

635
24



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**“ ESTUDIO CRITICO DE LOS DELITOS CONTRA LA
LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL
DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL ”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ELSA MARIA DEL SOCORRO NUÑEZ PELLON**

FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1992



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.

INDICE

	PAG
CAPITULO PRIMERO.- EL DELITO	
A.- CONCEPTO	1
B.- FACTORES POSITIVOS	4
C.- ELEMENTOS NEGATIVOS	12
CAPITULO SEGUNDO.- EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL	
A.- DEFINICION	16
B.- ESTRUCTURA	16
C.- ESTUDIO CRITICO	17
D.- REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD	24
CAPITULO TERCERO.- ABUSO SEXUAL	
A.- NOCION	25
B.- ANALISIS LEGAL	25
C.- REQUISITOS PARA PROCEDER	35
CAPITULO CUARTO.- ESTUPRO	
A.- DEFINICION	37
B.- ELEMENTOS ESTRUCTURALES	42
C.- ANALISIS JURIDICO	44
CAPITULO QUINTO.- VIOLACION	
A.- CONCEPTO	53
B.- DESARROLLO HISTORICO	54
C.- ANALISIS JURIDICO	60
CONCLUSIONES	79
BIBLIOGRAFIA	81

CAPITULO I

EL DELITO

A.- CONCEPTO.

Antes de iniciar el análisis de los elementos positivos y negativos del delito, consideramos oportuno ofrecer diversas nociones del mismo.

Según el maestro Rafael Máquez Piñero, la palabra delito proviene del latín delicto o delictum, del verbo -delinqui, delinquere que significa desviarse, resbalar, -abandonar.

Continúa el autor manifestando que son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o concepto de delito. Tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto o de carácter general, pues un concepto de --raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus --raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo, por consiguiente lo ayerpenado como delito, actualmente puede no serlo y vice--

versa. (1)

Luis Jiménez de Asúa, define al delito como "Toda acción u omisión, antijurídica, típica y culpable sancionada con una pