniente la mayoría de la Comisión, formada por los señores licenciados Novoa, Aguilar y Pimentel establecer un caso especial de atentado contra el pudor en que no se exija como elemento constitutivo la falta de voluntad del paciente, reforma propuesta por el señor Lic. Rosa, de acuerdo con cuyas ideas en el Proyecto se adiciona el art. con las palabras "o en un menor de diez años".

También estimó conveniente la mayoría de la Comisión suprimir el calificativo de "impúdico" que respecto del acto -- que pueda ofender el pudor, aparece en el texto actual, por haberlo considerado completamente inútil: pero sin que esa su presión tenga por objeto alterar el alcance del artículo.

Art. 792.- 833. Queda ya explicada en el número 831 la reforma de este artículo, para evitar que los actos que constituyan el delito de atentados contra el pudor dejen de ser castigados como grados inferiores de otro delito, especialmente de estupro y violación aunque reúnan todos los caracteres y requisitos para ello.

Dadas las anteriores argumentaciones, el texto del delito de atentados contra el pudor en el Proyecto de reformas -- quedó de la siguiente manera:

### Capítulo III

\*De los atentados contra el pudor. Del estupro. De la violación.

Art. 789. Se da el nombre de atentado contra el pudor a todo acto (\*) que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y que se ejecute en la persona de otro sin su voluntad, sea cual fuere su sexo, o en un menor de diez años.

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

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

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

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

Art. 792. El delito de atentados contra el pudor sólo se castigará cuando sea consumado.

Realmente las disposiciones tanto del artículo 789 del Código Penal de 71' que definió el atentado contra el pudor, como las de su correlativo, el artículo 792, provocaron intensas críticas y discusiones no sólo en el campo dogmático sino en la práctica, donde debido a sus múltiples deficiencias y vaguedades motivaron graves dificultades en las decisiones jurisdiccionales, mismas que no lograban una uniformidad de criterios por la obvia incorrección en el tipo penal de atentados contra el pudor.

Si como lo señala el Lic. Aguilar en la misma Exposición de Motivos no existe disposición alguna que exceptúe a los delitos de estupro y violación de las reglas generales que establecen que el delito intencional tiene los grados de conato, intentado frustrado y consumado, y que por tanto dichos delitos están sujetos a esa regla, la cual se viola cuando se declara lo contrario y que por consiguiente no debe modificarse el art. 789; lo cierto es que como lo afirmaba el profesor -- Demetrio Sodi, si bien efectivamente no existía disposición alguna en el Código que exceptuara a los delitos de estupro y violación de las reglas generales que establecen los grados del delito intencional, también era cierto que en la práctica la violación y el estupro no tenían grados; o se consumaba alguno de los delitos, imponiéndose la pena correspondiente o -

los actos quedaban con el carácter de preparatorios, porque no se llegaba a la cópula carnal y eran castigados tan sólo como atentados contra el pudor.

Coincidimos totalmente con los comentarios del maestro Sodi, pues creemos que la práctica de nuestro delito a estudio en la época en que estuvo vigente el Código de 71', no se contradecía a la ley como afirmaba el Lic. Aguilar, sino que se apegaba estrictamente a lo establecido por el art. 789 y su correlativo el art. 792.

Para ejemplificar lo anterior podríamos imaginar un caso en donde efectivamente el activo pretende violar a su víctima y para ello realiza primeramente una serie de actos lúbricos para inmediatamente después imponer la cópula por la fuerza para conseguirlo por una causa ajena a su voluntad.

Si se actuara conforme a las ideas expresadas por el Lic. Aguilar en la Exposición de Motivos, tendría que existir una tentativa de violación pues no existe efectivamente disposición alguna que impida que se apliquen las reglas generales del delito intencional al delito de violación o estupro. Ahora bien, si se actuara con estricto apego a la ley, creemos que debe respetarse la garantía de la exacta aplicación de la ley penal consignada en el art. 14 de nuestra Ley Fundamental y aplicarse las penas correspondientes, no las que correspondían a un delito tentado, sino las correspondientes al delito que quedó integrado en todos y cada uno de sus elementos, es decir, a un delito que fue perfectamente consumado.

Si en nuestro ejemplo los actos impúdicos no llegaron a la cópula consideramos que queda perfectamente consumado el delito de atentados contra el pudor, por contener todos los elementos que requiere el tipo penal, mismo que carece en su integración de la intención culposa del agente.

Es por todo lo anterior que diferimos completamente de las argumentaciones hechas valer por el Lic. Aguilar y que -- creemos que el art. 789 sí debió ser modificado en el Proyecto para evitar precisamente las confusiones entre los atentados contra el pudor y los grados inferiores del estupro y de la violación.

Continuaba diciendo el Lic. Aguilar que para desvanecer cualquier duda y para que la buena doctrina se restableciera sin necesidad de que se cambiara el texto del art. 789, bastaría con que se aclarara el verdadero sentido del artículo 792, que es que el atentado contra el pudor se castiga cuando es -- consumado.

En este sentido consideramos que la reforma al art. 792 -- en nada contribuyó para evitar la confusión de delitos anteriormente señalada, pues de la misma, podemos desprender dos hipótesis:

1a. Que el atentado contra el pudor sólo se castigará -- cuando sea consumado.

Esto en nada modifica el hecho de que ciertos actos impúdicos inmediatamente anteriores a la imposición de la cópula -- no pudiéndose efectuar ésta por causas ajenas a la voluntad -- del agente, continúan siendo sancionadas con las penas del -- atentado contra el pudor.

2a. Que el atentado contra el pudor no se castigará cuando no lo logre consumarse.

De lo anterior podemos deducir que si el atentado contra el pudor no se consuma, entonces, sí podrán integrarse los -- grados inferiores del estupro y de la violación.

Se nos hace verdaderamente difícil de creer (aunque no imposible) que el agente que pretenda violar no realice ni siquiera un acto impúdico inmediatamente anterior a la imposición de la cópula, pues sólo de esta manera y de acuerdo con lo establecido por el art. 792, podría integrarse una tentativa de violación o estupro.

Por lo que hace a la adición al final del art. 789 de la frase "o en un menor de diez años" para establecer un caso especial de atentado contra el pudor en que no se exige como elemento constitutivo la falta de voluntad del paciente, como asimismo lo consideró la Comisión; creemos que es acertada pero no completa, pues deja fuera aquellos casos en los que el pasivo (no precisamente menor) no puede impedir por alguna causa los actos impúdicos.

En cuanto a la supresión del calificativo "impúdico" respecto del acto que pueda ofender el pudor, la consideramos acertada, pues antes de tener conocimiento del Proyecto de mérito hicimos esa observación al igual que de la frase "cópula carnal".

Tenemos que decir que el hecho de que el país se encuentra convulsionado por la Revolución de 1910 al tiempo en que se concluyeron los trabajos de revisión al Código Penal de 1871 y que impidió que se pudiera poner en vigor, por lo menos por lo que hace a nuestro delito de estudio, creemos que no se perdió de una labor que pudiera aportar sustantividad y características propias al mismo, aunque sí bien es cierto, también resultó plausible el hecho de que se diera protección expresa a los menores de edad que consentían a los actos impúdicos.

### III. Código Penal de 1929

A fines del año de 1925, el Presidente de la República, en uso de las facultades que le concedieron las cámaras, nombró por conducto del Secretario de Gobernación a las personas que integraron las Comisiones Revisoras de Códigos. Por lo que toca a la primera Revisora del Código Penal, la formaron los licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza y Castañeda. Por el mes de mayo de 1926 el Lic. José Almaraz sustituye al Lic. Castañeda y la Comisión quedó integrada por los licenciados Ramírez Arriaga, Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz. Este último, investido después de la promulgación del nuevo Código con el carácter de Presidente del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, y a quien correspondió la elaboración de la Exposición de Motivos del Código de 1929, en la que comenzó por informar que a su inicio se encontró con un Anteproyecto para los dos primeros Libros del Código, que seguía los principios de la Escuela Clásica, manifestando su inconformidad aduciendo la completa bancarrota de dicha Escuela y que con la aceptación de tal Anteproyecto la delincuencia seguiría su marcha ascendente; por lo que presentó un estudio crítico de los principios de la Escuela Clásica y un Anteproyecto propio, estudios que hizo suyos la Comisión y que sirvieron de base al nuevo Código. (15)

El Código de 1929 al decir del propio Almaraz se basó en los principios de la Escuela Positiva y tuvo una vigencia mínima pues rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

---

(15) LEYES PENALES MEXICANAS.- Código Penal de 1929.- Instituto Nacional de Ciencias Penales.- Tomo III.- México.- -- 1979.- Pág. 10.

En la Exposición de Motivos del Código de 1929 se señala que el delito ha de considerarse como un producto natural que no nace del libre albedrío, sino de factores físicos, antropológicos y sociales; se sustituye el concepto de responsabilidad moral -que determina los límites de imputabilidad penal- por el de responsabilidad social (todo individuo que cometa - un acto prohibido por la ley penal, responderá del mismo ante la justicia, cualquiera que sea su estado psicológico); se -- sustituye la palabra pena por la de sanción; se realza la importancia de la personalidad del delincuente para la imposición de las penas y se habla también de la ampliación del arbitrio judicial.

Muy criticado fue este Código por diversos autores y traductistas, pero nos parece acertado hacer únicamente mención - de las opiniones vertidas por los maestros Carrancá y Trujillo y González de la Vega quienes resultan más centrados en sus - comentarios respecto del Código de estudio.

El maestro Carrancá y Trujillo<sup>(16)</sup> señala: "Muy al contrario del Código Penal de 1871, el de 1929 padece de graves deficiencias de redacción y de estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y hasta de contradicciones - flagrantes, todo lo cual dificultó su aplicación práctica". - "De esta suerte el mérito principal del Código de 1929 no fue otro que el proyectar la integral reforma penal mexicana derogando el venerable texto de Martínez de Castro y abriendo cauce legal a las corrientes modernas del Derecho Penal en México. Todo lo cual, ciertamente, no ha sido poco".

Por su parte el profesor Francisco González de la Vega<sup>(17)</sup>

---

(16) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- Ob.Cit.- Págs. 128 y 129.

(17) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.- Ob.Cit.- Págs. 23 y 24.

señalaba que el Código de 1929 no había cumplido su objeto ni técnicamente ni en la práctica de su aplicación, debido, por lo que se refiere a la técnica, a que los principios esenciales que lo informaron "in mente" se encontraron nulificados, -negados categóricamente, en el desarrollo de su propio articulado, y debido, por lo que hace a su aplicación diaria, a sus omisiones, contradicciones, yuxtaposiciones, y al recargo de definiciones teóricas, inocuas para la persecución de los delitos, pero que dificultaban la aplicación sencilla de sus -- principios sustantivos. "No debe, sin embargo, desconocerse el hecho significativo de que el Código de 1929 logró aglutinar en un haz, inquietudes científicas antes dispersas, des--pertando en los juristas mexicanos el claro anhelo de una reforma integral de las instituciones jurídico-penales que, por ley de inercia, se resistían a ser desalojadas, atrincherándose en el venerable monumento que edificara Martínez de Castro".

Las más de las críticas hechas por los autores a este -- Código de 1929 resultan lacerantes, pero nosotros creemos que bien podríamos considerarlo como de manera sensata el mismo -- Lic. José Almaráz lo hizo: "No es de extrañar que ante tan -- grandes y numerosos obstáculos legales, imposibles de fran--quear, y dado su carácter de sistema de transición, el Código no sea una obra perfecta de acuerdo con las modernas tenden--cias y conserve su carácter casufístico..." "El Código --justo es declararlo-- es un Código de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes". (18)

El Libro III del Código Penal de 1929 denominado: "De -- los tipos legales de los delitos" agrupó 21 títulos, dentro -- de los cuales hemos de mencionar los siguientes:

---

(18) LEYES PENALES MEXICANAS.- Ob.Cit.- Págs. 18 y 19.

Título Octavo

"De los delitos contra la moral pública"

Capítulo I

"De los ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres"

Capítulo II

"Del lenocinio"

Capítulo III

"De la provocación de un delito y de la apología de éste o de algún vicio"

Capítulo IV

"De la corrupción de menores"

Título Décimotercero

"De los delitos contra la libertad sexual"

Capítulo I

"\*De los atentados al pudor, del estupro y de la violación"

Capítulo II

"Del rapto"

Capítulo III

"Del Incesto"

Título Décimocuarto

"De los delitos cometidos contra la familia"

Capítulo I

"De los delitos contra el estado civil de las personas"

Capítulo II

"Del abandono de hogar"

Capítulo III

"Del adulterio"

Capítulo IV

"De la bigamia y de otros matrimonios ilegales"

Como podemos observar este Código de 1929 acusa mayor -- técnica en lo que concierne a la clasificación de los delitos que la empleada por el Código de 1871; pues distingue en titu los separados los "Delitos contra la moral pública", los "Delitos contra la libertad sexual" y los "Delitos cometidos con tra la familia", mismos que fueron aglutinados en un solo título (VI) en el Código de 71'.

La mayoría de los autores coinciden en señalar que en -- términos generales la distribución de los delitos en el Código de 29' es más acertada que la empleada por el Código de -- 1871, pero también coincide en señalar que en el Título Déci- motercero "Delitos contra la libertad sexual", no todos los - delitos comprendidos en el mismo constituyen una ofensa a 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 a la seguridad sexual los tres primeros, y el -- buen orden familiar el último, según señala el profesor Francisco González de la Vega. (19)

---

(19) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.- Ob.Cit.- Pág. 308.

Por su parte el profesor Jiménez de Asúa<sup>(20)</sup> reprueba -- que en el citado Título Décimotercero figuren el exhibicionismo (art. 855), al que considera un caso patológico y no una forma de delincuencia, y el incesto; delito que considera puede ser contemplado como una infracción contra las buenas costumbres, pero jamás un delito contra la "Libertad sexual".

Definitivamente fue un acierto del Código de 1929 el haber separado todos los delitos que se aglutinaban en el Título Sexto del Código de 71', pero no entendemos cómo fue posible que una vez eliminado el extensísimo epígrafe utilizado por el Código de 1871 y utilizar en su lugar el de "Delitos contra la libertad sexual", en que a todas luces se desprende que es precisamente la libertad sexual el bien jurídico a proteger, y se hayan colocado delitos donde no sólo la libertad sexual puede ser el bien a tutelar, sino también la seguridad sexual y por lo que hace a los delitos de incesto y de exhibicionismo definitivamente no tienen nada que hacer bajo la denominación del Título Décimotercero.

Ahora bien, el artículo 851 que definía los atentados al pudor y subsiguientes, decían:

Art. 851. Se da el nombre de atentado al pudor a todo acto erótico-sexual que, sin llegar a la cópula carnal, se ejecute en una persona púber sin su consentimiento, o en una impúber, aun con el consentimiento de ésta.

Art. 852. El atentado al pudor ejecutado sin violencia física ni moral, se sancionará con multa de diez a veinte días de utilidad, con arresto hasta de seis meses o con ambas sanciones, a juicio del juez, según las circunstancias.

---

(20) JIMENEZ DE ASUA LUIS.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo I.- Edit. Losada, S.A.- Buenos Aires.- Argentina.- Pág. 1251.

Quando se ejecute en una impúber se sancionará con multa de veinte a cincuenta días de utilidad y con arresto no menor de seis meses.

Art. 853. El atentado cometido por medio de la violencia física o moral, se sancionará hasta con tres años de segregación y con multa de cincuenta a sesenta días de utilidad.

Si el ofendido no llegare a la pubertad, la segregación será hasta de cuatro años y la multa de sesenta a setenta días de utilidad.

Art. 854. El delito de atentado contra el pudor sólo se sancionará cuando se haya consumado.

Consideramos un gran acierto por parte de la Comisión redactora del Código, el haber suprimido de la norma descriptora del delito la frase utilizada en el Código de 1871: "... a todo acto impúdico que pueda ofenderlo sin llegar a la cópula carnal, ..." para utilizar: "... a todo acto erótico sexual que sin llegar a la cópula carnal...", ya que ésta si bien resulta redundante no contiene la vaguedad e imprecisión de su predecesora.

En materia delictuosa en que las acciones típicas consisten precisamente en la cópula o en manejos lúbricos en el cuerpo, estos actos eróticos corporales son al mismo tiempo sexuales, así sean completos o incompletos fisiológicamente considerados. Por supuesto, no se trata de simples pensamientos, inclinaciones, manifestaciones poéticas eróticas o de deseos vagarosamente amorosos, sino de acciones libidinosas ejecutadas corporalmente, lo que equivale a actos somáticos eróticos o sexuales tales como tocamientos lúbricos o fornicaciones. (21)

---

(21) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.- Ob.Cit.- Pág. 342.

Señala el maestro de la Vega que al excluirse del tipo penal la "cópula", limitativamente debe entenderse por actos eróticos en el atentado al pudor: "aquellas acciones de lubricidad que resiente corporalmente la víctima, tales como caricias, tocamientos o manejos, (realizados para excitar o satisfacer, de momento al menos, la libidine) aunque por medios -- fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual". (22)

Para el maestro Carranca y Trujillo (23) el acto erótico-sexual debía ser considerado como un acto diverso del acceso carnal y no consistente en palabras, ejecutado por el sujeto activo con o sobre o en la persona del pasivo, por ésta, con o sobre o en la persona del activo, o por o sobre o en ambos sujetos, y "dirigido a excitar o a satisfacer la propia concupiscencia del activo, aunque no se llegue al completo desarrollo de la lujuria".

Por lo que hace a la referencia del sujeto pasivo del delito el Código de 1929 a diferencia del Código de 1871 y siguiendo las ideas expresadas por el Proyecto de reformas al mismo Código de 71', contempla la comisión del ilícito a estudio aun cuando el pasivo del delito otorgue su consentimiento siempre y cuando se trate de una persona imputable. Acertada -- inclusión del Código, pues no podían permanecer sin castigo -- aquellas conductas típicas en las que si bien el pasivo otorga su consentimiento, éste resulta viciado y no es libre, por el incompleto desarrollo físico y moral del pasivo.

Como ya lo señalamos cuando hicimos referencia al Código

---

(22) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.- Ob.Cit.- Pág. 342.

(23) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL.- Código Penal Anotado.- Edit. Porrúa, S.A.- 1989.- Págs. 636 y - 537.

Penal de 1871, no sólo los impúberes pueden consentir inválidamente sino que existen además otros sujetos que por diversas causas no podían resistir a la conducta dolosa y que por tanto, también debieron incluirse en la nueva descripción típica del delito de atentados al pudor.

La ya mencionada descripción típica en el Código a estudio continuó sin tener sustantividad propia, toda vez que podía seguir confundiendo con las tentativas de estupro y violación al no hacer referencia alguna al elemento subjetivo -- que sirve de móvil al autor del delito, es decir, al propósito que tiene el activo en la comisión de los actos eróticos sexuales, pues si la intención de éste es la de copular con el pasivo, no lográndolo por causas ajenas a su voluntad, no es justo que los actos preparatorios lúbricos se sancionen como atentado al pudor, de allí que resultara indispensable que en el artículo 851 del Código Penal de 1929 se incluyera el elemento subjetivo que distinguiría a este delito de otras figuras penales que pueden contemplar los mismos procedimientos.

El art. 854 señala que el delito de atentado contra el pudor, sólo se sancionará cuando se haya consumado. No cabe duda que para la integración de dicho numeral se siguieron -- las ideas expresadas por el Lic. Aguilar en el Proyecto de reformas al Código de 1871, las cuales ya fueron apuntadas en el apartado anterior y con las cuales definitivamente no estuvimos de acuerdo.

#### **IV. Código Penal de 1931**

El mal suceso del Código Penal de 1929 determinó la inmediata designación por parte del Secretario de Gobernación el Lic. Portes Gil, de una nueva Comisión Revisora para que se hiciera una revisión total del Código de 1929.

Esta Comisión que estuvo integrada por José Angel Cenice ros, Luis Garrido, José López Lira, Ernesto Garza, Carlos Angeles y presidida por el Lic. Alfonso Teja Zabre presentó su proyecto de Código a mediados de 1931. El 13 de agosto -- del mismo año fue promulgado por el Presidente Ortiz Rubio el "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal", mismo que entró en vigor el 17 de septiembre de 1931.

Para la elaboración del Código de 1931 la Comisión redac tora <sup>(24)</sup> tomó en cuenta entre otros de igual importancia los siguientes lineamientos generales u orientaciones: "Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable". "La fórmula -no hay delitos si no delincuentes-, debe complementarse así: -no hay delincuentes sino hombres-". "La pena es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por necesidad de conservación del orden social". -- "La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no lo proporciona la Escuela Positiva. Con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: -- a) Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) Disminución del casuismo con los mismos límites; c) Individualización de las sanciones (transición de la pena a medida de seguridad); d) Efectividad de la reparación del daño; e) Simplificación del procedimiento.

---

(24) LEYES PENALES MEXICANAS.- Código Penal de 1931.- Instituto Nacional de Ciencias Penales.- Tomo III.- México.- 1979.- Págs. 289 a 304.

Este Código de 1931 que es el que nos rige actualmente y que ha sido reformado en múltiples ocasiones se compone de -- dos Libros y veintinueve Títulos.

El libro I del Código, consta de seis Títulos. El Libro II contiene veintitrés Títulos.

El Título Décimoquinto que desde la promulgación del Código recibió la denominación de "Delitos sexuales" se compone de cinco Capítulos:

TITULO DECIMOQUINTO  
Delitos sexuales

Capítulo I

\*Atentados al pudor, estupro y violación

Capítulo II

Rapto

Capítulo III

Incesto

Capítulo IV

Adulterio

Capítulo V

Disposiciones generales

En múltiples ocasiones fue criticado el epígrafe de este título décimoquinto, pues cabe afirmarse que la moderna legislación mexicana que se encuentra contenida en el Código Penal vigente de 1931, sigue el criterio científico en cuanto a la clasificación de los delitos, o sea, contempla fundamentalmente

te el bien o interés jurídico sometido a tutela penal en algunos de los títulos, en otros en cambio, contempla más bien al sujeto pasivo de la infracción.

La denominación recibida por el Título Décimoquinto, fue incorrecta, pues aparte de no hacer referencia al bien jurídico violado, involucró infracciones de diversos géneros.

Señalaba el maestro Jiménez Huerta (25) "de la denominación del Título Décimoquinto -Delitos sexuales- trasciende a un primer plano el instinto fisiológico que impulsa las conductas de los sujetos activos de los diversos delitos que recoge. Se abandona plenamente en aras de un sistema que, además de ser exótico a la estructura del Código es ajurídico y enraiza en la fisiología de los instintos eróticos, el correcto criterio del bien jurídico objeto de la tutela penal, para seguir el sistema del viejo Código Penal soviético de 1922, -cuya Sección Quinta del Capítulo IV de su Parte Especial llevó por rubro -Delitos en la esfera de las relaciones sexuales-".

En cuanto a los demás delitos contemplados en este Título, señalaremos que el incesto es un delito que atenta contra la pureza y sanidad de la estirpe y contra la pureza familiar; el adulterio por su parte, constituye un atentado contra el orden familiar, matrimonial y contra el honor; y la violación, el estupro y los atentados al pudor, son delitos que implican ataques contra la libertad y la seguridad sexual de las personas. (26)

---

(25) JIMENEZ HUERTA MARIANO.- Ob.Cit.- Pág. 218.

(26) Citado por REVISTA DE CRIMINALIA.- La clasificación de los delitos en el Código de 1931.- Art. escrito por: FERNANDEZ DOBLADO LUIS.- Año XXII, México, D.F., noviembre de 1956.- No. II.- Pág. 813.

A diferencia de la mayoría de los autores el maestro de la Vega <sup>(27)</sup> consideró que la clasificación de delitos sexuales para el atentado al pudor, estupro y violación era correcta en puridad doctrinaria, ya que en ello la conducta del delincuente siempre consistía en actos corporales de lubricidad-caricias eróticas o ayuntamientos sexuales- que producían como resultado la lesión de la libertad o de la seguridad sexuales del sujeto pasivo. Por otro lado, también estuvo en desacuerdo con la incorporación del rapto, incesto y adulterio en el Título Décimoquinto, ya que estas infracciones no poseían en rigor las características peculiares a los delitos sexuales.

El delito de atentados al pudor en la legislación vigente quedó regulado en los artículos 260 y 261:

Art. 210. Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de ésta última, ejecute en ella un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos.

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

Art. 261. El delito de atentado contra el pudor sólo se castigará cuando se haya consumado.

Sin lugar a dudas, la innovación más trascendente que se efectuó en la descripción típica del delito de atentados al pudor en la legislación vigente fue la introducción del ele-

---

(27) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.- Ob.Cit.- Pág. 311.

mento subjetivo; "sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula", pues este elemento constituye precisamente la intención dolosa, la voluntad criminal, el propósito de -- ejecutar el acto erótico en la persona del pasivo.

Con la integración de este elemento subjetivo, el Código vigente a diferencia de los anteriores Códigos logra por fin darle la sustantividad propia que requería el delito en estudio y que permite distinguirlo de los otros delitos sexuales y de sus tentativas en que el ayuntamiento es el elemento --- constitutivo de los mismos.

La redacción de la norma que describe el delito, excluye de su contenido de manera expresa la cópula, hacfa que limita tivamente debiéramos entender por -actos eróticos- en el atentado al pudor: aquellas acciones de lubricidad que resentfa -corporalmente- la víctima, como caricias, tocamientos o manejos realizados para excitar o satisfacer de momento al menos, la libido, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual. Se decía que el atentado - al pudor era un delito -corporal- porque el sujeto pasivo --- siempre lo sufría en su persona ofendiéndose en su -inviolabilidad carnal-.

El delito no admite en su comisión grados de ejecución, - solamente se sanciona el delito consumado.

El artículo 260 sanciona el delito consumado en la persona impúber, ejecutado sin o con su consentimiento ya que el - impúber por su corta edad se encuentra en imposibilidad jurídica para emitir un consentimiento válido.

#### V. Proyecto Chico Goerne de Código Penal, del año de 1958

En el año de 1958, se formó una Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República, integrada por los licenciados Jorge Reyes Tayabas, Rubén Montes de Oca, Enrique Padilla C. y Fernando Castellanos, a cuyo frente estuvo el Lic. José Aguilar y Maya, Procurador General de la República; Comisión que se encargaría de redactar, siguiendo ideas directrices del Lic. Luis Chico Goerne, un Proyecto de Código Penal.

Como por exceso de labores de algunos de los componentes, todos Secretarios de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia, no se logró adelantar en el trabajo, fue preciso -- reintegrar la Comisión con los licenciados Enrique Padilla C., Francisco H. Pavón Vasconcelos, Manuel del Rfo Govea y Jorge-Reyes Tayabas.

La mencionada Comisión desarrolló exclusivamente el Libro Segundo, o sea la Parte Especial, conteniendo del artículo 123 al 369, y que fue publicada con su correspondiente Exposición de motivos, redactada por el Lic. Jorge Reyes Tayabas, tomándola, a guisa de resumen, de una Exposición de Motivos que dictó Luis Chico Goerne y que había sido publicada anteriormente junto con el temario de ese Libro Segundo, que para entonces no había sido desarrollado todavía.

Por lo que respecta al Libro Primero, nunca se llegó a elaborar.

En la Exposición de Motivos del presente Anteproyecto de Código Penal <sup>(28)</sup> el delito de atentados al pudor quedó com-

(28) LEYES PENALES MEXICANAS.- Anteproyecto Chico Goerne de Código Penal Federal de 1958.- Instituto Nacional de Ciencias Penales.- Tomo IV.- México.- 1979.- Págs. 143 a 162.

prendido dentro del Título Cuarto denominado "De los delitos-  
contra la dignidad de las personas" que contenfa los siguientes  
Capítulos:

#### TITULO CUARTO

De los delitos contra la dignidad de las personas.

Capítulo I  
Injurias

Capítulo II  
Difamación

Capítulo III  
Calumnia

Capítulo IV  
\*Abusos deshonestos

Capítulo V  
Estupro

Capítulo VI  
Violación

Capítulo VII  
Disposiciones comunes a capítulos precedentes

En la misma Exposición de Motivos al hacer ferencias a -  
los títulos, por lo que hace al Título Cuarto se decía:

"Se agrupan en este título las infracciones que la ley -  
vigente considera como vulnerantes del honor de las personas-  
y asimismo las figuras del abuso deshonesto -que el Código lla

ma atentados al pudor-, del estupro y de la violación, las -  
cuales actualmente se clasifican entre los llamados delitos -  
sexuales".

"Se reemplaza la denominación -Atentados al pudor- por  
la de -Abusos deshonestos-, en orden a que los niños no tie--  
nen sentido del pudor. La descripción del tipo se amplía, --  
quedando incluidos también los casos en que se obliga a una -  
persona a ejecutar el acto deshonesto".

La descripción típica del delito quedó de la siguiente -  
manera:

#### Abusos deshonestos

Art. 169. Al que sin consentimiento de una persona pú--  
ber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute -  
en ella o la haga ejecutar un acto erótico-sexual, sin el pro  
pósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le apli-  
carán hasta seis meses de prisión y multa hasta de cincuenta-  
pesos.

En el capítulo séptimo "Disposiciones comunes a capítu--  
los precedentes" en su artículo 174 se señalaba:

"No se podrá proceder contra el autor de un delito con--  
tra la dignidad de las personas sino por queja de la persona-  
ofendida, excepto en los casos de violación, que se perseguirán  
de oficio".

Hemos de decir por principio de cuentas que nos parece -  
un grave error el hecho de que se hayan incluido los delitos-  
de -Abusos deshonestos, estupro y violación- en el título --  
cuarto denominado "Delitos contra la dignidad de las personas",  
pues si bien los delitos de injurias, difamación y calumnia -  
realmente ofenden la dignidad o el honor de las personas, por

su parte el primer grupo de delitos señalados anteriormente, - antes de denotar en su comisión una ofensa contra la dignidad, creemos que primera y fundamentalmente violan un aspecto de la libertad de la persona, y que éste es el de la libertad se xual (por lo que hace a las personas púberes) es decir, la li bre voluntad para conducirse en el campo de lo sexual, la li bre voluntad para realizar o abstenerse de ciertas conductas sexuales con quien bien le pareciere y si de la violación de esta libertad surgen violaciones o afecciones a otro tipo de bienes o aspectos en la vida del pasivo, éstos deberán ser -- justipreciados por el juzgador al momento de quedar subsumi-- dos en la violación del interés o bien jurídico preponderante, bien que debe ser protegido de inmediato antes que cualquier otro bien.

Así, creemos que definitivamente al cometerse un "abuso-deshonesto" como así denominó el Proyecto a los atentados al pudor, antes que violarse la dignidad del pasivo se estaría violando su libertad o bien su seguridad o normal desarrollo sexual, como acontecería con la violación y el estupro.

Por lo que hace a la denominación de -Abusos deshonestos- que empleó el Proyecto (denominación clásica en la legislación penal española) desechando la vieja fórmula de -Atentados al pudor- empleada por la legislación penal mexicana desde 1871, consideramos que resultaba más adecuada, ya que con tal denominación si bien ya no se hacía referencia al tan pretendido-bien objeto de la tutela penal, sí se vislumbraba un tipo de conductas sin recato ni decencia por parte del activo atentatorias de la libertad o seguridad sexual del paciente, mismas que se describen al verse plasmada la conducta delictiva en el artículo 169 del Proyecto de mérito.

Señalaba el tratadista argentino Sebastián Soler<sup>(29)</sup> res

---

(29) SOLER SEBASTIAN.- Derecho Penal Argentino.- Tipográfica- Editora Argentina.- Tomo III.- 1956. Págs. 386 y 387.

pecto de los Abusos deshonestos: "El abuso debe ser objetivamente deshonesto, sin constituir acceso carnal, es decir, ha de consistir en un acto que -pueda- llevar significación sexual. Los límites se determinan por las costumbres y las circunstancias de lugar y tiempo.

Por el contrario, tampoco debe exigirse que la acción --llegue al extremo de constituir desahogo sexual para el sujeto activo. El logro de esa finalidad y aún la existencia de esa finalidad es indiferente: puede tratarse tanto de un acto de satisfacción sexual como de mera excitación sexual, o sencillamente de una pura ofensa al pudor sexual de la víctima".

La ampliación de la descripción típica del delito se realiza cuando quedan incluidos aquellos casos en que el mismo pasivo se ve obligado a ejecutar los actos deshonestos.

Creemos que los miembros de la Comisión redactora del --Proyecto no quisieron dejar lugar a dudas respecto de la posibilidad de que el pasivo se viera obligado a realizar o ejecutar los "actos deshonestos" y por ello decidieron incluir dicho supuesto en la norma descriptora del delito.

Una crítica muy severa merece el presente Proyecto por --lo que hace a nuestro delito a estudio, ya que no contempla --los medios de comisión del delito, es decir, cuando el delito es cometido empleando la violencia física o moral.

#### VI. Proyecto de Código Penal de 1958, para el Distrito y Territorios Federales

El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la Re-

pública en materia de Fuero Federal, del año de 1958, fue elaborado por una Comisión redactora integrada por Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón Vasconcelos, Celestino Porte Petit Candaudap y Manuel del Río Govea.

Este Anteproyecto se orientó en el Código de Defensa Social Veracruzano, en el Anteproyecto de Código Penal de 1949, para el Distrito y Territorios Federales, y fundamentalmente en el Proyecto de Código Penal para el Estado de Baja California. (30)

El Proyecto de Código Penal de 1958 contiene 291 artículos, de los cuales corresponden 98 a la Parte General y el resto a la Parte Especial.

Cabe señalarse que en relación a este Proyecto el maestro Jiménez de Asúa (31) señala que de cuantos Proyectos existen, éste es probablemente el mejor. Por su parte el maestro Carranca y Trujillo (32) señala que caracterizan al Proyecto - su sobriedad, un mejor ajuste técnico de las instituciones penales y una moderna adecuación de ellas en el cuerpo legal.

El Libro Segundo del Proyecto relativo a la Parte Especial, contiene catorce títulos.

El Título Décimocuarto se compone de Cinco Subtítulos -- distribuidos de la siguiente manera:

---

(30) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- Ob.Cit.- Pág. 149.

(31) JIMENEZ DE ASUA LUIS.- Ob.Cit.- Pág. 1261.

(32) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- Ob.Cit.- Pág. 134.

TITULO DECIMOCUARTO  
Delitos contra las personas

Subtítulo Primero  
Delitos contra la vida y la integridad corporal

Subtítulo Segundo  
Delitos contra la libertad y la seguridad

Capítulo I  
Privación de la libertad

Capítulo II  
Plagio

Capítulo III  
Rapto

Capítulo IV  
Amenazas

Capítulo VI  
Asalto

Capítulo VII  
Violación de domicilio

Capítulo VIII  
Violación de secretos

Subtítulo Tercero  
Delitos contra la libertad e inexperiencia sexuales

Capítulo I  
Violación

Capítulo II

Estupro

Capítulo III

\*Abusos deshonestos

Subtítulo Cuarto

Delitos contra el honor

Subtítulo Quinto

Delitos contra el patrimonio

En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1958<sup>(33)</sup> al hacer referencia al Subtítulo Tercero del Título Décimocuarto se indicaba:

"El tercer subtítulo que lleva el rubro de delitos contra la libertad e inesperienza sexuales-, abarca las especies de violación, estupro y abusos deshonestos; de estos tres delitos, el primero y el tercero son atentatorios de la libertad sexual de las personas, y el segundo de la inexperencia de esta clase en la mujer de diez y ocho años".

"La amplia fórmula del delito de abusos deshonestos sanciona todas las posibles hipótesis, agregando en su párrafo segundo una circunstancia agravadora de la sanción cuando se hiciera uso de la violencia física o moral".

El delito de abuso sexual que en el presente Proyecto se denominó Abusos deshonestos quedó regulado de la siguiente manera:

---

(33) LEYES PENALES MEXICANAS.- Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1958. INACIPE.- Tomo IV.- 1979.- Págs. 197 a 213.

### Abusos deshonestos

Art. 263. Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella o la haga ejecutar un acto erótico sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le impondrán de tres días a un año de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la sanción será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de quinientos a cuatro mil pesos.

Como características esenciales que presenta este Proyecto de Código podemos mencionar el hecho de que el delito de rapto se separara del grupo de delitos que la legislación penal mexicana había considerado como "sexuales" y se colocara dentro del Subtítulo Segundo denominado "Delitos contra la libertad y seguridad", hecho que por demás consideramos acertado.

El Subtítulo Tercero que es donde se ubica el delito de "Abusos deshonestos" recibe el nombre de "Delitos contra la libertad e inexperiencia sexuales", haciendo de esta manera referencia directa al bien jurídico tutelado.

Este proyecto de reformas a semejanza del Proyecto Chico Goerne también de 1958 utiliza la denominación de "Abusos deshonestos" para hacer referencia a aquellos actos de lubricidad que sin llegar a la cópula carnal se ejecutan sin consentimiento de persona púber o impúber o aún con consentimiento de esta última y también señala de manera expresa el hecho de que será sancionada aquella conducta en la que el pasivo se vea "obligado" a ejecutar el acto erótico.

A diferencia del Proyecto Chico Goerne, el presente Pro-

yecto hace referencia al elemento esencial del delito, es decir, a la conducta desplegada por el agente, con la fórmula: "... ejecute en ella o la haga ejecutar un acto erótico, sin el propósito..." eliminando la frase "erótico sexual" que había sido utilizada desde el Código Penal de 1929.

Consideramos que la fórmula empleada por el presente Proyecto para hacer referencia a la conducta desplegada por el agente careció de la esencia misma que requería el delito ya que la mayoría de los actos constitutivos del mismo carecen de un "erotismo", no así de la libidinosidad que podría comprender el "acto sexual" distinto de la cópula. Por tanto, creemos que la utilización de la frase "acto erótico" fue incorrecta.

#### VII. Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963

Por acatamiento de la recomendación del II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia, celebrado en la Ciudad de México, se integró una Comisión que redactara el Proyecto de Código Penal Tipo, a fin de que lo adoptaran los diversos Estados de la República, y terminar con la diversidad de legislaciones punitivas que tantos inconvenientes presenta. (34)

Dicha Comisión estuvo presidida por el Dr. don Francisco Román Lugo, Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, e integrada por el Dr. Celestino Porte Petit y los licenciados Luis Fernando Doblado, Olga Islas de

---

(34) LEYES PENALES MEXICANAS.- Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.- Instituto Nacional de Ciencias Penales.- Tomo IV.- 1980.- Pág. 341.

González Mariscal y Luis Porte Petit Moreno. El Dr. Luis Garrido que intervino en la redacción del Código de 1931 y en la del Proyecto de 1949 tuvo el carácter de asesor de esta Comisión.

El Proyecto de Código Penal Tipo contiene 365 artículos. La Parte General abarca un total de 108 artículos, contenidos en ocho títulos.

La Parte relativa a los delitos en particular comprende del artículo 109 al 365, distribuidos en Cinco Secciones:

SECCION PRIMERA

Delitos contra el Estado

SECCION SEGUNDA

Delitos contra la humanidad

SECCION TERCERA

Delitos contra la sociedad

SECCION CUARTA

Delitos contra la familia

SECCION QUINTA

Delitos contra las personas

Título Primero

Delitos contra la vida y la salud personal

Título Segundo

Delitos contra la libertad y seguridad de las personas

Delitos contra la libertad e inesperienza sexuales

Capítulo I  
Violación

Capítulo II  
Estupro

Capítulo III  
\* Abusos deshonestos

Título Cuarto  
Delitos contra el honor

Título Quinto  
Delitos contra el patrimonio

El delito que nuestra legislación vigente comienza a denominar como abuso sexual quedó tipificado en el Proyecto de Código Penal Tipo de la siguiente manera:

Abusos Deshonestos

Art. 315. Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, o en persona que por cualquier causa no pudiere resistir, ejecuta en ella un acto erótico, sin el propósito de llegar a la cópula, se le impondrá sanción de uno a seis meses de prisión y multa de cien a trescientos pesos.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la sanción será de seis meses a dos años de prisión y multa de trescientos a mil pesos.

Lo más relevante que denota el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963 por lo que hace a nuestro delito a estudio es el hecho de haber agrupado en el Título Tercero de la Sección -- Quinta los delitos de violación, estupro y abusos deshonestos

bajo el epígrafe de "Delitos contra la libertad e inexperien-  
cia sexuales", quedando de manifiesto el bien o bienes juríd-  
icos que se protegen por la norma penal.

Por lo que hace al delito de abuso sexual que denomina -  
al igual que el Proyecto Chico Goerne y el Proyecto de Código  
Penal de 1958 "Abusos deshonestos", agrega los casos en los -  
que el sujeto pasivo del delito por cualquier causa no puede-  
resistir a la conducta dañosa, pero elimina la frase "... o -  
lo haga ejecutar..." para referirse a aquellos casos en los -  
que el pasivo se ve obligado a ejecutar el acto erótico ya --  
sea sobre el mismo activo o bien sobre un tercero.

#### **VIII. Códigos Penales de algunas Entidades Federativas**

La legislación penal de casi todos los Estados de la Re-  
pública fue reflejo de la del Distrito Federal hasta la déca-  
da de los 70's que fue cuando las ideas y opiniones de trata-  
distas y gentes que se encuentran en la constante práctica --  
del Derecho Penal hicieron sentir sus inquietudes de cambio --  
en la elaboración de los modernos Códigos Estatales.

Por lo que hace a la legislación vigente en el Distrito-  
Federal hemos de decir que desde el año de 1931 nuestro deli-  
to a estudio no habfa sufrido modificación alguna sino hasta-  
el 3 de enero de 1989 en que fue reformado y únicamente en --  
cuanto a la misma descripción del tipo. En el año de 1991 --  
vuelve a reformarse el tipo penal pero también la denomina- -  
ción del título bajo el cual queda comprendido así como tam- -  
bién el nombre mismo del delito.

Hasta antes de la última reforma a nuestro delito en es-  
tudio (21-I-91) la mayoría de los Códigos Penales de los Est-

dos diferían (aunque no sustancialmente) del Código Penal del Distrito Federal y presentaban similitudes entre sí.

En la actualidad, después de la reforma aludida, el Código Penal del Distrito Federal se "actualiza" por así decirlo y presenta similitudes con los Códigos Estatales, no sólo en cuanto al nombre del mismo y a la denominación del título bajo el cual queda comprendido.

A continuación y a manera de que nos sirva como punto de comparación entre la legislación penal vigente en el Distrito Federal y la de los Estados de la República presentamos el de lito en estudio en algunos de los Códigos Estatales así como su ubicación dentro de los Títulos.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE  
Y SOBERANO DE VERACRUZ-Llave (35)

Título Cuarto

"Delitos contra la libertad y la seguridad sexual"

Capítulo I. Violación

Capítulo II. Estupro

Capítulo III. Abusos deshonestos\*

Art. 158. Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute - en ella o la haga ejecutar un acto erótico sin el propósito - de llegar a la cópula, se le aplicarán de un mes a un año de prisión y multa hasta de cuatro mil pesos.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la sanción será de tres meses a cuatro años de prisión y multa hasta de seis mil pesos.

Art. 159. El delito de abusos deshonestos será perseguido por querrela de parte ofendida o de sus representantes legítimos.

---

(35) CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE VERACRUZ-Llave.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1989.- Pág. 43.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE  
MEXICO (36)

Subftulo Cuarto

"Delitos contra la libertad e inexperiencia sexual"

Capftulo I. Actos libidinosos\*

Capftulo II. Estupro

Capftulo III. Violaci3n

Art. 275. Se impondr3n de tres d3as a un a3o de prisi3n y de tres a setenta y cinco d3as multa, al que sin consenti-- miento de una persona p3ber o imp3ber, o con consentimiento - de esta 3ltima, ejecute en ella un acto er3tico sexual, sin - el prop3sito directo e inmediato de llegar a la c3pula. Se - impondr3n de seis meses a dos a3os de prisi3n y de seis a -- ciento cincuenta d3as multa, si se hiciere uso de la violen-- cia ffsica o moral.

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE  
CHIHUAHUA (37)

Título Décimotercero

"Delitos contra la libertad y seguridad sexuales"

- Capítulo I. Violación
- Capítulo II. Estupro
- Capítulo III. Abusos sexuales\*
- Capítulo IV. Inseminación artificial
- Capítulo V. Rapto
- Capítulo VI. Disposiciones comunes

Art. 245. Al que sin consentimiento de una persona ejecute en ella o por ella se haga ejecutar un acto sexual, sin el propósito de llegar a la cópula, se le impondrá de uno a seis meses de prisión.

Art. 246. Al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en persona menor de catorce años, o de una incapacitada, que no tenga facultad de comprender o que por cualquier causa no pueda resistir dichos actos, o la obligue a ejecutarlos aun cuando mediare el consentimiento de la víctima, se le impondrá prisión de seis meses a cuatro años.

Art. 247. La pena señalada en los artículos anteriores se aumentará hasta una mitad, cuando la conducta se realice mediante el uso de la violencia, con la intervención directa de dos o más personas violando la fe y la seguridad que expresa o tácitamente nacen de cualquier relación que inspire confianza o respeto.

Art. 253. Los delitos previstos en los capítulos II, III, IV, y V de este título, serán perseguidos por querrela.

(37) CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIHUAHUA.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1988.- Págs. 74 y 75.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE  
HIDALGO (38)

Título Décimoprimerο

"Delitos contra la libertad y la seguridad sexual"

Capítulo I. Actos libidinosos\*

Capítulo II. Estupro

Capítulo III. Violación

Art. 222. Al que ejecute con una persona púber sin consentimiento o impúber con o sin consentimiento, acto erótico-sexual sin el propósito de llegar a la cópula carnal se le impondrá prisión hasta de seis meses y multa hasta de quinientos pesos.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la sanción será de tres meses a dos años de prisión y multa, hasta de mil pesos, sea púber o impúber la parte ofendida.

## **CAPITULO TERCERO**

### **ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL**

## I. Elementos del delito

El número de elementos del delito varía según la particular concepción del mismo por parte de los autores; así, tenemos desde la concepción bitómica (considera que el delito se compone únicamente de dos elementos) hasta la concepción heptatómica (considera que el delito se integra con siete elementos).

Nosotros nos adherimos a aquellos autores que consideran que los elementos integrantes del delito son cuatro (concepción tetratómica).

El prestigiado tratadista alemán Edmundo Mezger al referirse en su tratado<sup>(1)</sup> a las características del delito, con precisión insuperable hasta el momento, lo definió diciendo: -- "Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable". -- Definición en la que ya se aprecian como elementos esenciales del delito a la "acción" (conducta humana), "la tipicidad", -- "la antijuricidad" y "la culpabilidad".

En el estudio dogmático o jurídico sustancial del delito y siguiendo el sistema analítico, es decir, estudio del ilícito penal por sus elementos constitutivos, se hace preciso distinguir ante todo, entre elementos esenciales y elementos accidentales. Son esenciales aquellos elementos que constituyen la esencia del delito, tal como resulta de su denominación; en otros términos, los elementos sin los cuales el delito en general o un determinado delito no puede existir. Se denominan también elementos constitutivos. Los elementos accidentales son, por el contrario, aquellos elementos cuya

---

(1) MEZGER EDMUNDO.- Tratado de Derecho Penal.- Edit. Revista de Derecho Privado.- Madrid, España.- Tomo I.- 1935.- -- Pág. 163.

presencia no influye en la existencia del delito, o de un determinado delito, sino sobre su gravedad y, más generalmente, sobre la entidad de la pena. A esta segunda categoría de elementos se le da el nombre de -circunstancias del delito-.<sup>(2)</sup>

Como dijimos anteriormente para nosotros los elementos esenciales del delito son cuatro: 1) conducta, o hecho (acto u omisión humanos); 2) tipicidad (porque la ley ha de configurar a la conducta con el tipo de delito previsto); 3) antijuridicidad (porque ha de estar en contradicción objetiva con la norma) 4) culpabilidad (porque ha de estar en oposición -- subjetiva con la norma).

Coincidimos con aquellos autores que niegan el carácter de elementos esenciales del delito a: A) la imputabilidad, ya que ésta constituye un presupuesto de la culpabilidad. Para que un sujeto pueda ser considerado como culpable, es necesario que antes sea -imputable-. "La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacita para responder del mismo",<sup>(3)</sup> si el sujeto no cuenta con estas condiciones no puede considerársele como culpable, pues no existiría el nexo intelectual y emocional que ligue al resultado con su acto; B) la punibilidad, ya que ésta es una -- consecuencia más o menos ordinaria del delito.

Puede definirse a la punibilidad como el merecimiento de una sanción penal en función de la realización de una conducta determinada, y por ende, toda vez que no todas las conductas típicas, antijurídicas y culpables merecen ser sanciona--

---

(2) ANTOLISEI FRANCESCO.- Manual de Derecho Penal.- Uteha Argentina.- Buenos Aires, Argentina.- 1960.- Pág. 154.

(3) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1985. Pág. - 218.

das con una pena, no puede decirse entonces que la punibilidad constituya un elemento esencial del delito, sin la cual - éste no pueda existir, constituye la punibilidad más bien una consecuencia más o menos ordinaria del delito; C) las condiciones objetivas de punibilidad, ya que siendo éstas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que - la pena pueda ser aplicada al autor del delito, no pueden ser consideradas como elementos esenciales del mismo, pues sólo - son comunes a algunos delitos.

Sin embargo, y a pesar de que no consideremos a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad como elementos esenciales del delito, por razones dogmáticas y con el objeto de tener una mayor apreciación de la naturaleza conjunta del delito también serán estudiadas -- con los elementos que sí consideramos que son esenciales.

#### A. CONDUCTA

##### 1) Aspecto positivo.- Conducta o hecho

##### a) Concepto

Siguiendo las ideas expresadas por el profesor C. Porte-Petit<sup>(4)</sup> diremos que no sólo la "conducta" constituye el elemento material u objetivo del delito, (como muchos autores -- afirman) sino también el "hecho", según la descripción del ti po.

Lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta o hecho humanos, de donde se deduce que son éstos precisamente los elementos básicos del delito.

---

(4) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- Apuntamientos de Derecho Penal.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1989.- Pág. 259.

La conducta o hecho "es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito". (5)

Si el comportamiento es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.

La conducta, es decir, el comportamiento humano positivo o negativo no siempre es productor de un resultado material.

Al hablar de conducta necesariamente ha de hablarse de acción (actividad o hacer voluntario) y de omisión (no hacer voluntario o involuntario).

Consiguientemente, la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extra-típico. La conducta debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin.

De lo anterior podemos deducir que hay dos formas de conducta: una positiva (acción) y una negativa (omisión).

La "conducta" por sí misma puede constituir el elemento material u objetivo del delito, cuando el tipo describa una mera conducta, pero cuando el tipo penal describa una conducta (acción u omisión) y un resultado material entonces el elemento objetivo del delito será el "hecho".

---

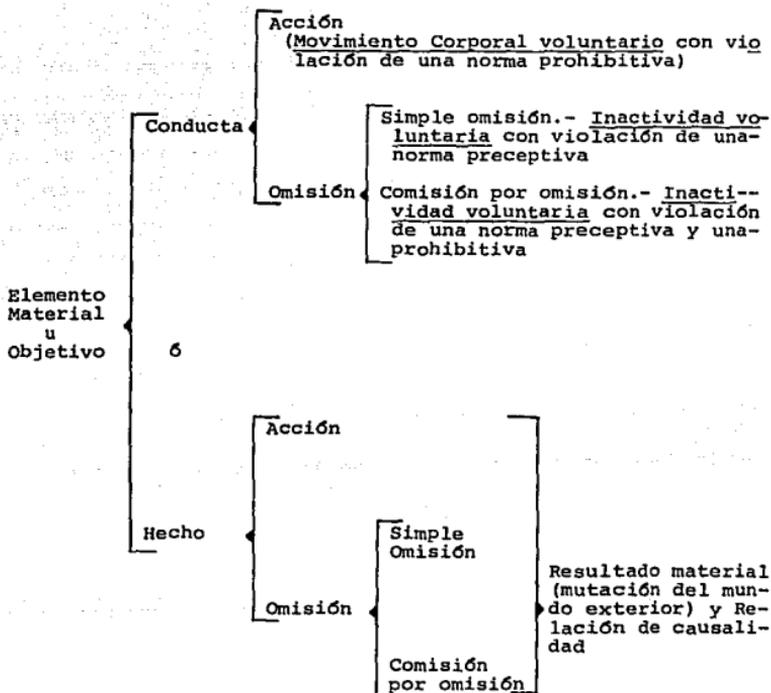
(5) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 149.

Luego, por hecho hemos de entender a la conducta, el resultado material y la relación causal entre ambos.

El hecho al igual que la conducta reviste dos formas: -- una positiva (acción) y una negativa (omisión).

La conducta o el hecho humanos para que puedan ser valorados penalmente requieren que la voluntad del sujeto que la motiva se exteriorice con la tendencia al logro del resultado.

Hemos de señalar que al referido elemento material u objetivo del delito se le ha denominado por diversos autores de diferentes maneras; unos hablan de -acción- (Cuello Calón, Antolisei, Riccio, y Maggiore); otros de -conducta- (Castellanos Tena, Jiménez Huerta); otros de -acto- (Jiménez de Asúa, Sánchez Tijerina); así como también de -hecho- (Carvallo, -- Klein y Franco Guzmán).



Por su parte nuestra legislación penal vigente recurre al empleo de distintos términos para expresar la conducta humana objeto de su regulación, y así, en el artículo 7o. habla de -- "acto" u "omisión"; en el 9o. de "hecho"; y en el 12o. de "conducta".

b) Conducta típica en el abuso sexual

Como ya quedó apuntado en el inciso anterior para la -- existencia de un delito se requiere de una conducta o hecho - humano externo, sin significar ello que toda conducta o hecho humanos sean considerados como delictivos, sino que requieren además una adecuación al tipo descrito por un ordenamiento le gal, es decir, que para que una conducta o hecho puedan cata- logarse como delictivos, es necesario que estén previamente - descritos en un precepto legal.

Ahora bien, la conducta típica en el delito de abuso se- xual consiste en "ejecutar sobre la víctima un acto sexual, o bien, obligarla a ejecutarlo", dicha conducta se obtiene de - la lectura del artículo 260 del Código Penal vigente que a la letra dice: "Al que sin consentimiento de una persona y sin - el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto - sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mí- nimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad"; se desprende que el comportamiento humano positivo que confi- gura el delito de abuso sexual consiste precisamente en la -- ejecución de un acto sexual sobre una persona o bien en obli- garla a ejecutarlo.

La reforma al tipo penal de fecha 3 de enero de 1989 de- jó fuera la frase legal "acto erótico-sexual" para hablar úni camente de "acto sexual" respecto del acto constitutivo del - elemento externo del delito.

En lo personal creemos que la supresión del término -eró tico- del tipo penal fue correcta, pues la conducta del agen- te tal vez y más seguramente podría prescindir del erotismo -

(entendido éste como una tendencia amorosa) pero jamás de su carácter sexual; por lo tanto, creemos que fue acertado por parte de la Comisión encargada de reformar los tipos penales de los "Delitos sexuales" (como era denominado anteriormente el Título Décimoquinto) el utilizar únicamente la frase "acto sexual".

El acto sexual típicamente relevante para integrar el delito de abuso sexual es el que se realiza sin el consentimiento de la víctima y sin el propósito de copular, según lo señala el art. 260 del Código Penal vigente.

El maestro González de la Vega<sup>(6)</sup> al hacer su estudio sobre los "Delitos sexuales" en general, señalaba que la acción típica de éstos tenía que ser de naturaleza directa e inmediatamente sexual, es decir, debía manifestarse en -actividades lúbricas somáticas- ejecutadas en el cuerpo del ofendido o -- que a éste se le hacen ejecutar y que producen 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 delictiva, pueden ser, según las diversas figuras del delito, -relativos a la -libertad sexual- o a la -seguridad sexual- del paciente.

Los conceptos vertidos por el maestro de la Vega sobre aquellos delitos que habían de ser considerados como "sexuales" (haciendo referencia específica a los atentados al pudor, estupro y violación) puede decirse que tienen vigencia aún sobre los que nuestra legislación vigente denomina en su Título Décimoquinto "Delitos contra la libertad y el N.D. Psicosexual" con excepción del abuso sexual (como se verá más adelante).

---

(6) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1980.- Págs. 306 y 307.

te) y el hostigamiento sexual, delito que ha sido incluido en el Título. Por lo que hace a los bienes jurídicos lesionados con las conductas delictivas, la actual denominación del Título Décimoquinto ya señala expresamente cuáles han de ser estos bienes.

En el delito de abuso sexual, no existe un acto único -- que tipifique la acción, como ocurre con otro tipo de delitos, pueden constituir este delito un sinnúmero de actos, siempre que éstos sean de carácter sexual. Sin embargo, para la mayoría de los autores, serían actos sexuales constitutivos del delito de abuso sexual los siguientes: la palpación, los tocamientos, los manoseos en las partes genitales, ano, piernas, senos, etc., el frotamiento del miembro viril sobre el cuerpo aún vestido de la víctima, entre los actos con participación directa del órgano sexual.

Dentro de los actos sexuales diversos de la cópula desde luego, no se incluyen los pensamientos, manifestaciones o palabras dirigidas a excitar o a satisfacer la propia concupiscencia del activo aunque no se llegue al completo desarrollo de la lujuria; igualmente quedan excluidos los gestos y las simples miradas, así como también aquellos actos a través de los cuales se asedia reiteradamente a otro con fines lascivos, pues éstos son constitutivos del delito de hostigamiento sexual.

Entre los autores extranjeros Eusebio Gómez<sup>(7)</sup> al urgar sobre lo que ha de entenderse por abuso deshonesto (como se le denomina al abuso sexual en Argentina) encuentra que éste no es susceptible de ser cometido sino mediante actos libidi-

---

(7) GOMEZ EUSEBIO.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo III, Cfa.- Argentina de Editores, S. de R.L.- 1940.- Págs. 218 y 219.

nosos, y que revisten ese carácter todos los que tienden a la satisfacción del instinto sexual.

"La apreciación del carácter libidinoso del acto es difícil, por cierto. A ella debe presidirla el criterio de que es esencial que el acto sea de cierta entidad y pueda, por razón de la misma, concretar una ofensa al pudor". (8)

A juicio de Fontán Balestra "el elemento material del delito pueden constituirlo todos los actos que no sean el coito o sus sustitutivos anormales, con lo que quedan previstos cualesquiera -actos de lujuria realizados contra la voluntad de la víctima...-". (9)

El tipo penal de nuestro delito en estudio así como su concepción misma varía según se trate de un país o de otro; en nuestra legislación penal vigente la frase legal "acto sexual" que refiere el elemento exterior del delito nos parece correcta, y más aún, después de haberse eliminado la intención lasciva que requería expresamente el tipo penal hasta antes de llevarse a cabo la última reforma (21-I-91), pues a nuestro juicio al hablar de "acto sexual con intención lasciva" se estaban dejando impunes aquellos actos sexuales ejecutados por móviles de venganza, odio, burla, etc. lo cual resultaba injusto. Ahora, después de la reforma ya mencionada, se castigarán aquellos actos sexuales que sean violatorios de la libertad o del normal desarrollo psicosexual de la víctima, independientemente de cuál sea el móvil que impulse al agente a cometer dichos actos.

---

(8) FONTAN BALESTRA CARLOS.- Delitos Sexuales.- Ediciones Arayú.- Buenos Aires, Argentina.- 1953.- Pág. 162.

(9) Idem.- Pág. 220.

Sobre el elemento subjetivo del agente se tratará con mayor amplitud en el siguiente apartado.

El tipo penal del abuso sexual hace referencia de manera expresa en el art. 260 al hecho de que el pasivo del delito - también pueda ser coaccionado a ejecutar el acto sexual: --- "... ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo...", de donde se desprende que la ejecución del acto sexual puede revestir varias hipótesis:

- 1). El sujeto activo ejecuta el acto sexual directamente en el cuerpo de la víctima.
- 2). El sujeto activo obliga a la víctima a ejecutar el acto sexual sobre sí misma.
- 3). El sujeto activo obliga a la víctima a que le ejecute el acto sexual sobre su propio cuerpo.
- 4). El sujeto activo obliga a la víctima a ejecutar el acto sexual sobre un tercero.

Como lo dijimos en un principio, la conducta típica en el delito de abuso sexual se manifiesta al ejecutar sobre la víctima un acto sexual, o bien obligarla a ejecutarlo, siempre que dicho acto se cometa sin su consentimiento y no exista el propósito de copular. Si en la ejecución del acto sexual aparece el propósito de llegar a la cópula, el hecho adquiere otra significación penalística, pues constituiría un delito de violación o de estupro en grado de tentativa.

#### c) Clasificación del delito en orden a la conducta

Para calificar al delito de abuso sexual en orden a la -

conducta debemos recordar que ésta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a la producción de un resultado (que bien puede ser físico o material y psíquico).

Así, según sea la conducta del agente (positiva o negativa) se hablará de delitos de acción o bien de delitos de omisión, independientemente de la producción de un resultado material.

Los delitos de acción se cometen mediante un comportamiento positivo, es decir, mediante un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales voluntarios, con los cuales se viola una ley prohibitiva.

En los delitos de omisión la conducta consiste en una actividad, en un no hacer de carácter voluntario, es decir; en abstenerse de hacer lo que se tiene que hacer, en no ejecutar lo que la ley ordena que se ejecute. (p.ej. omisión de auxilio). En los delitos de omisión se viola una ley dispositiva.

Los delitos de omisión se dividen en dos: delitos de simple omisión, y de comisión por omisión. En los delitos de simple omisión, la actividad ordenada por la ley dejada de ejecutar no produce un resultado material y en los segundos dicha inactividad sí producen como efecto un resultado de tipo material (apreciable por los sentidos).

Por lo tanto, del análisis de la conducta típica del delito de abuso sexual: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo..." podemos darnos cuenta fácilmente que se trata de un delito de acción; pues necesariamente para que pueda configurarse debe existir la "ejecución" de un acto sexual, bien sea del activo sobre el -

pasivo, o del pasivo obligado por el activo sobre sí mismo, - sobre un tercero o bien sobre el propio cuerpo del activo.

La "ejecución" del acto sexual implica forzosamente la - realización de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales violatorios de la libertad o del normal desarrollo psicosexual de la víctima, con lo cual se estará violando una ley prohibitiva, precisamente el art. 260 del Código Penal vigente.

Definitivamente el delito de abuso sexual es imposible - de efectuarse de manera omisiva en cualquiera de sus dos formas (simple omisión, comisión por omisión) pues para ello la ley tendría que ordenar la ejecución de la conducta típica -- del delito y luego ser desobedecida, lo cual resulta absurdo pues es precisamente tal conducta la que prohíbe.

Desde el mismo momento en que no hay actividad alguna,-- desaparece cualquier posibilidad para la existencia de un abuso sexual, pues no se puede ejecutar un acto sexual no haciendo.

Ahora bien, sobre la cuestión de si el abuso sexual puede revestir la forma unisubstancial o plurisubstancial, nosotros creemos que la primera es la más acertada. El delito es unisubstancial cuando la acción requiere para su agotamiento de un solo acto y será plurisubstancial cuando requiera para su agotamiento de varios actos.

Por lo que respecta al delito en estudio, éste se puede configurar al agotarse un solo acto, siempre y cuando sea de carácter sexual distinto de la cópula. Si en un mismo contexto llegaran a efectuarse varios actos (todos sexuales y sin -- propósito de copular) el delito habrá quedado configurado desde la realización del primero. Por lo tanto, hemos de con-

cluir que se trata de un delito unisubsistente. Si por el -- contrario, se realiza una serie de actos no precisamente sexuales pero sí indispensables para alcanzar el que consumaría el delito y éste no se produce por causas ajenas al querer -- del agente, podemos afirmar que se trata de un abuso sexual -- en grado de tentativa y de carácter plurisubsistente.

d) Clasificación del delito por el resultado producido

Según sea el resultado producido por la conducta o por -- el hecho se hablará de delitos formales y de delitos materiales.

Los delitos formales o de mera conducta son aquellos que se integran por el simple comportamiento externo del agente, -- es decir, por su actividad o inactividad, no siendo necesaria la producción de un resultado externo o material.

Los delitos materiales o de resultado son aquellos en -- los cuales para su integración se requiere la producción de -- un resultado objetivo o material.

Como ya quedó señalado anteriormente, nosotros hablaremos de conducta o hecho al hacer referencia al elemento objetivo del delito; así, diremos que la conducta sí produce resultado o resultados pero éstos no son de carácter material -- sino más bien de orden jurídico o inmaterial. Por lo que al hablar de delitos formales no podemos dejar de relacionarlos con el término "conducta" como elemento material u objetivo -- del delito. Lo mismo sucede con los delitos materiales o de resultado, que han de ligarse con el "hecho", pues éste -- quiere la producción de un resultado material como efecto de la conducta.

Por lo que hace al delito de abuso sexual ha de clasificársele como un delito formal o de mera actividad y no como un delito material ya que se configura con la sola actividad--desplegada por el agente, es decir, con la "ejecución de un acto sexual" sin que requiera el tipo la producción de algún resultado objetivo (huellas en el cuerpo, etc.) lo cual no quiere decir desde luego, que no se presenten otro tipo de resultados como podrían ser los de orden psíquico o social.

Se trata también de un delito de daño o lesión y no de peligro ya que al desplegarse la conducta delictiva: "ejecutar un acto sexual u obligar a ejecutarlo" se está causando un daño directo y efectivo a los bienes jurídicamente tutelados, que en este caso serían la libertad o el normal desarrollo psicosexual.

## 2) Aspecto negativo.- Ausencia de conducta

### a) Concepto

A cada elemento esencial del delito corresponde un aspecto negativo, el cual impide su integración; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias.

Conviene insistir en que la conducta consiste exclusivamente en una "actividad" o "movimiento" corporal, o bien en una "inactividad", una "abstención", un "no hacer"; tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la "voluntad de ejecutar la acción o de no verificar la actividad esperada".

Por lo tanto, hay "ausencia de conducta" e imposibilidad

de integración del delito, "cuando las formas de la conducta, acción u omisión son involuntarias" o para decirlo con más propiedad, "cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son -suyos- por faltar en ellos la voluntad". (10)

b) Causas

Nuestro Código Penal vigente en su art. 15 bajo la denominación de "circunstancias excluyentes de responsabilidad" - enumera las hipótesis en que no hay delito (por mediar algún aspecto negativo del mismo). La fracción I, establece que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal: "Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias"; es decir, que no habrá delito cuando la conducta sea involuntaria. De esta manera se capta cualquier hipótesis de ausencia de conducta y por lo tanto del delito.

Cualquier causa capaz de eliminar la conducta, será suficiente para impedir la formación del delito; entre las principales causas supraleales (porque no están reguladas expresamente por el Código) pero que indudablemente demuestran la falta del elemento volitivo en el actuar del agente, tenemos las siguientes:

1. Vis absoluta o fuerza física exterior irresistible (humana)
2. Vis maior (fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza)
3. Sueño
4. Sonambulismo
5. Hipnotismo
6. Actos reflejos

---

(10) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Manual de Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- México.0 1987.- Pág. 254.

7. Actos instintivos

8. Actos automáticos:

c) Ausencia de conducta en el abuso sexual

Definitivamente de las causas anteriormente señaladas y que impiden la integración de la conducta por la ausencia de voluntad, son la vis absoluta, la vis maior y los actos reflejos de los que realmente podrían presentarse ante un supuesto abuso sexual sin dejar de considerar al sueño, sonambulismo e hipnotismo como posibles causas de ausencia de voluntad en el delito a estudio pero realmente remotas o lejanas.

Si alguna persona realiza algún manoseo y tocamiento sobre los genitales de otra en virtud de una fuerza superior a las propias y a la cual se ve sometida (vis absoluta) definitivamente no habrá un abuso sexual porque su acto fue involuntario; situación similar la que acontece cuando el sujeto por causa de fuerza mayor (terremoto, huracán, etc.) realiza algún contacto corporal sobre piernas, senos o partes pudendas de otra, en este caso también la ausencia del elemento volitivo impide la integración de un abuso sexual. También puede ocurrir que por una reacción inmediata involuntaria provocada por un estímulo externo o interno (movimiento reflejo) se produzca algún tocamiento de los que podrían ser considerados como sexuales.

Como ya quedó asentado anteriormente, cualquier causa capaz de eliminar el elemento subjetivo de la conducta, es decir, el querer hacer algo, será factor determinante para impedir la integración del delito.

## B. TIPICIDAD

### 1) Aspecto positivo.- Tipicidad

#### a) Concepto

Múltiples han sido los conceptos que se han vertido sobre la tipicidad y el tipo, pero por lo que hace al segundo, se hablará en el apartado siguiente.

Hemos insistido repetidamente en que para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos; más no toda conducta o hecho son delictuosos; precisa, además, que sean "típicos", antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad por su parte, es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. (11)

Para el profesor Carranca y Trujillo "la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto",<sup>(12)</sup> de cuyo concepto puede deducirse que operan como presupuestos de la tipicidad, la conducta o hecho y el tipo penal; si no hay conducta no hay tipicidad y luego, tampoco hay delito; si no hay tipo, tampoco habrá tipicidad, de allí que pueda afirmarse que la tipicidad es el amoldamiento necesario de la con

---

(11) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 168.

(12) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- 1988.- Pág. 423.

ducta o hecho a la descripción hecha en la ley, para así poder hablar de una conducta típica.

b) Concepto de tipo

Para poder apreciar de mejor manera el concepto de tipicidad se hace necesario un análisis más amplio de lo que es el "tipo penal".

Tipo, en "sentido amplio", se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos. En sentido más "restringido", limitado al Derecho Penal, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito, para diferenciarlo del tipo "específico" integrado por las notas especiales de una concreta figura del delito.

Con respecto a la dogmática de los delitos, el tipo es un elemento técnico insubstituible, puesto que en él se reúnen todos los caracteres del hecho delictuoso, permitiendo así llegar a soluciones lógicas dentro del campo jurídico.

Mezger dice: "El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal",<sup>(13)</sup> por su parte Luis Jiménez de Asúa define al tipo como "La abstracción completa que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".-  
(14)

---

(13) Citado por: PAVON VASCONCELOS FCO.- Manual de Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- Pág. 271.

(14) Idem.- Pág. 271.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos define al tipo legal como la "descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal". (15)

Acertadamente el profesor Castellanos Tena (16) señala -- que hay tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito, en cuyo caso, es correcto decir que el tipo consiste en la "descripción legal de un delito". Sin embargo en otras ocasiones la ley se limita a formular la conducta prohibida u ordenada; entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo. Concluye - su comentario al afirmar que: el tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento).

De las definiciones anteriores dadas podemos tomar las - características comunes a todas y afirmar que el tipo es la - descripción hecha por el legislador del injusto (entendido éste como la conducta contraria a derecho) y cuya realización - trae aparejada una sanción penal.

c) Elementos del tipo

Hay auténticos tipos de mera descripción objetiva, otros más detallados en que se dan modalidades de la acción referentes al sujeto activo, al pasivo y al objeto; y numerosas más-

---

(15) PAVON VASCONCELOS FCO.- Ob.Cit.- Pág. 271.

(16) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 167 y 168.

en que aparecen elementos normativos y subjetivos de lo in~~ju~~cto. (17)

La mayoría de los doctrinarios coinciden en señalar como elementos integrantes del tipo penal a elementos de naturaleza objetiva, subjetiva y normativa.

Elementos objetivos.- Son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal. Son igualmente elementos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etc. conec~~ta~~dos a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal.

Las principales modalidades a saber son las siguientes:

a) Calidades referidas al sujeto activo.- El sujeto acti~~vo~~ es el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplices.

A veces el tipo establece determinada "calidad en el sujeto activo" a la cual queda subordinada, por así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo, -- (p.ejem. calidad de mexicano, de servidor público, de ascendientes, etc.).

b) Calidades referidas al sujeto pasivo.- El sujeto pasi~~vo~~ es el titular del bien jurídico protegido por la ley. El tipo puede igualmente exigir determinada calidad en el sujeto pasivo, y de no existir ésta, no puede darse la tipicidad.

---

(17) JIMENEZ DE ASUA.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo III.- Edit. Losada, S.A.- Buenos Aires, Argentina.- Pág. 747- Año 1965.

c) Referencias de carácter espacial.- En algunos tipos delictivos se exige que la conducta típica se efectúe en determinado lugar (por ejem. en domicilio conyugal, en la República, en lugar cerrado, etc.).

d) Referencias de carácter temporal.- Puede requerir el tipo que la comisión u omisión se realice en un momento o tiempo determinado (p. ejem. dentro de las 72 horas de nacido, en cualquier momento de la preñez, etc.).

e) Referencias a los medios de comisión.- Aun cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio la hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. Mezger expresa que por delitos con medios legalmente determinados debemos entender aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina.

Ahora bien, el medio exigido por el tipo, da lugar a consecuencias diversas que la doctrina se ha encargado de precisar,<sup>(18)</sup> (p. ejem. cópula por medio de la violencia física o moral, cópula mediante el engaño, robo con violencia, etc.).

f) Referencias al objeto material.- El objeto material del delito es la persona o cosa sobre la que recae el delito. Las referencias al objeto en los tipos penales son frecuentes: sellos, marcas títulos al portador y documentos de crédito, etc.

---

(18) PORTE PETIT C. CELESTINO.- Apuntamientos de Derecho Penal.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1990.- Pág. 345.

g) Referencias al objeto jurídico.- El objeto jurídico es el bien o interés jurídico objeto de la acción incriminable (p. ejem. la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad privada, etc.).

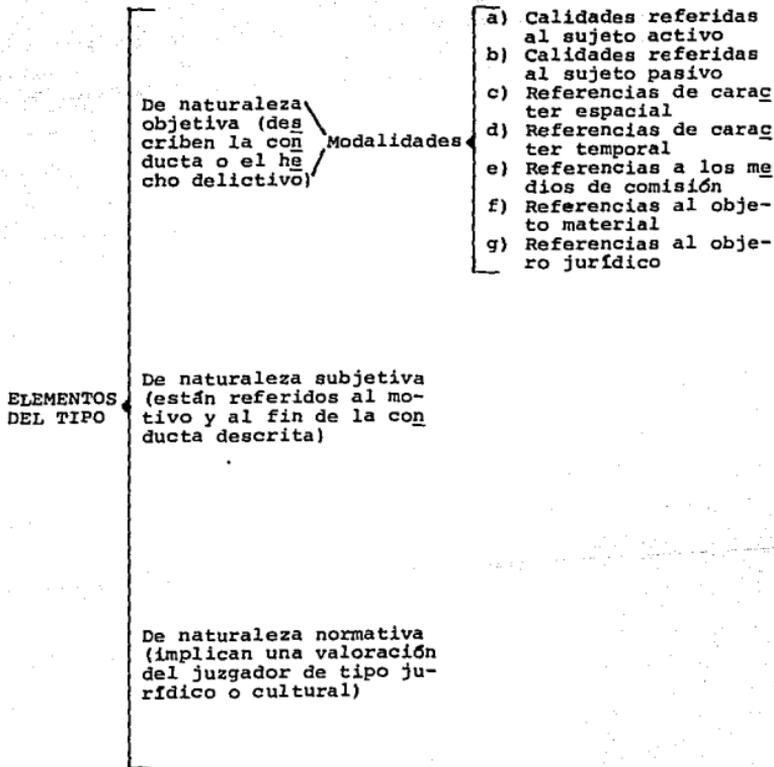
Elementos subjetivos.- Los tipos contienen muy frecuentemente "elementos subjetivos" por cuanto están referidos "al motivo y al fin" de la conducta descrita. Tales elementos, dice Jiménez de Asúa, "existen aunque no aparezcan expresamente incluidos en la definición del tipo legal, siempre que éste lo requiera". (19)

Los elementos subjetivos pertenecen al yo interno del sujeto activo, son de difícil comprobación y quedará a cargo de la prudente cautela de los funcionarios judiciales su apreciación o existencia en un hecho concreto.

Elementos normativos.- Son aquellos elementos integrantes de algunos tipos penales que implican una valoración de tipo meramente jurídico o bien cultural (p. ejem. abrir o interceptar "indebidamente" una comunicación escrita no dirigida a él; al que "sin excusa legal" se negare a comparecer; cópula con mujer menor de dieciocho años, "casta" y "honesta", etc.).

---

(19) JIMENEZ DE ASUA LUIS.- Ob.Cit.- Pág. 826.



d) Elementos del tipo en el abuso sexual

Una vez analizado el concepto y los elementos integrantes de los tipos penales, procederemos a identificar los elementos que integran el tipo del delito de abuso sexual que se encuentra contenido en el art. 260 de nuestro Código Penal vigente y que textualmente señala: "Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, - ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad".

Del análisis del precepto legal que antecede podemos -- apreciar los siguientes elementos:

- 1) Elemento objetivo.- Ejecutar un acto sexual en la víctima u obligarla a ejecutarlo.

Modalidades del elemento objetivo:

Calidades referidas al sujeto activo.- No hay

Calidades referidas al sujeto pasivo.- No hay

Referencias de carácter espacial.- No hay

Referencias de carácter temporal.- No hay

Referencias a los medios de comisión.- Ausencia de consentimiento; violencia física o moral

Referencia al objeto material.- No hay

Referencias al objeto jurídico.- No hay

- 2) Elemento subjetivo (del injusto).- Ausencia del propósito de llegar a la cópula.
- 3) Elementos normativos.- No hay

Una vez identificados los elementos integrantes del tipo, procederemos al análisis particular de cada uno de ellos.

1).- El elemento objetivo del delito de abuso sexual: -- "ejecutar en la víctima un acto sexual o bien obligarla a ejecutarlo" se identifica plenamente con la conducta típica del delito, la misma que ya fue ampliamente analizada al comienzo del presente capítulo, por lo que en obvio de repeticiones -- inútiles nos concretaremos a remitirnos a ese punto.

Por lo que hace a aquellas situaciones que de alguna manera se encuentran ligadas a la conducta y que son denominadas por la doctrina como "modalidades" de la misma, cuando -- forman parte de la descripción legal señalaremos lo siguiente:

a) Respecto a las calidades referidas tanto al sujeto activo como al pasivo del delito, el tipo penal no hace referencia alguna; por lo tanto tampoco hace alusión respecto al sexo de los sujetos.

La descripción típica del delito contenida en el art. -- 260 del Código Penal vigente no hace especificación alguna -- respecto al sexo de la "persona" sobre la que el sujeto activo ha de ejecutar el acto sexual o a la que ha de obligar para que lo ejecute, de tal forma que "esa persona" bien puede ser del sexo femenino como del sexo masculino. Por lo que hace al sexo del sujeto activo éste también es indeterminado, -- pues ello puede advertirse de la lectura de fórmula utilizada por el legislador cuando señala como sujeto activo del delito "Al que sin consentimiento...", de donde se desprende que puede ser activo del delito una persona de cualquier sexo independientemente también de sus condiciones particulares y accidentales.

Señala el autor chileno Bascuñan Baldes Antonio que la -

indiferencia en cuanto al sexo de los protagonistas encuentra explicación si se toma en cuenta que en los actos de libidine el propósito o deseo librico puede ser desahogado aun sobre el cuerpo de individuos del mismo sexo, por lo cual la diversidad de sexo no es requisito para la configuración del delito. (20)

En este momento es oportuno recordar que la reforma de-- 1989 dejó fuera las calidades de púber e impúber respecto del sujeto que habría de resentir el acto libidinoso para hablar únicamente de "persona" en el artículo 260 y crear un nuevo tipo en el artículo 261 en el que también se tipificó un atentado al pudor (como entonces se denominaba al abuso sexual) - pero éste cometido en personas menores de doce años de edad o que por cualquier causa no pudieran resistirlo; de esta manera, se efectuó una "separación" en cuanto a los sujetos que podían ser objeto de un atentado al pudor. El art. 261 del Código Penal señalaba:

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

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

b) Con relación a las referencias de carácter espacial y temporal el tipo penal del abuso sexual (art. 260 del C.P.) - tampoco hace mención alguna.

---

(20) BASCUÑAN BALDES ANTONIO.- El Delito de Abusos Deshonestos.- Edit. Jurídica de Chile.- Pág. 93.

c) Por lo que hace a las referencias relativas a los medios de comisión, el tipo exige que la conducta "ejecutar en la víctima un acto sexual u obligarla a ejecutarlo" se produzca sin el consentimiento de la víctima, requisito éste necesario para que la tipicidad se produzca, pues de otra manera si media el consentimiento de la presunta víctima aunque se produzca la conducta objetiva habrá atipicidad por ausencia del medio de comisión expresamente requerido por el tipo.

Los medios de comisión también pueden operar para agravar la pena, así, el tipo penal del abuso sexual en el segundo párrafo del art. 260 señala que la pena se aumentará cuando el delito se cometa empleando los medios comisivos de violencia física o moral: "Si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarían hasta en una mitad".

d) En cuanto al objeto material (persona o cosa sobre la que recae el delito) regularmente es diferente al sujeto pasivo de la infracción, como en el robo. Sin embargo, en algunos casos el sujeto pasivo se identifica plenamente al objeto material como sucede en el abuso sexual, en donde el delito recae específicamente en una persona, misma que actúa como titular del bien jurídico violado, es decir, como sujeto pasivo del delito.

e) Con relación al objeto jurídico (interés penalmente tutelado) diremos que hasta antes de las reformas al Título Décimoquinto de nuestro Código Penal vigente (21 de enero de 1991) nuestro delito en estudio mantenía la denominación de "Atentados al pudor" misma que se empleo desde la entrada en vigor del primer Código Penal para el Distrito Federal (1871) y cuyo nombre, entonces sí correspondía a la descripción del tipo, ya que la acción se describía como "todo acto impúdico que pueda ofenderlo..." de donde podía deducirse que era pre-

cisamente el pudor de las personas el bien o interés protegido penalmente por el Estado. Ya desde el Código de 1929 el tipo penal sufre modificaciones que demuestran que en realidad la tutela se establece en beneficio de bienes totalmente diversos al pudor de las personas, a pesar de que tanto en este Código como en el de 1931 se continuaba denominando al delito como atentados al pudor. Seguramente esta situación fue la que propició el que no se pudiera establecer una uniformidad respecto a cuál debía ser considerado el bien jurídicamente tutelado por la norma

Hasta antes de las reformas más recientes al Título Décimoquinto del Código Penal la mayoría de los doctrinarios coincidía en señalar que el objeto jurídico protegido en el delito de estudio lo era tanto la libertad como la seguridad sexual (González de la Vega, Román Lugo, Martínez Roaro, Fernández Doblado y otros).

Hemos visto que hay ciertos entes por los que el legislador se interesa expresando su interés en una norma jurídica, lo que los hace ser considerados jurídicamente como bienes -- (bienes jurídicos) y que cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penando su violación con una pena, los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados.

No se concibe que haya una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos no son otra cosa -- que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes. Si bien es cierto que el delito es algo más --o mucho más-- que la afectación a un bien jurídico, esta afectación es indispensable para configurar tipicidad. De allí que el bien jurídico desempeñe un papel central en la teoría del tipo, -- dando el verdadero sentido teleológico (de telos, fin) a la ley penal. Sin el bien jurídico, no hay un "¿para qué?" del-

tipo y, por ende, no hay posibilidad alguna de interpretación teleológica de la ley penal. (21)

Las anteriores consideraciones de Zaffaroni resultan --- trascendentes para comprender la importancia que tiene el -- bien jurídico en la concepción misma del delito. Afortunadamente después de las reformas de 1991 a las que constantemente nos hemos estado refiriendo, el nombre de atentados al pudor se substituye por el de abuso sexual, nombre que sí consideramos acertado pues corresponde a la descripción típica del delito y determina la naturaleza de la conducta del infractor.

El tipo penal del abuso sexual no hace referencia expresa al objeto jurídico, pero ello no resulta necesario toda -- vez que el título bajo el cual queda comprendido y que también fue modificado hace referencia al bien o bienes jurídicos que se están protegiendo en tales infracciones: Título Décimoquinto "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psico-- sexual" así, el abuso sexual contenido en el art. 260 del Código Penal vigente protege específicamente la libertad psico-- sexual y en el art. 261 se protege tanto la libertad como el normal desarrollo psicosexual.

2).- El elemento subjetivo del delito está referido a la intención del sujeto activo, a las finalidades o propósitos -- ulteriores distintos a la finalidad delictiva principal. En el tipo penal del abuso sexual este elemento psicológico se -- encuentra contenido literalmente en el primer párrafo del -- art. 260 al señalar "... y sin el propósito de llegar a la co pulara...", lo cual revela que los actos sexuales lascivos ejecutados en la víctima o que a ésta se le hacen ejecutar no de

---

(21) ZAFFARONI RAUL EUGENIO.- Manual de Derecho Penal.- Cárdenas Editor y Distribuidor.- México.- 1986.- Pág. 409.

ben llevar la intención por parte del activo de consumar la cópula, ya que de lo contrario desaparecería este delito y en cambio podrían surgir otras infracciones penales como la violación o el estupro en grado de tentativa.

Los elementos subjetivos, señala Jiménez de Asúa, existen aunque no aparezcan expresamente incluidos en la definición del tipo legal, siempre que éste lo requiera.

Jorge Daniel López Bolado (22) nos explica que las opiniones de los autores se han dividido en dos para establecer el elemento subjetivo de este delito, y esas posturas son:

a) La subjetivista. Los elementos que tipifican el abuso deshonesto (como es denominado el abuso sexual en España) son: uno material, objetivo, consistente en la comisión de actos libidinosos no tendientes al acceso carnal; y otro subjetivo, que consiste en la voluntad y conciencia de cometer un abuso con propósito libidinoso (lascivo, impúdico, lujurioso) sin llegar a la cópula. Faltando uno de estos dos elementos habrá atipicidad.

b) La objetivista. El delito de abuso deshonesto quedará tipificado cuando se efectúe una acción sobre el cuerpo de la víctima, aunque no sea con una finalidad lúbrica, si el autor tiene conocimiento de que ofende el pudor y/o la libertad del sujeto pasivo. Es decir, el delito lo constituye una acción de significado objetivo impúdico que ofenda a la víctima, independientemente del ánimo del sujeto activo.

Cuello Calón<sup>(23)</sup> al comentar el problema de si para la -

---

(22) Citado por: MARTINEZ ROARO MARCELA.- Los Delitos Sexuales.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1975.- Págs. 175 y 176.

(23) Citado por GONZALEZ DE LA VEGA FCO.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1980.- Pág. 349.

existencia del abuso deshonesto basta la mera voluntad de ejecutar el acto deshonesto, o sí, por el contrario, es necesaria la concurrencia del móvil lúbrico de excitar o apagar la sexualidad, considera que esta última es la doctrina justa. - Semejante posición es la adoptada por Eusebio Gómez al señalar que: El que para injuriar a una mujer, para ridiculizarla o para ofender su decoro pone en descubierto las partes puden das de la misma o las toca, sin que lo impulse ningún deseo carnal, no comete un abuso deshonesto.

En sentido contrario se cita la opinión de Carranca<sup>(24)</sup> - quien afirma que, para la existencia del delito, debe atenderse más que al propósito del culpable, a la objetividad del derecho violado, sin que influya sobre el delito la diversidad de causas que puedan animar al agente, siempre que la acción-  
ultraje violentamente el pudor ajeno.

La problemática en cuanto a cuál ha de ser la postura dominante (subjetivista u objetivista) ha de resolverse en función de la descripción típica del delito en estudio así como del bien o interés jurídicamente tutelado, mismos que pueden ser diferentes según las legislaciones penales de cada país.

Dados los términos del tipo penal del delito de abuso sexual hasta antes de las reformas recientes (21/enero/1991) --podríamos afirmar indudablemente que se seguía la doctrina subjetivista, pues expresamente se requería la intención lasciva en la ejecución del acto sexual: "... ejecute en ella un acto sexual con intención lasciva...".

Después de las reformas aludidas al tipo penal del abuso

---

(24) Citado por: GONZALEZ DE LA VEGA FCO.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- Pág. 351.

sexual elimina la frase "con intención lasciva" y coloca al delito bajo la nueva denominación del Título Décimoquinto: -- "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual" con lo que se hace referencia a los bienes jurídicos -- que han de quedar bajo tutela penal.

De tal forma, de la lectura del art. 260 del Código Penal vigente además de contener un elemento subjetivo expreso: "ausencia de propósito de copular", resulta evidente que no es necesario considerar el ánimo lúbrico en la ejecución del acto sexual, más aún si tomamos en cuenta que el bien jurídico protegido es la libertad psicosexual de las personas y que ésta no sólo puede ser violada por motivos lúbricos sino también por otro tipo de móviles (odio, venganza, etc.).

Adecuando uno de los ejemplos dados por Francesco Carrara (25) diremos que si un sujeto realiza un tocamiento (no consentido) en las caderas de una mujer, evidentemente ultrajará su pudor y la lesionará en el derecho respectivo, es decir, lesionará su libertad sexual, que es la que la ley desea proteger; y la lesionará tanto si obra para causarle dolor o inferirle afrenta a su víctima como si lo hace por apetito carnal.

Cierto es decir también que en la mayoría de los actos sexuales del tipo el motivo que los impulsa es de naturaleza lúbrica, siendo excepcional que se realicen por simple burla, odio, venganza, injuria, etc., pero que dada la actual redacción del tipo penal, también puede ser sancionado este tipo de actos.

---

(25) CARRARA FRANCESCO.- Programa de Derecho Criminal.- Parte Especial.- Volumen II.- 1973.- Pág. 299.

3).- Por lo que hace a los elementos de naturaleza normativa el tipo penal del abuso sexual no hace referencia alguna.

e) Tipicidad en el delito de abuso sexual

La tipicidad en el delito de abuso sexual consiste en la adecuación de una conducta concreta a lo prescrito por el art. 260 del Código Penal vigente, o sea, que la conducta debe con tener todos y cada uno de los elementos requeridos por el tipo legal, para que de esta manera pueda integrarse uno de los elementos esenciales del delito, la tipicidad.

2) Aspecto negativo.- Atipicidad

a) Concepto

La ausencia de tipicidad o atipicidad consituye el aspecto negativo de la tipicidad, e impide la integración del deliti to, mas no equivale a la ausencia de tipo, ésta supone una -- falta de descripción legal de una conducta o hecho, mientras- que en la atipicidad la descripción legal de la conducta o hech o existe, lo que no hay es una adecuación o amoldamiento de una conducta concreta a la descrita en un precepto por estar- ausente alguno o algunos de los elementos constitutivos del - tipo.

b) Atipicidad en el abuso sexual

Se puede presentar la atipicidad en el delito de abuso - sexual previsto en el art. 260 del Código Penal vigente cuando falta alguno de los elementos del tipo. Así por ejemplo,- habrá atipicidad por falta del elemento objetivo, cuando el -

agente realice una serie de actos en una persona pero éstos no sean de naturaleza sexual, o bien cuando ejecute un acto sexual pero éste haya sido consentido, en este caso habrá atipicidad por falta del medio comisivo que serfa precisamente la ausencia de consentimiento. También se presenta la atipicidad cuando falta el elemento subjetivo requerido expresamente por el tipo legal; así, si el agente en la ejecución de los actos sexuales tiene como finalidad llegar a la cópula, se presenta la atipicidad por lo que hace al abuso sexual, aunque puede adecuarse la conducta a otros tipos penales como lo serfan la tentativa de violación o estupro.

### C. ANTIJURIDICIDAD

Recordemos que la conducta humana para poder considerarse como delictuosa, precisa ser típica, "antijurídica" y culpable.

La antijuridicidad constituye uno de los elementos del delito de mayor trascendencia, al grado de que aún se presentan diversidad de criterios en cuanto al concepto, naturaleza, especies y contenido del mismo.

#### 1) Aspecto positivo.- Antijuridicidad

##### a) Concepto

Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un "anti-", lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho.

El maestro Porte Petit<sup>(26)</sup> al dar un concepto de la anti-juridicidad en sentido negativo, argumenta que se tendrá como anti-jurídica una conducta adecuada al tipo cuando "no se pruebe la existencia de una causa de justificación", la anterior afirmación puede resultar correcta pero nada dice sobre el -- concepto y contenido de lo anti-jurídico.

Según Cuello Calón<sup>(27)</sup> la anti-juridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.

Por su parte Sebastián Soler<sup>(28)</sup> señala que no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), sino que se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además-- de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye -- una violación de Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario.

En general, los autores se muestran conformes en que la anti-juridicidad es "un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Dere-- cho".

Respecto a la naturaleza de la anti-juridicidad la mayo-- ría de los autores afirma que el juicio de desvalor es de naturaleza objetiva, pues atiende únicamente al acto, a la con-

---

(26) Citado por: PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Manual de Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1978.- Pág. 274.

(27) Citado por: CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1985.- Págs. 177 y 178.

(28) Citado por: CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1985.- Pág. 178.

ducta externa, sin tomar en cuenta el proceso psicológico causal (culpabilidad) que puso en marcha la conducta antijurídica (criterio subjetivo de la antijuridicidad).

Nosotros, particularmente consideramos que el criterio objetivo de la antijuridicidad puede perfectamente comprender los elementos subjetivos del injusto que pudiera contener el tipo, pues éstos se refieren al motivo o fin ulterior distinto a la finalidad delictiva principal (que es la que constituye la culpabilidad). Una conducta puede ser antijurídica pero ello no quiere decir que sea culpable, en cambio, toda conducta culpable necesariamente ha de ser antijurídica; de allí que pueda afirmarse que la antijuridicidad opera como presupuesto de la culpabilidad.

Dos son las especies de antijuridicidades que la doctrina ha considerado: antijuridicidad formal y antijuridicidad material. El acto será -formalmente- antijurídico cuando constituya una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico; y será -materialmente- antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos. Sin embargo, y en relación con estas dos especies de antijuridicidades hay autores que afirman la sola existencia de la antijuridicidad formal, otros señalan que solamente existe la antijuridicidad material y otros más hablan de una "subsistencia conjunta de la antijuridicidad formal y material" (concepción dualista).

Para nosotros el criterio imperante es el que afirma la existencia de una antijuridicidad material, pues finalmente la conducta adecuada al tipo nos habla ya en sí de un amoldamiento a la conducta prohibida u ordenada por la misma norma legal y será el hecho de que determinada conducta contrarfe además intereses colectivos (contenido material) lo que le permita ser calificada como antijurídica. El presente crite-

rio no influye para que más adelante se continúe hablando de antijuridicidad formal (oposición a la norma), pues más de un autor se apoya en este concepto.

En cuanto al contenido de la antijuridicidad generalmente se acepta por los doctrinarios mexicanos que éste radica en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico o como -- acertadamente señala Castellanos Tena, "la antijuridicidad radica en -la violación del valor o bien protegido- a que se -- contrae el tipo penal respectivo"<sup>(29)</sup> (contenido material).

#### b) Antijuridicidad en el abuso sexual

Se presenta la antijuridicidad en el abuso sexual cuando la conducta del agente además de adecuarse al tipo penal en todos sus elementos se coloca precisamente en la hipótesis -- descriptiva del delito prohibida por la ley, con lo que se -- contravienen los intereses colectivos y específicamente el interés o bien jurídico de la libertad sexual que es el bien -- protegido por el artículo 260 del Código Penal vigente.

### 2) Aspecto negativo.- Causas de justificación

#### a) Concepto

El aspecto negativo de la antijuridicidad está constituido por las causas de justificación. Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un

---

(29) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 178.

tipo legal. Representan un aspecto negativo del delito, la presencia de alguna de ellas impide la integración del mismo.

El aspecto negativo de la antijuridicidad se presenta -- cuando la conducta o hecho realizados no son contra el Derecho sino conforme a él, derivando esa conformidad de la propia ley.

b) Causas que excluyen la antijuridicidad

Para la existencia de la antijuridicidad formal se requiere precisamente la contradicción del hecho del hombre con la norma creada por el legislador; así también, para la existencia de las excluyentes de la antijuridicidad es menester -- la declaración o el reconocimiento expreso por el legislador -- como único medio para excluir la antijuridicidad de la conducta adecuada al tipo.

Dado que el contenido de toda antijuridicidad es el ataque, la puesta en peligro o la lesión a los intereses protegidos por la ley, resulta claro que faltará la antijuridicidad o quedará excluida, cuando --no exista el interés-- que se trata de proteger (ausencia de interés), o cuando --concurran dos intereses--, y el Derecho, no pudiendo salvar a los dos, opte por el más valioso y autorice el sacrificio del otro como medio para su preservación (interés preponderante).

Ausencia de interés.- Cuando se habla de puesta en peligro o daño a intereses protegidos por la ley debe quedar claro que se trata de intereses sociales o colectivos y no individuales, pues tal inadvertencia puede llevar al error de -- creer que el consentimiento del ofendido o la falta de interés por mantener el bien jurídico que se le garantiza, excluye la antijuridicidad del acto, lo cual es incorrecto.

Hay ocasiones excepcionales en que el interés colectivo tiene como finalidad la protección de un interés privado -- (ejercicio de una libertad) del cual puede disponer su beneficiario, de tal suerte que pueda hacer uso de esa libertad reprimiendo la conducta antijurídica o bien consintiéndola.

El delito de abuso sexual contenido en el artículo 260 - del Código Penal vigente señala expresamente: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito..." con lo cual hemos de concluir que el consentimiento del ofendido jamás -- operaría como causa de justificación sino más bien como atipicidad.

Interés preponderante.- El Estado ante la imposibilidad de salvaguardar dos intereses incompatibles opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor. -- Este es el fundamento de las excluyentes de antijuridicidad o causas de justificación.

El Capítulo Cuarto del Título Primero de nuestro Código Penal coloca las circunstancias excluyentes de responsabilidad (impeditivas de la integración del delito) en el artículo 15 (ausencia de conducta, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad).

Por lo que respecta a las causas de justificación, éstas se encuentran contenidas en las fracciones III, IV, V, VII, y VIII del mismo artículo 15.

1.- Legítima defensa.- La legítima defensa es una de las causas de justificación de mayor importancia. Para Jiménez de Asúa la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima o inminente, por el atacado o tercera persona contra el -- agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de

la racional proporción de los medios empleados para impedir-la o repelerla. (30) Por su parte Pavón Vasconcelos señala que - la legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho. (31)

Muchas definiciones se han vertido sobre la legítima defensa pero la mayoría de ellas coincide en señalar que se trata de una repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin --- traspasar la medida necesaria para la protección.

El artículo 15 del Código Penal vigente recoge esta justificante al decir: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: III. Repeler el acusado una agresión real, - actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".

Como elementos integrantes de la defensa legítima podemos señalar los siguientes: a) Existencia de una agresión; -- b) Peligro de daño, derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados; y c) Una repulsa, defensa o contraataque de dicha agresión.

2.- Estado de necesidad.- Se caracteriza el estado de necesidad por ser una colisión de intereses pertenecientes a -- distintos titulares; es una situación de peligro cierto y gra

---

(30) JIMENEZ DE ASUA LUIS.- La Ley y el Delito.- Ediciones A. Bello, Caracas.- 1945.- Pág. 289.

(31) PAVON FASCONCELOS FRANCISCO.- Ob.Cit.- Pág. 315.

ve, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible - el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio, según concepto dado por el profesor Vasconcelos. (32)

La mayor parte de los tratadistas están de acuerdo en -- adoptar la definición de Von Liszt: (33) "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos".

El artículo 15, alude a la justificante al expresar: -- "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: -- IV. Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no -- ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".

Como elementos integrantes del estado de necesidad podemos señalar los siguientes: a) Existencia de un peligro real, actual o inminente; b) Que ese peligro recaiga sobre bienes -- ajenos jurídicamente tutelados, afectándolos o lesionándolos; c) Imposibilidad de utilizar otro medio practicable y menos -- perjudicial.

El estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, una colisión entre intereses legítimos, en tanto la defensa es reacción -- contra el ataque, colisión entre un interés legítimo y uno -- ilegítimo.

---

(32) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Ob.Cit.- Pág.

(33) Citado por: JIEMENEZ DE ASUA LUIS.- La ley y el Delito.- Ediciones A. Bello.- Caracas.- 1945.- Pág. 302.

Nuestra legislación penal sin duda se avocó al principio de la -valuación de los bienes jurídicos- para explicar la naturaleza jurídica del estado de necesidad; así, ante la imposibilidad de coexistencia de dos bienes jurídicamente tutelados, el Estado opta por la salvación de uno de ellos, el más valioso, sólo así podrá integrarse la justificante; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, y si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente en función de una causa de inculpabilidad. (34)

Los casos de estado de necesidad regulados expresamente por nuestro Código Penal son: el aborto terapéutico, artículo 334 y el robo necesario o de indigente, artículo 379.

3.- Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.- Nuestro Código establece en la fracción IV del artículo 15, - como excluyente de responsabilidad penal: "Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho".

Las conductas o hechos que se adecúan a las hipótesis -- previstas por las leyes ordinariamente constituyen conductas antijurídicas, pero cuando esas conductas se originan por el cumplimiento de un deber o por el ejercicio de un derecho se convierten en conductas lícitas.

Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada por la norma.

Quien obra legítimamente en cumplimiento de un deber, no ejecuta delito alguno pues realiza la conducta o hecho típico,

---

(34) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 204.

acatando un mandato legal o la orden de una autoridad competente.

El ejercicio de un derecho consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva para dar satisfacción a intereses de mayor valía que aquellos que le son antagónicos.

Como formas específicas de causas de justificación por el ejercicio de un derecho se encuentran las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos. Este tipo de actividades productoras de conductas típicas (lesiones y homicidio), llevan en su permiso o en su reconocimiento por parte del Estado, la exclusión de la antijuridicidad para esos actos, puesto que en la expresión "Obrar en forma legítima" empleada por el legislador en la fracción V del artículo 15, quedan comprendidos "no sólo todo ordenamiento jurídico procedente del poder legislativo conforme a sus facultades constitucionales, sino también toda disposición legiferante del poder administrativo". (35)

4.- Obediencia jerárquica.- La fracción VII del artículo 15 señala como circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

La ley exige para la integración de la excluyente: a) -- Que la orden no sea notoriamente delictuosa; y b) Que no se -

---

(35) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL.- Código Penal Anotado.- Edit. Porrúa.- México.- 1980.- Pág. 97.

pruebe que el acusado conocía su ilicitud.

De ordinario, la mayoría de los autores colocan a esta--  
excluyente de responsabilidad como causa de inculpabilidad, -  
sin embargo, otros la colocan como causa de justificación adu  
ciendo que la obligación del acatamiento del mandato, con in-  
dependencia del conocimiento de su ilicitud, debe derivar de-  
la propia ley, para que pueda operar la causa justificante.

5.- Impedimento legítimo.- Hay impedimento legítimo, --  
cuando no se puede cumplir con un deber legal por cumplir con  
otro deber de la misma naturaleza pero de mayor entidad.

La fracción VIII del artículo 15 establece como excluyen-  
te de responsabilidad: "Contravenir lo dispuesto en una ley -  
penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legíti-  
mo".

Esta excluyente opera cuando el sujeto, teniendo obliga-  
ción de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, por impedirse  
lo una norma de carácter superior.

#### c) Causas de justificación en el abuso sexual

Definitivamente que la legítima defensa no puede operar-  
como causa de justificación o excluyente de la antijuridici-  
dad en el delito de abuso sexual pues la agresión que lesione  
bienes jurídicamente tutelados (vida, integridad corporal, pa  
trimonio, libertad sexual, etc.) obviamente no será repelida-  
mediante la ejecución de un acto sexual sino que se emplearán  
los medios adecuados y proporcionados para impedirlo o repe-  
lerlo.

En el caso del estado de necesidad tampoco podrá admitir

se como causa de justificación del abuso sexual pues resulta inimaginable pensar que un sujeto para proteger un bien jurídico propio o ajeno de un peligro cierto y grave tenga que lesionar la "libertad sexual" de otra persona como único medio para salvaguardar "su interés".

El abuso sexual no puede ejecutarse en cumplimiento de un deber, pues no existe norma alguna que ordene la ejecución de tal externa antijurídica.

La obediencia jerárquica tampoco cabría como causa de justificación del delito que nos ocupa, ya que el mandato de un superior jerárquico para que un inferior ejecute un acto sexual sin el propósito de copular, es a todas luces delictivo.

Resulta superfluo señalar que el impedimento legítimo asemajanza del cumplimiento de un deber tampoco se puede hacer valer como causa de justificación en el abuso sexual.

Finalmente y por lo que hace al ejercicio de un derecho, hay autores que sostienen que esta excluyente de responsabilidad no puede operar en el abuso sexual, cometido entre cónyuges y menos aún si se empleare la violencia; en términos generales aducen (estos autores) que la práctica de actos sexuales anormales que ejecuta u obliga a ejecutar un cónyuge al otro no conducen a los fines supremos del matrimonio, por ir en contra de la naturaleza y que por lo tanto tipifican el delito de abuso sexual. (36)

Por otra parte hay quienes sostienen que el ejercicio de

---

(36) DE GUSMAO CHRYSOLITO.- Delitos Sexuales.- Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires.- 1958.- Pág. - 173.

un derecho si puede excluir la antijuridicidad del abuso sexual cometida entre cónyuges sobre todo del cometido por medio de la violencia física o moral, aduciendo que la ejecución de los actos sexuales distintos de la cópula que uno de los cónyuges ejecuta u obliga a ejecutar al otro se hace en función del derecho que tiene todo matrimonio de tener relaciones sexuales, mismo que restringe la libertad sexual de cada uno de los cónyuges a la vez que los faculta para disponer se en el ámbito de las relaciones sexuales y cuando llega a ejecutarse un acto sexual por medio de la violencia, sostienen, el ejercicio de un derecho opera como causa de justificación con lo cual desaparece el carácter delictivo del abuso sexual, pero que esa violencia (física o moral) si puede ser productora de otro tipo de infracciones penales como pueden ser el delito de lesiones o de amenazas por ejemplo.

Dado el carácter de la descripción típica del delito de abuso sexual y aun tomando en cuenta también la descripción típica de la violación impropia (artículo 265 del Código Penal vigente) nosotros podemos concluir que definitivamente el acto sexual cometido entre cónyuges sin el consentimiento de uno de ellos no constituye el delito de abuso sexual pues el mismo se habrá ejecutado en ejercicio de un derecho matrimonial y que cuando se empleare la violencia física o moral para hacer valer ese derecho, tendría que aplicarse de oficio el artículo 16 del Código Penal vigente que señala que en los casos de exceso en el ejercicio de un derecho se penará como delincuente por imprudencia (prisión de tres días a cinco años y suspensión hasta de dos años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio). De la lectura de la fracción V del artículo 15 del Código Penal podemos observar que es requisito indispensable para que pueda operar el ejercicio de un derecho como excluyente de responsabilidad que exista necesidad racional del medio empleado para ejercer el derecho.

De lo anterior concluimos que el ejercicio de un derecho si opera como causa de justificación cuando el abuso sexual cometido entre cónyuges se realiza sin el consentimiento de uno de ellos, y que cuando se empleare la violencia para hacer valer ese derecho quedará excluida la responsabilidad penal del cónyuge activo respecto del mismo abuso sexual pero caerá en responsabilidad penal por exceso en el ejercicio de un derecho (delincuente por imprudencia).

#### D. IMPUTABILIDAD

##### 1) Aspecto positivo.- Imputabilidad

###### a) Concepto

Como ya lo señalamos al inicio del presente capítulo, para nosotros la imputabilidad no constituye un elemento esencial del delito como lo afirman algunos autores, ni como un presupuesto general del delito sino más bien como un presupuesto pero de la culpabilidad.

Para que un sujeto pueda ser declarado culpable y por ende sujeto de consecuencias penales, es necesario que tenga capacidad de imputación, esto es, que en el momento de la comisión del hecho sea mentalmente apto tanto para entender sus actos como para realizarlos en una libre expresión de su voluntad.

"La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo,<sup>(37)</sup>

---

(37) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 218.

o bien como lo señala el profesor Castellanos Tena<sup>(38)</sup> la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

Nosotros creemos que la imputabilidad es ante todo la -- "capacidad psíquica" que debe tener un sujeto en el momento -- de cometer la conducta o hecho delictivo. Si el sujeto no -- cuenta con esta capacidad no podrá ser considerado "culpable", es decir, objeto de una sanción penal.

b) Imputabilidad en el abuso sexual

En el caso concreto del abuso sexual si el sujeto al momento de ejecutar el acto sexual del tipo se encuentra en aptitudes de entender y querer la conducta delictiva podrá ser declarado culpable pues se habrá llenado el presupuesto de la imputabilidad.

2) Aspecto negativo.- Inimputabilidad

a) Concepto

La inimputabilidad es la incapacidad en que se encuentra un sujeto para conocer la ilicitud de la conducta o hecho y para determinarse espontáneamente conforme a dicha comprensión.

Existe la inimputabilidad cuando no existe en el sujeto la conciencia jurídica o la capacidad de conocer o discernir-

---

(38) Idem.- Pág. 218.

sobre la naturaleza de los actos que ejecuta, por más ilícitos que éstos sean; o bien, que se elimine la posibilidad, -- aun conociendo lo ilícito de la acción, de tomar determinaciones correctas y abstenerse de ejecutar la conducta prohibida.<sup>(39)</sup>

b) Causas de inimputabilidad

Acertadamente señala el profesor Castellanos Tena<sup>(40)</sup> -- que las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Son aquellas causas en las que, si bien la conducta es típica y antijurídica, impiden que se le atribuya al sujeto el acto que perpetró.

De lo anotado anteriormente tenemos que las causas de inimputabilidad pueden ser tanto legales como supraliberales.

Nuestro Ordenamiento penal en su artículo 15 fracción II señala como circunstancia excluyente de responsabilidad penal, por quedar excluida la imputabilidad: "Padecer el inculpaado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, -- excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

Se desprenden como causas de inimputabilidad tanto el --

---

(39) VILLALOBOS IGNACIO.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1987.- Pág. 375.

(40) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 223.

trastorno mental como el desarrollo intelectual retardado.

El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, perturbación que bien puede ser transitoria o permanente. La magnitud del trastorno mental ha de ser tal que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo con esa comprensión. De igual forma pueden quedar comprendidos dentro de la hipótesis de la fracción II del artículo 15 del Código Penal aquellos casos de sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado, aun cuando no presenten un verdadero trastorno mental.

El mismo artículo 15 pero en su fracción VI señala otra causa de inimputabilidad: "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

Con relación a esta excluyente de responsabilidad existe uniformidad de criterios en cuanto a considerar que el miedo grave puede constituir una causa de inimputabilidad y el temor fundado una inculpabilidad.

Se señala que en el temor al proceso de reacción es consciente y con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo que afecta la capacidad o aptitud psicológica, caracterizando un trastorno mental transitorio y por ello una causa de inimputabilidad.

Al respecto señala el profesor Pavón Vasconcelos<sup>(41)</sup> que si el miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento y la

---

(41) PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO.- Ob.Cit.- Pág. 382.

libre expresión de la voluntad, constituye indudablemente una causa de inimputabilidad; en cambio funcionará como causa de inculpabilidad cuando, surgiendo a consecuencia de un peligro real, grave e inminente, no suprima en el sujeto dicha capacidad.

Como causas de inimputabilidad supraleales, la doctrina reconoce fundamentalmente al sueño, hipnotismo y sonambulismo. Por nuestra parte nosotros preferimos considerar a las anteriores causas como causa supraleales pero no de inimputabilidad sino de ausencia de voluntad y por lo tanto de conducta - más que considerarlas como una especie de trastorno mental.

#### c) Causas de inimputabilidad en el abuso sexual

Creemos que de las causas de inimputabilidad antes mencionadas tan sólo el trastorno mental podría invocarse en el abuso sexual siempre y cuando, y como acertadamente lo señala la ley, sea tal que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión y no haya sido provocado intencional o imprudencialmente. Así por ejemplo, si alguna persona se ve afectada psíquicamente por la ingestión accidental o involuntaria de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes y ejecuta un acto sexual sin el consentimiento de la víctima podrá alegarse la eximente de imputabilidad por el trastorno mental transitorio que le impidió conducirse debidamente, puesto que la ingestión de ciertas sustancias puede despertar el apetito lujurioso y trastornar al agente al grado de llevarlo a cometer actos delictivos de naturaleza sexual.

d) Acciones libres en su causa

Las acciones libres en su causa son aquellas que ejecutadas en estado de inimputabilidad han tenido su origen en una voluntad libre y consciente. Se presentan cuando se produce un resultado contrario a Derecho, por un acto o una omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución de la conducta o hecho; pero en ocasiones el sujeto antes de actuar se coloca en estado de inimputabilidad voluntaria o culposamente para producir el resultado deseado, lo cual no impide que se le impute el mismo y se le pueda declarar culpable.

La fracción II del artículo 15 que excluye de responsabilidad al inculpaado cuando, al cometer la infracción, padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, elimina el beneficio de la excludente a quienes dolosa o culposamente, han "provocado" su inimputabilidad, al expresar en su parte final: "excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente" (acciones libres en su causa).

Las llamadas acciones libres en su causa sí pueden presentarse en el delito de abuso sexual pues no resulta difícil que sujetos se coloquen voluntaria o culposamente en estado de ebriedad (sobre todo) y que en tal estado ejecuten acciones lesivas de la libertad o el normal desarrollo psicosexual de sus víctimas.

## E. CULPABILIDAD

Ahora corresponde analizar el último de los elementos -- esenciales del delito, que es precisamente la culpabilidad.

### 1) Aspecto positivo.- Culpabilidad

#### a) Concepto y Naturaleza

La mayoría de la doctrina estima que la culpabilidad en sentido amplio es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, mientras que en sentido estricto, se señala que la culpabilidad es ante-todo reprochabilidad.

Para el maestro Ignacio Villalobos "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...".<sup>(42)</sup> Para Castellanos Tena<sup>(43)</sup> la culpabilidad puede ser considerada como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Respecto a la naturaleza jurídica de la culpabilidad hay dos doctrinas que pretenden fijar el contenido de la misma:

1) Doctrina psicológica.- Para esta doctrina, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta.- La culpabilidad "es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado...".<sup>(44)</sup>

---

(42) VILLALOBOS IGNACIO.- Ob.Cit.- Págs. 281 y 282.

(43) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 234.

(44) PAVON VASCONCELOS.- Ob.Cit.- Pág. 364.

2) Doctrina normativa.- Para esta doctrina la culpabilidad en suma, consiste en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica; actúa culpablemente aquél a quien puede reprocharse por haber obrado de modo contrario al Derecho, en circunstancias en que podía adecuar a él su conducta.

Ambas teorías tienen gran aceptación pero la mayoría de los doctrinarios mexicanos coinciden en señalar que la psicológica o psicologista es la seguida por nuestra legislación penal (artículo 8o. del Código Penal vigente).

Al comienzo del presente capítulo señalamos que la anti-juridicidad era la oposición objetiva con la norma y en estos momentos podemos señalar que la culpabilidad es la oposición-subjetiva con la norma.

#### b) Formas o Grados

Señala Fontán Balestra <sup>(45)</sup> que una acción será culpable cuando se cumpla con dolo, culpa o preterintención, según las exigencias de la ley penal en cada caso.

Nuestro Código Penal vigente en su artículo 8o. señala - que los delitos pueden ser intencionales (dolosos), no intencionales o de imprudencia (culposos) y preterintencionales, - aludiendo claramente a las formas o grados de la culpabilidad.

1) El dolo.- El dolo constituye sin duda la principal -- forma de culpabilidad, sin embargo para precisar un concepto del mismo tuvieron que surgir varias teorías; así por ejemplo,

---

(45) FONTAN BALESTRA CARLOS.- Derecho Penal.- Parte General.- Edit. Abeledo-Perrot, S.A.- Buenos Aires, Argentina.- -- Año 1979.- Pág. 317.

tenemos que la teoría de la voluntad, misma que equiparaba -- con la "intención". Definía al dolo diciendo que era "la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce -- contrario a la ley". (46)

Por su parte la teoría de la representación pretendiendo superar los inconvenientes de la teoría de la voluntad, sustituye voluntariedad o intención por el concepto de "previsión o representación", haciendo consistir ésta en el "conocimiento" que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer.

La teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada adopta una posición ecléctica al señalar que actúa dolosamente quien no sólo ha representado el hecho y su significación, sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente, a la causación del resultado. Esta teoría que resulta ser la más aceptada por la doctrina proporciona la siguiente definición del dolo: "dolo -es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el campo en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica-". (47)

De la anterior definición resulta que los elementos integrantes del dolo son dos:

a) Un elemento "intelectual" consistente en la representación del hecho y su significación, y

(46) PAVON VASCONCELOS.- Ob.Cit.- Pág. 388.

(47) PAVON VASCONCELOS.- Ob.Cit.- Pág. 394.

b) Un elemento "emocional o afectivo" consistente en la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado.

Siguiendo los conceptos que preceden Cuello Calón<sup>(48)</sup> se señala que el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. Por su parte Castellanos Tena dice que "el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".<sup>(49)</sup>

Varias son las clasificaciones que se han hecho del dolo pero en este momento únicamente haremos referencia a las más importantes.

A) Dolo directo.- Se dice que el dolo es directo cuando la voluntad es encaminada "directamente" al resultado previsto, existiendo identidad entre el propósito del agente y el resultado.

B) Dolo indirecto o de consecuencias necesarias.- Se presenta cuando el agente persigue un fin delictuoso pero sabe que indirectamente surgirán otros resultados típicos y aún así ejecuta el hecho.

C) Dolo eventual.- Se presenta cuando el sujeto no desea precisamente un resultado que puede ser posible, pero que en caso de que se produzca lo acepta.

El artículo 9o. del Código Penal para el Distrito Federal señala en su párrafo primero que: "Obra intencionalmente el --

---

(48) Citado por CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Edit. Porrúa, S.A.- 1985.- -- Pág. 239.

(49) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 239.

que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley". Con la anterior fórmula queda comprendido tanto el dolo directo como el eventual e incluso el llamado dolo de consecuencia necesaria.

2) La culpa.- La culpa constituye la segunda de las formas que tiene la culpabilidad de manifestarse y al igual que en el dolo, para elaborar su concepto varias teorías se hicieron presentes sin que por sí solas lograran contener los diversos ingredientes de la naturaleza misma de la culpa.

Relacionando los elementos más sobresalientes de las distintas teorías Pavón Vasconcelos define la culpa como "aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres". (50)

Señala Cuello Calón (51) que existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. Por su parte Castellanos Tena (52) considera que "existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas".

Como elementos de la culpa podemos señalar:

---

(50) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Ob.Cit.- Pág. 411.

(51) CUELLO CALON EUGENIO.- Derecho Penal.- Tomo II, Vol. II.- Parte Especial.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1982.- Pág. 325.

(52) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 246.

- a) Una conducta voluntaria - (acción u omisión) indispensable para que pueda originarse un juicio de culpabilidad-.
- b) Que dicha conducta se produzca por negligencia o imprudencia del agente.
- c) Que los resultados del acto sean previsibles y evitables.
- d) Que el resultado sea típico y antijurídico.
- e) Un nexo causal entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

La culpa se clasifica en -consciente-, llamada también -con previsión o representación, e -inconsciente-, sin previsión o representación.

Existe culpa consciente cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible y aún así, ejecuta el acto con la esperanza de que el mismo resultado no sobrevenga.

Se está en presencia de culpa inconsciente cuando el sujeto no previó el resultado debido a negligencia o imprudencia, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza --previsible y evitable.

**Negligencia.-** Actitud negativa por pereza o indolencia.

**Imprudencia.-** Ausencia de discernimiento y de precauciones por actuar festinadamente, con precipitación y con audacia que puede llegar hasta la temeridad.

Nuestro Código Penal en su artículo 9o. párrafo segundo expresa: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

Se ha reconocido como fundamento de la culpa, la violación del deber de actuar en determinada forma, capaz de evitar el daño causado.

3) La preterintención.- Constituye la preterintención -- la tercer forma o grado de la culpabilidad. Respecto a su naturaleza, ésta es, incierta adn, pues mientras para algunos - doctrinarios el delito preterintencional constituye una "forma de dolo", para otros lo es de la "culpa" y para otros más - es una combinación o mezcla de dolo y culpa.

En la preterintención, el resultado típico sobrepasa a - la intención del sujeto.

A decir de Angel Reyes Navarro (53) comúnmente se acepta que el delito preterintencional se configura "cuando el daño causado es mayor de aquel que tenía intención de causar el -- agente...".

El artículo 8o. del Código Penal vigente, expresa que -- "Los delitos pueden ser: III. Preterintencionales"; y el párrafo tercero del artículo 9o. prescribe: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia", reconociéndose así que la preterintención no es sólo dolo, ni únicamente culpa, sino una suma de ambas especies, que se inicia en forma dolosa y termina culposamente en su adecuación típica.

---

(53) Citado por: PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Manual de Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa.- Año 1978.- Pág. 422.

c) Culpabilidad en el abuso sexual

Para que pueda decirse que un sujeto es culpable en la comisión de un abuso sexual, es necesario que exista un nexo intelectual y emocional que lo ligue con el resultado típico.

Ahora bien, las formas o grados de culpabilidad en que puede presentarse el abuso sexual lo son tanto el dolo como la culpa.

Cuando el tipo penal del delito que nos ocupa empleó la fórmula "acto erótico sexual" para referirse a la conducta típica del delito, era indispensable la existencia de un elemento subjetivo en la ejecución del acto erótico sexual, que era precisamente el ánimo lúbrico o intención de lubricidad en el autor, con lo que se concluía que el delito sólo podía ejecutarse dolosamente, pues de carecer de la intención lúbrica -- (ejecución del acto sexual por descuido, por ejemplo) ya no se configuraba el delito (culposo).

De acuerdo con la descripción típica vigente, el delito de abuso sexual puede ejecutarse, por supuesto, en forma dolosa, es decir, que teniendo conocimiento del acto sexual y de su significación se encamina la voluntad del agente a la producción del resultado previsto. En la teoría vemos que no existe impedimento alguno para que el abuso sexual pueda ejecutarse de manera culposa, pero en la práctica nos parece difícil imaginar casos en donde efectivamente por incumplir los deberes de cuidado indispensables se produzcan las diferentes formas de manifestación del abuso sexual, creemos que en la mayoría de los casos en que se presenta un supuesto abuso sexual (culposo) éste es más bien cometido aprovechando el agente las circunstancias o condiciones personales; pero repetimos, no hay imposibilidad para la realización del abuso sexual culposo.

En cuanto a la preterintención vemos que ésta no se puede presentar en el abuso sexual, ya que no nos imaginamos -- cuál pudiera ser el resultado típico que se haya querido producir y que por imprudencia haya surgido un resultado mayor, -- precisamente el abuso sexual.

2) Aspecto negativo.- Inculpabilidad

a) Concepto

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad.

La inculpabilidad opera cuando se hallan ausentes los -- elementos esenciales de la culpabilidad, que son: el conocimiento y la voluntad. De allí que se afirme que quedará excluida la culpabilidad cuando por error o ignorancia falte -- tal conocimiento o bien cuando la voluntad se vea forzada de modo que no actúe libre o espontáneamente.

b) Causas de inculpabilidad

Pueden ser causas de inculpabilidad todas aquellas que -- eliminen el conocimiento, la voluntad o ambos elementos.

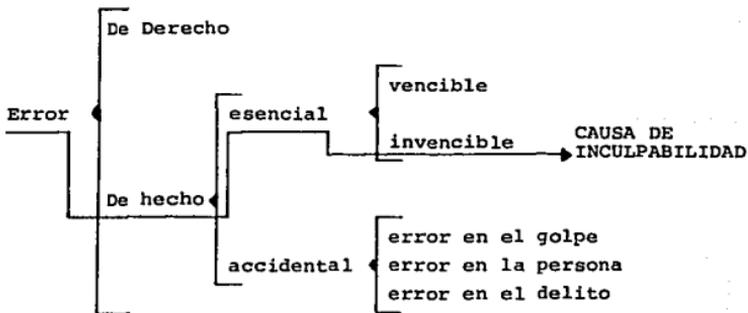
Para los seguidores de la teoría normativista llenan el campo de las inculpabilidades el error y la no exigibilidad de otra conducta-, mientras que para la postura seguida por -- nuestra legislación penal (psicologista) las causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho (ataca el elemento -- intelectual) y la coacción sobre la voluntad (ataca el elemento volitivo).

1) Error. El error es un falso conocimiento de la ver--

dad, un conocimiento incorrecto; consiste en una -idea falsa- respecto a un objeto, cosa o situación.

Junto con el error, la ignorancia también puede ser una- causa de inculpabilidad siempre que produzcan en el autor un- conocimiento equivocado o un desconocimiento sobre la antiju- ricidad de su conducta. Ambos conceptos si bien son diver- sos; conocimiento falso en el error y ausencia de conocimien- to en la ignorancia, para efectos del Derecho son conceptos - que se identifican pues se considera que ambos producen el -- mismo resultado.

El error tradicionalmente se ha dividido en: error de De recho y error de hecho. El error de hecho es subdividido a - su vez en: esencial y accidental; el accidental comprende a - su vez: el error en el golpe, el error en la persona y el -- error en el delito.

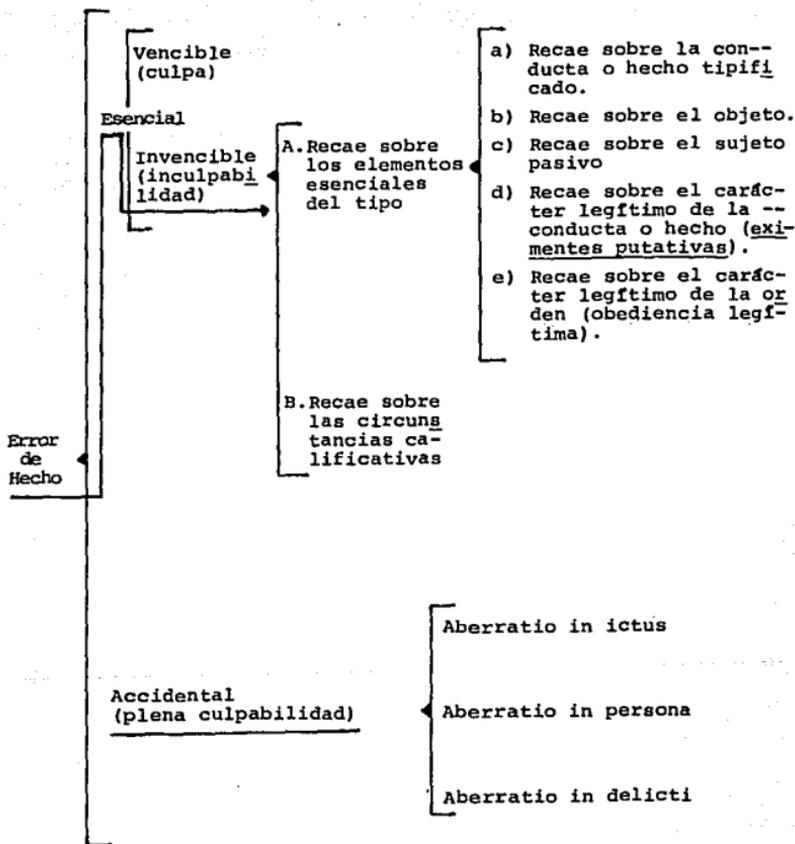


El error de Derecho (llamado en la actualidad "de prohibición directa") es el equivoco concepto sobre la existencia o el alcance de la ley penal. En nuestra legislación no produce efectos de eximente de culpabilidad pero sí opera como atenuante de la pena en virtud del atraso cultural y aislamiento social del sujeto (artículo 59 bis del Código Penal).

El error de hecho (también llamado de tipo) recae sobre las condiciones exigidas en el hecho para que pueda aplicarse una regla jurídica. El error de hecho se subdivide en error esencial y accidental.

El error de hecho esencial, produce -inculpabilidad- en el sujeto cuando es -invencible-, pudiendo recaer sobre los elementos esenciales del tipo o sobre una circunstancia agravante de la pena. Si esta clase de error es vencible (el sujeto -pudo- y -debió- prever el error) excluirá el dolo pero dejará subsistente la culpa.

El error de hecho accidental no se considera causa de inculpabilidad, por recaer sobre los elementos no esenciales, -accidentales del delito, comprendiendo los llamados casos de "aberración" o "confusión".



Las eximentes putativas son las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una causa de justificación o bien que su conducta es lícita o permitida (atípica) sin serlo.

El artículo 15 fracción XI de nuestro Código Penal vigente reglamenta como excluyente de responsabilidad, el error esencial de hecho: "Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de algunos de los elementos esenciales -- que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta". "No se excluye la responsabilidad si el error es vencible".

La primera parte de la fracción XI como señala Castellanos Tena<sup>(54)</sup> se refiere al llamado error de tipo en tanto que la segunda parte, ("o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta") consagra el error de licitud, también denominado eximente putativa, ya que por un error invencible el autor cree lícito su comportamiento, ambas hipótesis de error esencial e insuperable, y por ello excluyentes de la culpabilidad.

La obediencia jerárquica como excluyente de responsabilidad contenida en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal vigente: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía", ya ha sido analizada como causa de justificación, -- sin embargo, la mayoría de la doctrina estima que de las diversas hipótesis que caben dentro de esta eximente tan sólo -- una opera como causa de inculpabilidad, en virtud del error --

---

(54) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 261.

esencial de hecho: el caso en que el inferior posee poder de inspección sobre la orden dada, pero desconoce la ilicitud -- del mandato y ese desconocimiento es esencial e invencible.

En concreto, podemos decir que se presenta una causa de inculpabilidad por faltar el conocimiento sobre un hecho delictivo o sobre su significación, en virtud del error o ignorancia en la que se encuentra el sujeto respecto de la antijuridicidad de su conducta. El error para que pueda excluir la culpabilidad debe recaer sobre los elementos esenciales del tipo o bien sobre una circunstancia agravante de la pena y -- además debe tener el carácter de invencible (el sujeto -no pudo- prever el error).

2) Coacción sobre la voluntad. Como ya quedó señalado - en el inciso a) del presente punto, habrá inculpabilidad toda vez que esté ausente el conocimiento o el elemento volitivo; - por lo tanto el error esencial de hecho y la coacción sobre - la voluntad se constituyen como verdaderas causas de inculpabilidad.

La fracción VI del artículo 15 del Código Penal señala - como excluyente de responsabilidad: "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos..."; ya al hablar de las causas de inimputabilidad se señaló como una de ellas - al miedo grave en virtud de considerar que éste puede produci - cir un trastorno psicológico y la libre expresión de la volunta - tad, mientras que el temor fundado se considera una causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, toda vez que - se estima que en él, el proceso de reacción es consciente -- pues no anula la voluntad del sujeto, quien al verse perturba - do psicológicamente por una causa real, fundada en forma de - amenaza irresistible de un mal inminente y grave, conserva -- las facultades de juicio y decisión y se propone tomar una de

cisión contraria al derecho como único medio para librarse -- del mal que le amenaza. Así, en el temor fundado no desaparece la voluntad, sino que se ve coaccionada a un obrar necesario. Si la voluntad llega a ser anulada desaparece la inculpabilidad para dar paso a una inimputabilidad.

c) Causas de inculpabilidad en el abuso sexual

En el abuso sexual se presenta el aspecto negativo de la culpabilidad en el caso del error de hecho esencial e invencible.

El sujeto que entra a su alcoba creyendo que es precisamente su esposa la que yace en el lecho conyugal y ejecuta to camientos en sus partes pudendas para inmediatamente después darse cuenta de que no es su esposa, no puede ser responsable del delito de abuso sexual ya que el error que cometió era -- imprevisible e insuperable pues de manera alguna esperaba encontrar persona distinta de su cónyuge. Por lo tanto, cabe precisar que el error de hecho esencial e invencible recayó - sobre la licitud de la conducta (ejercicio de un derecho puta tivo).

F. PUNIBILIDAD

1) Aspecto positivo.- Punibilidad

a) Concepto

Haciendo de lado la cuestión de si la punibilidad consti tuye o no un elemento esencial del delito pues como ya lo señalamos al inicio del capítulo para nosotros constituye una -

consecuencia más o menos ordinaria del delito, procederemos entonces a mencionar los conceptos que sobre la punibilidad ha vertido la doctrina.

Para Pavón Vasconcelos quien sí otorga calidad de elemento fundamental del delito a la punibilidad, señala que por ésta se entiende: "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social". (55)

La punibilidad es independiente, y previa, a la comisión del delito. No es restricción ni privación de un bien. Es, - tan sólo, una amenaza, una advertencia que el legislador precisa en un texto legal. Como tal, es una descripción pura, - general y abstracta, que da contenido a una norma jurídico penal. (56)

De acuerdo con nuestro criterio sobre la naturaleza de - la punibilidad aceptamos el concepto dado por Castellanos Tena: (57) La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

Cabe distinguir entonces entre punibilidad, punición y - pena.

Punibilidad es el merecimiento de una pena.

Punición es la imposición concreta de la pena a cargo -- del órgano jurisdiccional.

---

(55) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Ob.Cit.- Pág. 453.

(56) ISLAS DE CONZALEZ MARISCAL OLGA.- Análisis Lógico de los delitos contra la vida.- Edit. Trillas, S.A.- 1982.- -- Pág. 42.

(57) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 273.

Penas es el castigo impuesto por el Estado al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico.

b) Condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad tampoco constituyen elementos esenciales del delito, más bien se trata de exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación, exigencias que si se encuentran contenidas en la descripción legal, formarán elementos integrantes del tipo; y si faltan en él, constituirán meros requisitos ocasionales que en nada afectan la naturaleza misma del delito. Prácticamente son raros los delitos que cuentan con una penalidad condicionada, sin ser excepción el delito materia de la presente investigación.

c) Problemática de la punibilidad en el abuso sexual

El delito de abuso sexual contenido en el artículo 260 - del Código Penal vigente presenta una situación particular en relación con la punibilidad aplicable, misma que en un momento dado puede presentar cierta problemática sobre todo en función de la interpretación que se le dé al citado precepto.

El artículo 260 del C.P. vigente textualmente señala: -- "Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad".

Como puede apreciarse, el primer párrafo contiene la hipótesis en la que el sujeto pasivo se ve "obligado" a ejecutar el acto sexual y para ello la punibilidad aplicable es de tres meses a dos años de prisión, siendo que la única manera de "obligar" a una persona es empleando la violencia bien sea física o moral. Mientras tanto, el párrafo segundo señala -- que la punibilidad se agravará en función del empleo de la -- violencia física o moral. Entonces ¿Cuál será la punibilidad aplicable para el caso en que el pasivo se ve obligado a ejecutar el acto sexual, la del párrafo primero o la del segundo?

Si repasamos los antecedentes del abuso sexual en nuestra legislación penal (Capítulo Segundo) podemos darnos cuenta de que paulatinamente fue desechando deficiencias y mejorando la descripción típica del delito.

El Código Penal de 1931 hasta antes de las reformas de 1989 y 1991 señalaba por lo que hace al que hasta entonces se denominaba atentados al pudor, lo siguiente: "Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico sexual..." con lo que la frase "... ejecute en ella..." reflejaba la idea de que sólo el sujeto activo podía ejecutar precisamente en el cuerpo de la víctima los actos erótico-sexuales y que no quedaban comprendidos los casos en los que el pasivo se veía obligado a ejecutar él o los actos erótico-sexuales, bien fuese sobre su propio cuerpo, sobre el cuerpo de un tercero, o bien sobre el cuerpo del mismo sujeto activo.

Por reforma del 3 de enero de 1989 el legislador agregó al tipo penal la frase "o la obligue a ejecutarlo" para hacer referencia expresa al hecho de que el sujeto pasivo también podía ser obligado a ejecutar el acto sexual y así contemplar todas las posibles hipótesis en la ejecución del delito.

La más reciente reforma al tipo penal (21 de enero de -- 1991) mantiene intacta la frase "o la obligue a ejecutarlo" - pero al igual que su predecesora mantuvo en el segundo párrafo del artículo 260 la agravación de la pena cuando el acto - sexual es ejecutado con violencia física o moral.

Creemos que fundamentalmente en dos sentidos puede interpretarse dicha situación:

PRIMERO.- Para el caso en que el sujeto activo obligue - al pasivo a ejecutar el acto sexual empleando para ello la -- violencia física o moral, la punibilidad aplicable será la -- que señala el párrafo segundo del artículo 260, que textual-- mente dice: "Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una - mitad". Este criterio es el que seguramente pretendió el le-- gislador que se aplicara, pues la punibilidad que se encuen-- tra en el primer párrafo del artículo 260 es más benévola que la localizada en el segundo, en el que en razón de los medios empleados, de la mayor peligrosidad demostrada por el agente- y del daño causado a la víctima, la punibilidad se ve incre-- mentada.

SEGUNDO.- El segundo sentido de interpretación para la - hipótesis en la que el sujeto pasivo se ve obligado a ejecu-- tar el acto sexual, previene que dicha conducta será punible- en función del párrafo primero del artículo 260: "Al que sin- consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a- la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a eje- cutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de pri- sión".

De la hipótesis "... o la obligue a ejecutarlo..." se in- fiere, realizando una interpretación lógica y jurídica, que - la única manera de "obligar" a otro a ejecutar el acto sexual

sin el propósito de llegar a la cópula, es decir, de constreñirlo a ejecutar el acto sexual en contra de su voluntad es - utilizando los medios idóneos o adecuados para ello, y que es todos medios evidentemente tendrían que serlo la violencia física o moral.

La violencia física es la fuerza material que el agente tendría que emplear para anular o vencer la resistencia muscular del sujeto pasivo a fin de lograr que ejecute el acto sexual deseado. La violencia moral es la coacción sobre la voluntad de la víctima que bien puede ser mediante intimaciones o amenazas de causarle un daño a ella o a un tercero con quien tenga vínculos de afecto si no asiente en la ejecución del acto sexual que se le está obligando.

Por lo tanto, y toda vez que en la hipótesis "... o la oblique a ejecutarlo..." se haya implícita la violencia física y moral, la punibilidad aplicable para el caso en que el pasivo se ve obligado a ejecutar el acto sexual, deberá ser - la señalada precisamente en el párrafo primero del artículo - 260 y no la contenida en el segundo párrafo en donde la punibilidad se agrava por el uso de la violencia física o moral, pues de ser de esta manera se estaría recalificando una misma conducta y por lo tanto doblemente puniéndose la misma; primero, porque se otorga cierta punibilidad en función de la realización de una conducta determinada y después, por la misma conducta se otorgaría una nueva punibilidad más agravada.

Por nuestra parte, estimamos que mientras el actual tipo penal del abuso sexual contenido en el artículo 260 permanezca vigente, de los dos criterios de interpretación que acabamos de mencionar, el primero de ellos si bien es el que en -- buenos principios debiera aplicarse, nosotros pensamos que debe atenderse a la realidad legislada y que si bien ésta incurrió en un error en la descripción típica, debe subsanarse en

la manera idónea para ello y mientras tanto aplicarse el segundo criterio aludido.

La propuesta de reforma que nosotros hacemos a la descripción típica del abuso sexual contenida en el artículo 260 del Código Penal vigente, para tratar de salvar el error en el que incurrió el legislador queda de la siguiente manera:

"Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

Si la persona es obligada a ejecutar por sí misma el acto sexual, se sancionará conforme al párrafo anterior".

2) Aspecto negativo.- Excusas absolutorias

a) Concepto

Constituyen las excusas absolutorias el aspecto negativo de la punibilidad y el factor que impide la aplicación de la pena. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

Para Cuello Calón<sup>(58)</sup> la presencia de excusas absoluto--

---

(58) CUELLO CALON EUGENIO.- Derecho Penal, Parte General.- Tomo I, Vol. II.- Bosch, Casa Editorial.- Barcelona.- 1971. Pág. 602.

rias constituye un perdón legal, pues delito y delincuente no dejan de existir.

En presencia de una excusa absolutoria, los elementos -- esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición o la posibilidad de imponer una pena al autor. (59)

Las excusas absolutorias se fundan en razones de justicia o conveniencia social de acuerdo con una prudente política criminal. Así, encontramos excusas en razón de la mínima temibilidad del agente (robo cuyo valor no exceda de diez veces el salario); en razón de la maternidad consciente (aborto por imprudencia de la mujer o cuando el embarazo es resultado de una violación); en razón de la inexigibilidad de otra conducta (encubrimiento de parientes y allegados, etc.).

b) Excusas absolutorias en el abuso sexual

Definitivamente las excusas absolutorias no pueden presentarse en el delito de abuso sexual, ya que éstas se presentan sólo cuando por razones de justicia o equidad el Estado considera innecesario sancionar una conducta determinada.

---

(59) KÖHLER AUGUSTO.- Citado por: JIMENEZ DE ASUA LUIS.- La Ley y el Delito.- Ediciones A. Bello.- Caracas.- 1945.-- Pág. 433.

## **CAPITULO CUARTO**

### **EL DELITO DE ABUSO SEXUAL**

## I. Formas de aparición del delito

### A. ITER CRIMINIS

Con la frase "iter criminis" (camino del crimen) lo que quiere significarse es el camino del delito desde su iniciación hasta su total agotamiento; o dicho de otra manera, el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito. (1)

Comúnmente se acepta que el "iter criminis" presenta dos fases: la "interna" llamada también "subjetiva" y la "externa" llamada también "objetiva".

### B. FASE INTERNA

Esta fase el "iter criminis" comienza con la idea del delito que se pretende cometer y termina cuando está a punto de exteriorizarse.

La fase interna abarca tres periodos o etapas:

1. La idea criminosa o ideación. Aparece en la mente -- del sujeto la idea de delinquir.

2. La deliberación. El sujeto medita sobre la idea criminosa, sobre sus pros y sus contras.

3. La resolución. Después de pensar sobre la idea criminosa, el sujeto se decide llevar a cabo su deseo de cometer el delito. Su voluntad aunque resuelta, aún no se exterioriza.

En el caso del delito que nos ocupa, éste no surge aún cuando el agente haya agotado las etapas de la fase interna.

---

(1) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- 1988.- Pág. 661.

### C. FASE EXTERNA

Cuando la resolución criminal se exterioriza en el mundo fáctico, estamos ya dentro de la fase "externa" u "objetiva" del delito. Esta segunda fase en el recorrido del delito va de la manifestación a la ejecución, pasando por la preparación:

1. Manifestación. La voluntad de cometer el delito se exterioriza en el mundo fáctico. Se trata de un acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra,<sup>(2)</sup> (pudiendo ser a través de comentarios, proposiciones, amenazas, etc.).

2. Preparación. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución.

Como tales se ha considerado todo aquello que organiza los preliminares indispensables, aprestando los instrumentos con que ha de ejecutarse el acto delictuoso y reuniendo las informaciones que facilitan la realización de lo que se ha proyectado, pero sin llegar a la conducta misma que se considera constitutiva del tipo delictuoso.<sup>(3)</sup>

Hay consenso en la doctrina en el sentido de que los actos preparatorios en sí mismos no revelan de manera evidente el propósito de delinquir. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo.

3. Ejecución. La ejecución de un delito puede darse a través de la tentativa o de la consumación.

(2) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Manual de Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- 1987.- Pág. 468.

(3) VILLALOBOS IGNACIO.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1987. Pág. 454.

La tentativa requiere la ejecución de actos idóneos e -- inequívocos para delinquir: Por tentativa se entiende la ejecución incompleta de un delito.<sup>(4)</sup> Esto puede ocurrir bien -- porque el agente suspenda los actos de ejecución que consumarían el delito (delito intentado o tentativa inacabada), o -- bien porque el agente realice todos esos actos de ejecución -- que han de producir el resultado, no ocurriendo éste por causa externa, imprevista o fortuita (delito frustrado o tentativa acabada).

Por otro lado se afirma que cuando voluntariamente se -- han realizado todos los elementos que integran la figura del delito y se ha lesionado el bien jurídico objeto de la protección penal, el delito está consumado.<sup>(5)</sup>

Para Castellanos Tena<sup>(6)</sup> se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos -- del tipo legal.

Cabe señalarse que no todos los delitos (dolosos) han de pasar necesariamente por las tres etapas de la fase externa, -- pues podría prescindir el agente de la manifestación, o adn, -- de la manifestación y de la preparación, o bien, tan sólo de preparación.

- 
- (4) JIMENEZ DE ASUA LUIS.- La Ley y el Delito.- Ediciones A.- Bello.- Caracas.- 1945.- Pág. 474.
- (5) CUELLO CALON EUGENIO.- Derecho Penal.- Tomo I.- Parte General.- Vol. II.- BOSCH, Casa Editorial, Barcelona.- -- 1971.- Págs. 614 y 615.
- (6) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal.- Edit. Porrúa, S.A.- 1985.- Pág. 285.

## II. Tentativa

### A. CONCEPTO

Hay tentativa cuando se realizan actos encaminados objetiva y subjetivamente a la consumación de un delito, si éste no se produce por la invasión de causas interruptoras, externas y ajenas a la voluntad del agente. (7) Para Carrara (8) la tentativa es un delito imperfecto, inconcluso, que no agota los substanciales elementos materiales y subjetivos necesarios para la consumación.

Para el profesor Castellanos Tena (9) la tentativa son los actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

Para la existencia de la tentativa se requieren los siguientes elementos:

- a) Resolución de cometer un delito.
- b) Principio de ejecución a través de actos ciertos y precisos.
- c) Interrupción del resultado delictivo por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

La intención de cometer el delito resulta ser elemento esencial en la tentativa ya que de la misma puede obtenerse -

---

(7) CORTES IBARRA MIGUEL ANGEL.- Derecho Penal Mexicano.- -- Edit. Porrúa, S.A.- México.- 1971.- Pág. 258.

(8) CARRARA FRANCESCO.- Programa de Derecho Criminal: Parte - General.- Vol. I.- Edit. TEMIS, Bogotá.- 1971.- Pág. 239.

(9) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 285.

La intención de cometer el delito resulta ser elemento esencial en la tentativa ya que de la misma puede obtenerse la verdadera naturaleza del acto que se pretende realizar, -- verbigracia; el sujeto que causa lesiones a otro y esa ha sido su intención, será responsable del delito consumado de lesiones, pero si su intención ha sido causar la muerte y ésta no se produce por causas ajenas a su voluntad causando tan sólo las lesiones, será responsable de tentativa de homicidio.- Por lo tanto, concluimos que la tentativa tan sólo se puede presentar en los delitos dolosos, puesto que en los culposos no hay intención alguna de cometer el delito.

La mayoría de los autores y de los Códigos modernos distinguen a la tentativa en: "acabada" e "inacabada".

#### B. TENTATIVA ACABADA

En la tentativa acabada o delito frustrado el sujeto realiza "todos" los actos que por su parte se requieren para que el delito se consume, no lográndolo por causas ajenas a su voluntad. Se realizan los actos de ejecución que habrían de -- producir el resultado, no ocurriendo éste por causa externa, - imprevista o fortuita.

En Ejecutoria de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, se sostiene el siguiente criterio:

TENTATIVA ACABADA.- Como fase externa del delito, la --- tentativa acabada es punible si el agente efectúa actos en re lación con el verbo principal del delito de que se trata, o sea, existe un principio de ejecución o penetración al núcleo del tipo, no consumándose por causas ajenas a su voluntad.

Directo 4872/1960.- Manuel Amaya Reynaga. Resuelto el -

23 de noviembre de 1960, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srío. Lic. Rubén Montes de Oca. Sala. Boletín 1961. Pág. 14.

### C. TENTATIVA INACABADA

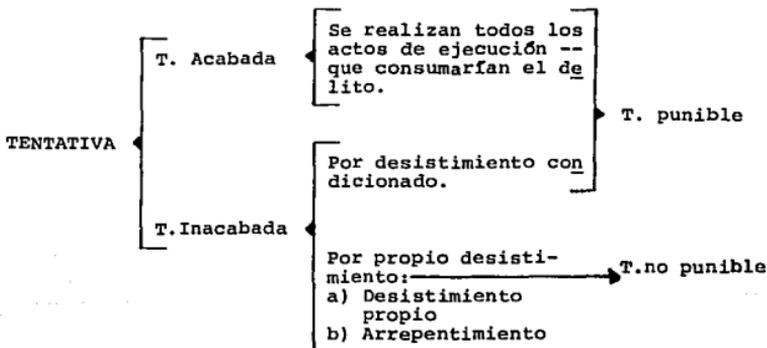
La tentativa inacabada o delito intentado puede revestir dos formas: tentativa inacabada por desistimiento condicionado y tentativa inacabada por propio desistimiento.

La tentativa inacabada por desistimiento condicionado se presenta cuando el delito no logra consumarse por causas independientes de la voluntad del sujeto, es decir, cuando se ejecutan los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno(s) y por eso - el evento no surge; hay una incompleta ejecución. Este tipo de tentativa al igual que la tentativa acabada encuentran el fundamento de su punibilidad en el primer párrafo del artículo 12 del Código Penal vigente: "Existe tentativa punible -- cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

La tentativa inacabada por propio desistimiento se presenta toda vez que el sujeto suspenda voluntariamente el (o los) acto(s) de ejecución, se desista espontáneamente de su propósito, con la consiguiente ausencia de punición. Del mismo primer párrafo del artículo 12 del Código Penal se desprende que la tentativa no será punible cuando el delito deja de consumarse por la propia voluntad del agente, esto en función de razones de política criminal, en cuanto conviene a los fines de ésta, estimular los desistimientos.

El párrafo 3o. del mismo artículo 12 señala: "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

En la tentativa inacabada sí es dable el desistimiento - pero en la tentativa acabada no, pues no se puede desistir lo ya ejecutado, tan sólo podrá hablarse de arrepentimiento (se impide la consumación del delito, una vez agotado el proceso-ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado).



#### D. TENTATIVA EN EL ABUSO SEXUAL

La tentativa de nuestro delito a estudio no fue admitida en los Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931 en los que expresamente se señalaba que el delito sólo se castigaría cuando se hubiese consumado (esto quizá en función de la deficiente-

descripción típica del delito y aun de una falta de apreciación fáctica sobre la naturaleza del mismo).

El Código Penal vigente después de un par de reformas al tipo penal admite tácitamente la presencia de la tentativa en el abuso sexual. La tentativa podría presentarse no en el caso de que se tratara de un acto único, sorpresivo y rápido en partes pudendas de la víctima, sino más bien cuando se trata de un comportamiento plurisubsistente, es decir, aquél en el que se requiere la existencia de diversos actos anteriores -- tendientes a la consumación del delito, sin que éste se produzca por causas ajenas al querer del agente; verbigracia, -- cuando el agente detiene a su víctima y amenazándola con causarle un daño si no se deja besar los senos, la lleva a una calle cerrada y cuanto está a punto de consumar el delito es detenido por un sujeto que casualmente pasaba por allí y que se percató de la resistencia de la víctima, o bien, cuando el agente golpea a su víctima para que le bese el miembro viril no logrando la consumación del acto sexual por el socorro que asistió a la víctima (ambos ejemplos de tentativa inacabada).

### III. Circunstancias

#### A. CONCEPTO

Circunstancia es todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia. Circunstancias atenuantes y -- agravantes son las que modifican las consecuencias de la responsabilidad, sin suprimir ésta.

Puig Peña<sup>(10)</sup> señala que circunstancias son aquellos --

---

(10) PUIG PEÑA FEDERICO.- Derecho Penal.- Tomo II.- Parte General.- Vol. II.- Ediciones Nanta, S.A.- Barcelona, España.- 1959.- Pág. 51, 52 y 113.

acontecimientos que hacen la conducta delictiva menos reprochable o bien más reprochable. Estas circunstancias que ejercen su proyección en la responsabilidad, bien atenuándola o bien agravándola; se denominan precisamente: atenuantes y -- agravantes.

Circunstancias atenuantes son aquellos acontecimientos -- situados en la persona del autor que hacen menos reprochable su conducta antijurídica. Se trata de circunstancias "personales" o de matiz subjetivo tenidas en cuenta por el legislador para disminuir la pena en atención a las mismas.

Son circunstancias agravantes todas aquellas que aumentan la intensidad antijurídica del hecho y, por ende, la responsabilidad del autor.

#### B. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL ABUSO SEXUAL

Nuestro Código Penal había consignado circunstancias -- agravantes únicamente por lo que hacía al delito de violación sin tomar en cuenta que el mismo abuso sexual antes denominado atentado al pudor también podía ser cometido en presencia de circunstancias revelantes de una mayor peligrosidad del -- agente, bien por su cercanía o por la relación de subordinación o dependencia que guarda la víctima respecto del agente.

De manera más que acertada las reformas del 21 de enero de 1991 incorporaron al abuso sexual las mismas agravantes -- consignadas para la violación y que se encuentran consignadas en el artículo 266 BIS que a la letra dice:

"Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada".

Sin duda estas circunstancias denotan una mayor peligrosidad en el sujeto y causan en la mayoría de los casos de abuso sexual un daño mayor a la víctima no sólo de naturaleza ffsica sino también emocional.

La comisión del abuso sexual con intervención directa de dos o más personas a más de denotar mayor perversidad en los agentes impide cualquier posible defensa de la víctima y es por ello que el aumento en la penalidad es más que justificado.

Cabe hacer mención especial de aquellos abusos sexuales que se llevan a cabo por el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. En la práctica profesional nos hemos podido percatar que este tipo de delitos se realiza con cierta frecuencia en función de las condiciones o de la mayor facilidad que el --

agente tiene debido a su situación, para realizar los actos sexuales, pues no resulta raro que el tutor o bien el padrastro aprovechándose de que viven bajo el mismo techo que el pupilo o bien que el hijastro(a), a través de diferentes medios se acerquen a ellos y ejecuten los actos sexuales del tipo o bien obliguen a sus víctimas a que éstas los ejecuten en el mismo agente casi siempre violentándolas con amenazas de causarles algún daño si llegaren a hacer del conocimiento de -- otra persona los actos sexuales y enfermizos que llevan a cabo.

Resulta encomiable que este tipo de conductas que lamentablemente llegan a los órganos jurisdiccionales después de -- que se realizaron por más de una ocasión o bien cuando ya han causado daños bastante serios en las víctimas, al fin se consideren como circunstancias agravantes de responsabilidad para el infractor, pues dichas conductas efectivamente deben -- ser sancionadas con mayor severidad dada la misma lesión objetiva como el grado de peligrosidad revelada por el manifiesto del agente. La pérdida de la patria potestad o la tutela en los casos en que se ejerciera sobre la víctima también es correcta.

La fracción cuarta que hace referencia a la comisión del delito por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o que aprovecha la confianza en él depositada, es una agravante que no se había contemplado ni en el -- delito de violación y que sin duda se trata de una circunstancia que también se presenta con cierta frecuencia en nuestra sociedad.

Las circunstancias que acabamos de mencionar y que agravan la responsabilidad del infractor se presentan con mayor -- frecuencia en los casos en que el pasivo del delito y por su corta edad, puede ser todavía amenazado o coaccionado para --

que asienta en los actos sexuales con mayor facilidad que si se tratara de una persona que por su edad y grado de comprensión pudiera ofrecer mayor resistencia y en todo caso acudir en auxilio de otras personas.

#### IV. Concurso de personas

##### A. CONCEPTO Y NATURALEZA

Como fenómeno jurídico, el delito puede realizarse por uno o más sujetos, surgiendo de este modo la institución denominada concurso de personas en el delito, o sea, cuando existiendo unidad en el mismo, hay pluralidad de personas.

Hay concurso de personas en el delito cuando pudiendo éste ser efectuado por una sola, se realiza en virtud del concurso material o psíquico de varias personas. Al concurso de personas se le llama también participación, por estimar que los que concurren de cualquier modo a producir un delito "participan" en el mismo. (11)

Castellanos Tena señala que la participación consiste en "la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad".- (12)

Como pudo notarse, para que se dé la participación o el-

---

(11) FRANCO GUZMAN RICARDO.- El Concurso de personas en el delito.- Procuraduría General de la República. Depto. de Prensa e Información. Publicaciones Especiales. Serie A. No. I-1959.- Págs. 7 a 10.

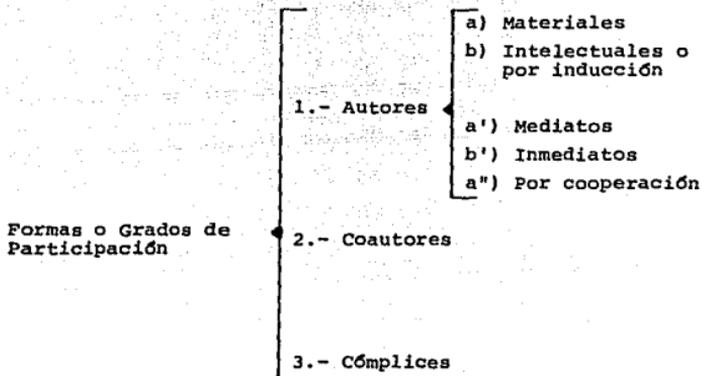
(12) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 291.

concurso eventual de personas en el delito no es necesario -- que el tipo así lo señale (delitos unisubjetivos), pero cuando el tipo penal requiere la presencia de varios sujetos para la realización del delito se habla del concurso o participación necesaria (delitos plurisubjetivos).

Sobre la naturaleza jurídica del concurso de personas es una la teoría que predomina entre los doctrinarios: la de la causalidad. Para los seguidores de esta corriente la participación se sancionará no sólo atendiendo a que todo aquél que contribuye con su aporte a formar la causa del resultado es delincente, ni que necesariamente todos los que resulten co-delincentes tienen la misma responsabilidad, sino que es necesario un examen de las conductas concurrentes para establecer diferencias entre ellas y adecuar los tratamientos y las sanciones de modo personal, sobre la base del aporte no únicamente físico o material, sino psicológico de cada sujeto. -- Así, ante la admisión de un solo delito, se admiten también distintos grados de participación y por ello diversas responsabilidades y penas diferentes.

#### B. FORMAS O GRADOS

Dado que el grado de participación de los sujetos que intervienen en el delito está en función de la actividad o inactividad que cada sujeto haya realizado; así también las formas o grados de responsabilidad serán diferentes:



El autor del delito es el que realiza la conducta característica del tipo, el que hace realidad el verbo núcleo del tipo.

El autor material es el que físicamente realiza los actos característicos del tipo penal.

El autor intelectual es aquél que induce o compele a otro a cometer el delito, no lo realiza por sí mismo pero logra que otro lo ejecute.

El autor mediatos es el que para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser un inimputable.

El autor inmediato es el que directamente ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva. --

Así, el autor inmediato se identifica también con el autor material.

El autor por cooperación es aquel que presta el auxilio necesario para la consecución del fin delictivo, sin su auxilio no hubiera sido posible la consumación.

Los coautores son aquellos que con la común intención de cometer un delito realizan los elementos que integran su figura legal. El coautor es un autor que participa con otro u otros en la ejecución del ilícito penal.

Los cómplices son los sujetos accesorios en relación con los autores, son los que prestan al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario.

Nuestro Código Penal en su artículo 13 al referirse a -- los sujetos responsables de los delitos hace referencia directa a las formas o grados de participación delictiva a que nos acabamos de referir, incluyendo también en su fracción VIII -- lo que se conoce como complicidad correspectiva, es decir, -- aquellos casos en que no consta quién de los sujetos que participaron en la comisión del delito, produjo el resultado.

#### C. CONCURSO DE PERSONAS EN EL ABUSO SEXUAL

Una vez identificados los distintos grados o formas que pueden presentarse de participación delictiva, habremos de señalar cuáles de ellas pueden ser aplicadas al delito que nos atañe.

Sin duda alguna el renglón de la autoría merece importante realce pues a través de sus diversas formas de manifesta--

ción el delito de abuso sexual puede cometerse.

En el supuesto de que un solo sujeto sea el que ejecute el acto sexual del tipo, sin el consentimiento del ofendido, no hay problema alguno para considerarlo como autor material o inmediato del delito de abuso sexual, y si en la comisión del ilícito dos o más sujetos, de común acuerdo, realizan tocamientos lúbricos en el cuerpo de la víctima, se presentará la coautoría, pues ambos participan con la misma intención de cometer el delito.

No vemos impedimento alguno para que en el delito de abuso sexual pueda presentarse la autoría intelectual o por inducción, ya que un individuo puede compeler, inducir o determinar a otro a que cometa el delito en estudio.

De igual forma creemos que la autoría mediata también se puede presentar en el abuso sexual cuando el sujeto se vale de otro coaccionándolo o bien aprovechándose de su estado de inimputabilidad para que ejecute actos sexuales sobre otra persona y así satisfacer su lúbrico por medio de la contemplación de dichos actos.

En nuestro delito en estudio vemos muy difícil que se pueda presentar la autoría por cooperación, ya que en ésta el auxilio es indispensable para la consumación del delito, más bien creemos que el auxilio que un sujeto pueda recibir en un momento dado, es de carácter secundario o bien innecesario (complicidad), es decir, que de igual forma sin dicha ayuda el agente hubiera podido efectuar los actos sexuales en el cuerpo de la ofendida, aunque quizá la autoría por cooperación con un poco de imaginación pudiera presentarse en el caso de que la víctima fuese obligada a ejecutar el acto sexual en el cuerpo del activo o bien en un tercero.

## V. Concurso de delitos

### A. CONCEPTO

En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de "concurso", sin duda porque en la misma persona "concurr<sup>en</sup>" varias autorías delictivas. (13)

Se dice que hay un concurso de delitos cuando la responsabilidad por dos o más de ellos recae sobre un mismo agente que los ha cometido. Esto puede suceder de dos maneras diferentes y por ello se suele distinguir el concurso ideal del concurso real.

### B. CONCURSO IDEAL

Se presenta el concurso ideal o formal cuando con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se lenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho (p. ej. disparo que mata a otro y a la vez causa daños en propiedad ajena).

Fontán Balestra al referirse al concurso ideal de delitos señala que éste existe "cuando un hecho concreta dos o más infracciones penales que no se excluyen entre sí. La apariencia de multiplicidad delictiva que ofrece el concurso ideal se debe a que el autor ha incurrido en la violación de varias disposiciones penales, mereciendo por esto más de una

---

(13) CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Ob.Cit.- Pág. 305.

calificación delictuosa. Pero, a esa aparente pluralidad, corresponde una unidad real de la delincuencia atribuible al mismo. Es decir, que lo plural es la adecuación típica, mas no la conducta punible".<sup>(14)</sup>

Nuestro Ordenamiento penal en su art. 18 señala que: -- "Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos..." y el art. 64 se refiere a la forma de sancionarlo: "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero".

#### C. CONCURSO REAL

Existe concurso real o material de delitos cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguir los no está prescrita.

El concurso real supone varios hechos independientes, -- constitutivos cada uno de ellos de un delito; no se trata de un hecho con adecuación múltiple, como en el concurso ideal, sino de varios hechos, cada uno con su antijuridicidad, su culpabilidad y su adecuación típica.

---

(14) FONTAN BALESTRA CARLOS.- Derecho Penal. Parte General.- Edit. Abeledo-Perrot, S.A.- Buenos Aires, Argentina.- - 1979.- Pág. 466.

El art. 18 de nuestro Código Penal señala también que: - "Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometan varios delitos" y el segundo párrafo del art. 64 señala que: "En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada -- uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el título segundo del libro primero".

#### D. CONCURSO IDEAL EN EL ABUSO SEXUAL

Ahora corresponde examinar con qué delitos puede concurrir formal o idealmente en su comisión el delito de abuso sexual.

Para ello las hipótesis más probables son:

1. Abuso sexual y privación de la libertad con fines lascivos.
2. Abuso sexual y ultrajes a la moral pública.
3. Abuso sexual y corrupción de menores.
4. Abuso sexual y lesiones.

1.- Nosotros consideramos que sí puede presentarse el -- concurso ideal de delitos entre el abuso sexual y el recién -- creado delito de privación ilegal de la libertad con fines -- lascivos.

El art. 365 BIS del Código Penal vigente señala: "Al que prive ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de -- realizar un acto sexual, se le impondrá pena de uno a cinco -- años de prisión". De tal forma, si el agente retiene a su -- víctima en su departamento (de él) y empleando coacción moral pretende ejecutar sobre ella actos sexuales diversos del acce

so carnal, no consiguiéndolo sino hasta que hace uso de la -- fuerza física para ello y todo esto ocurre por decir en un -- lapso de veinticuatro horas, no hay impedimento para considerar que la conducta del agente concretó dos infracciones penales que no se excluyen entre sí: el abuso sexual y la privación de la libertad con fines lascivos.

2.- El delito de "ultrajes a la moral pública" de la hipótesis consignada en la fracción segunda del art. 200 del -- Código Penal vigente: "... ejecute o haga ejecutar por otro, - exhibiciones obscenas" puede coexistir con nuestro delito en estudio cuando los actos sexuales distintos de la cópula se ejecuten sobre la víctima a manera de exhibición, es decir, - para que otros las contemplen, violando de tal manera con un solo hecho ejecutado en un solo acto dos disposiciones penales, presentándose por tanto el concurso ideal de delitos.

3.- Para el caso de determinar si existe el concurso -- ideal de delitos entre la corrupción de menores y el abuso sexual regulado por el art. 260 del C.P. vigente, diremos lo siguiente: el delito de corrupción de menores regulado por el -- art. 201 del C.P. vigente señala que comete el delito quien - procura o facilita la corrupción de un menor de dieciocho -- años de edad mediante actos sexuales. Por su parte el art. - 260 señala como sujeto pasivo del abuso sexual a "una persona" pero relacionado con el art. 261 que señala como sujeto pasivo también del abuso sexual a "persona menor de doce años de edad, persona incapacitada o persona que por cualquier causa no pueda resistir el acto sexual", entonces encontramos que - la primera premisa para que pueda presentarse el concurso del que hablamos está referida a la calidad del sujeto pasivo en cuanto a la edad; es decir, que si bien debe ser menor de dieciocho años de edad también deberá ser mayor de doce.

De tal forma, tenemos que la edad del sujeto pasivo com-

prendida entre los dieciocho años y los doce en relación con la naturaleza del acto sexual ejecutado serán de suma importancia para determinar si hay o no concurso ideal de delitos.

Para aclarar lo anterior podemos decir que si la conducta típica del delito de corrupción de menores: "procurar o facilitar la corrupción de un menor de dieciocho años mediante actos sexuales", encontramos entonces que si se ejecuta un -- abuso sexual, palpación de los senos por ejemplo en una chica que está a punto de cumplir dieciocho años de edad, difícilmente si no es que imposible se verá afectada por tal conducta al grado de sufrir un proceso de corrupción o degenerativo, más bien creemos que en este caso sí se presenta un verdadero ataque de su libertad sexual sin consecuencias depravantes, -- por lo que de ninguna manera podría presentarse el delito de abuso sexual en concurso con el de corrupción de menores. Pero, si por el contrario, el acto sexual se ejecuta en una niña que escasamente acaba de cumplir los doce años y éste consiste en frotamientos vaginales por ejemplo, pueden representar revelaciones irreparables que produzcan en ella verdaderas fijaciones que traigan como consecuencias depravaciones sexuales, surgiendo en este caso el delito de corrupción de menores en concurso con el de abuso sexual previsto en el art. 260 del C.P. vigente.

Así, del análisis particular del caso concreto resultará si puede o no presentarse el concurso entre el delito que nos ocupa y el de corrupción de menores.

4.- Consideramos que el delito de lesiones no puede presentarse en concurso ideal o formal con el abuso sexual, pues si bien éste se puede cometer empleando la violencia física, ésta representa el medio comisivo agravante de la pena, caracterizado por constreñir objetivamente a la víctima a través de maniobras de amordazamiento, forcejeos, sujeción, etc. a -

fin de impedir o superar su resistencia muscular y no constituye necesariamente una actividad productora de lesiones. -- Cuando el agente no puede superar la resistencia de la víctima y para ello la golpea en ciertas partes del cuerpo ocasionándole lesiones nos encontraríamos ante el concurso de abuso sexual y lesiones, pero tratase de un concurso real y no ideal, pues las acciones son ejecutadas en momentos y con fines distintos, es decir, se trata de conductas independientes, autónomas.

Baste mencionar en este momento que el delito de abuso sexual no puede concurrir formalmente con los delitos de violación y su forma tentada, ya que se trata de delitos que son incompatibles; es decir, de delitos que se excluyen entre sí por su esencia misma y que por lo tanto no pueden coexistir simultáneamente en una sola actuación del agente. Lo mismo puede decirse de los dos delitos que acompañan al abuso sexual dentro del capítulo primero del título décimoquinto (hostigamiento sexual y estupro).

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

No olvidemos que los siguientes resultados han sido el producto del análisis jurídico-sustancial del delito de abuso sexual contenido en el artículo 260 del Código Penal vigente sobre todo en función de las dos últimas reformas que ha sufrido no sólo el tipo penal sino también su denominación y aun el Título bajo el cual queda comprendido.

1. La denominación del Título Décimoquinto del C.P. vigente bajo el cual queda comprendido nuestro delito a estudio si bien ya hace alusión expresa al bien o bienes jurídicamente tutelados: "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", se mantiene en el error de no abarcar todos los delitos en él contemplados, es decir, que si bien en el abuso sexual, estupro y violación el interés o bien jurídicamente tutelado lo constituye la libertad o el normal desarrollo psicosexual, cierto es también que en el hostigamiento sexual, incesto y adulterio, los bienes jurídicamente tutelados son evidentemente diversos.

Nosotros propondríamos que bajo la actual denominación del Título Décimoquinto permanecieran ubicados el abuso sexual, estupro y violación y que se crearan nuevos títulos haciendo referencia expresa al bien jurídico tutelado para los delitos de incesto y adulterio, y por lo que hace al hostigamiento sexual que éste se colocara dentro del Título Décimocavo intitulado "Delitos contra la paz y seguridad de las personas".

2. El cambio en la denominación del abuso sexual, anteriormente denominado atentados al pudor, constituye un gran acierto pues ya corresponde a la descripción típica del delito.

3. La conducta típica en el delito de abuso sexual consiste en "ejecutar sobre la víctima un acto sexual, o bien, - obligarla a ejecutarlo", sin el propósito de copular. No -- existe un acto único que tipifique la acción, pueden consti-- tuir este delito un sinnúmero de actos, siempre que éstos -- sean de carácter sexual y que atenten contra la libertad se-- xual de la víctima. Los actos sexuales constitutivos del de-- lito fundamentalmente son los siguientes: la palpación, toca-- mientos o manoseos en las partes pudendas de la víctima, como pueden ser genitales, glúteos, senos, piernas; el frotamiento del miembro viril sobre el cuerpo aún vestido de la víctima - entre los actos con participación directa del órgano sexual.

4. El tan ya mencionado elemento subjetivo del abuso se-- xual ha sido motivo de diversas interpretaciones según se ha-- ido modificando la descripción típica del delito.

Para nosotros, el problema de si para la existencia del-- abuso sexual basta la sola voluntad de ejecutar el acto se-- xual sin el propósito de copular, o si, por el contrario, es-- necesaria la existencia del ánimo lúbrico en la ejecución del acto sexual, puede resolverse tomando en consideración tanto-- la descripción típica como el bien jurídicamente tutelado por la norma, es decir, el concreto interés de orden social que - se está protegiendo en el tipo penal, sólo así, dándole la im-- portancia que posee al bien jurídico puede encontrarse el ver-- dadero sentido teleológico de la norma.

De tal manera, la denominación del título bajo el cual - queda comprendido el abuso sexual ya hace referencia de mane-- ra expresa al bien o intereses jurídicamente tutelados: la li-- bertad y el normal desarrollo psicosexual; por tanto, si es-- tos bienes son afectados por la conducta típica "ejecutar en-- la víctima un acto sexual, o bien, obligarla a ejecutarlo", - se habrá integrado la figura delictiva del abuso sexual, inde--

pendientemente del motivo o fin que haya impulsado al agente.

Después de seguir la evolución del abuso sexual en nuestra legislación penal y del análisis de la descripción típica vigente, hemos de concluir que no es necesaria la intención lasciva en la ejecución del acto sexual, pues la libertad sexual del pasivo se viola cuando otro lo hace participar en la ejecución de un acto sexual sin su consentimiento y lo mismo si lo ha hecho con fines lascivos que si lo ha hecho con otro tipo de fines perversos (venganza, odio, burla, etc.).

Creemos que nuestra opinión puede verse corroborada con la eliminación en la nueva descripción típica del delito de la frase: "con intención lasciva", en la que de manera expresa se requería de la lubricidad en la ejecución del acto sexual y de manera tácita quedaban impunes aquellos actos sexuales ejecutados por móviles diversos de la lascivia pero que de igual forma lesionaban intereses que habfan de ser protegidos por la norma (la libertad sexual). La eliminación de dicha frase así como la referencia expresa a los bienes jurídicamente tutelados nos hacen suponer que el legislador quiere sancionar aquellos actos sexuales ejecutados sin el consentimiento de la víctima y que de manera evidente violen su libertad sexual sin importar cuál haya sido la intención del agente.

Lo que también resulta cierto es que la mayoría de los actos sexuales del tipo son impulsados por fines lúbricos, es decir, ejecutados con intención lasciva y que son excepcionales aquellos que se ejecutan por simple burla, venganza, injuria, etc.

5. En relación con la culpabilidad, el abuso sexual puede cometerse además de dolosamente también culposamente, pues no hay impedimento para calificar un tocamiento por descuido-

en partes pudendas de la víctima como un abuso sexual culposo.

6. La punibilidad en el abuso sexual presenta una situación particular en torno a cuál ha de ser la aplicable para la hipótesis en la que el sujeto pasivo se ve obligado a ejecutar el acto sexual del tipo ¿la punibilidad señalada en el párrafo primero del art. 260 o bien, la del párrafo segundo? Esta alternativa surge de la inclusión en el párrafo primero del art. 260 de la frase "... o la obligue a ejecutarlo..." - para hacer referencia de manera expresa al hecho de que el pasivo también puede verse obligado por el activo a realizar el o los actos sexuales distintos de la cópula y para este tipo de conductas el mismo párrafo primero señala una punibilidad determinada: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión". Pero, la frase "obligar a ejecutar" lleva implícita la violencia física o moral; y luego, el párrafo segundo del mismo artículo señala que la pena se aumentará en función del empleo en la comisión del acto sexual de la violencia física o moral.

Por nuestra parte, consideramos que mientras el tipo penal del abuso sexual continde en vigencia, deberá aplicarse la punibilidad expresada en el primer párrafo para la hipótesis en la que el pasivo se vea "obligado" por el activo a ejecutar un acto sexual y no la contenida en el párrafo segundo.

De tal manera, y para tratar de salvar el error en el que incurrió el legislador en la creación de la descripción típica del delito nosotros propondríamos una reforma en los siguientes términos:

Art. 260. "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un ac

to sexual, se le impondrá pena de tres meses a dos años de --  
prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

Si la persona es obligada a ejecutar por sí misma el acto sexual, se sancionará conforme al párrafo anterior".

Con la anterior propuesta no dejamos de mencionar expresamente la hipótesis en la que el pasivo se ve obligado a ejecutar el acto sexual pero para evitar confusiones, la hemos sacado del primer párrafo y la hemos colocado en un tercer párrafo señalando que la punibilidad aplicable será la misma que se aplique al agente cuando ejecute el acto sexual en el cuerpo de la víctima pero empleando la violencia física o moral.

7. La tentativa en el abuso sexual ya se admite tácitamente en la descripción típica. Indudablemente que no se presentaría en el caso de que se tratara de un acto único, sorpresivo y rápido en partes pudendas de la víctima, sino más bien cuando se trata de un comportamiento plurisubsistente, es decir, aquél en el que se requiere la existencia de diversos actos anteriores e inequívocos tendientes a la consumación del delito, si éste no llega a producirse por causas ajenas al querer del agente.

8. Hemos de señalar que la inclusión de las circunstancias agravantes para el abuso sexual y que anteriormente tan sólo se contemplaban para la violación, es un gran acierto -- por parte del legislador, ya que las hipótesis más graves en la ejecución de los actos sexuales por parte de los sujetos que tienen cercanía directa o bien por la relación de subordinación o dependencia que guardan en relación con los pasivos,

los hace revelar una mayor peligrosidad y generar en las víctimas daños mayores no sólo físicos sino también emocionales.

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

- BASCUÑAN BALDES ANTONIO.- El Delito de Abusos Deshonestos.- -  
Edit. Jurídica de Chile.- 1961.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- 1988.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL.- Código Penal Anotado.- Edit. Porrúa, S.A.- 1989.
- CARRARA FRANCESCO.- Programa de Derecho Criminal.- Parte Especial.- Vol. II.- 1973.
- CARRARA FRANCESCO.- Programa de Derecho Criminal.- Parte General.- Vol. I.- Edit. TEMIS, Bogotá.- 1971.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Edit. Porrúa, S.A.- 1985.
- CORTES IBARRA MIGUEL ANGEL.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. -  
Porrúa, S.A.- 1971.
- CUELLO CALON EUGENIO.- Derecho Penal.- Parte Especial.- Tomo II, Vol. II.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona,-  
Décimotercera Edición.- 1982.
- CUELLO CALON EUGENIO.- Derecho Penal.- Parte General.- Tomo I,  
Vol. II.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- --  
1971.
- DE GUSMAO CHRYSOLITO.- Delitos Sexuales.- Edit. Bibliográfica  
Argentina, S.R.L.- Buenos Aires.- 1958.
- DE P. MORENO ANTONIO.- Curso de Derecho Penal Mexicano.- Edit.  
Porrúa, S.A.- 1968.

- FONTAN BALESTRA CARLOS.- Delitos Sexuales.- Ediciones Arayd,-  
Buenos Aires.- Argentina.- 1953.
- FONTAN BALESTRA CARLOS.- Derecho Penal.- Parte General.- Edit.  
Abeledo-Perrot, S.A., Buenos Aires.- Argentina.- 1979.
- FRANCO GUZMAN RICARDO.- El Concurso de personas en el delito.-  
Procuraduría General de la República. Depto. de Prensa  
e Información. Publicaciones Especiales.- Serie A. No.  
1.- 1959.
- GOMEZ EUSEBIO.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo III.- Cfa. Ar  
gentina de Editores, S. de R.L.- 1940.
- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano.- Edit.  
Porrúa, S.A.- Ediciones 1975, 1980, 1985, 1988, 1990.
- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL OLGA.- Análisis Lógico de los deli  
tos contra la vida.- Edit. Trillas, S.A.- 1982.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS.- La Ley y el Delito.- Ediciones A. Be--  
llo, Caracas.- 1945.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS.- Tratado de Derecho Penal.- Tomos I y--  
III.- Edit. Losada, S.A., Buenos Aires.- Argentina.- -  
1965.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo III.--  
Edit. Porrúa, S.A.- 1978.
- LEYES PENALES MEXICANAS.- Instituto Nacional de Ciencias Pena  
les.- Tomos I, II, III, IV.- 1979.
- MEZGER EDMUNDO.- Derecho Penal.- Parte Especial.- Edit. Bi -  
bliográfica Argentina.- 1959.

- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Manual de Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- 1987.
- PEREZ LUIS CARLOS.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo IV.- Edit. Temis, Bogotá.- Colombia.- 1971.
- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- Evolución Legislativa Penal en México.- Edit. Jurídica Mexicana.- 1965.
- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- Apuntamientos de Derecho Penal.- Edit. Porrúa, S.A.- 1989.
- PUIG PEÑA FEDERICO.- Derecho Penal.- Parte General.- Tomo II, Vol. II.- Ediciones Nanta, S.A.- Barcelona.- 1959.
- SODI DEMETRIO.- Nuestra Ley Penal.- Tomo II.- Edit. Porrúa, S.A.- 1918.
- SOLER SEBASTIAN.- Derecho Penal Argentina.- Tipográfica Editora Argentina.- Tomo III.- 1956.
- VILLALOBOS IGNACIO.- Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa, S.A.- Ediciones 1987 y 1990.
- ZAFFARONI RAUL EUGENIO.- Manual de Derecho Penal.- Cárdenas - Editor y Distribuidor.- México.- 1986.

#### REVISTAS

- REVISTA DE CRIMINALIA.- La clasificación de los delitos en el Código de 1931.- Año XXII.- México, D.F.- Noviembre de 1956.- No. II.

**CODIGOS**

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO.- Edit. Porrúa, S.A.--  
1988.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIHUAHUA.- Edit. Porrúa, S.A.  
1988.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.- Edit. Porrúa, S.A.- -  
1990.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE VERACRUZ LLA-  
VE.- Edit. Porrúa, S.A.- 1989.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Edit. Porrúa, S.A.- -  
1991.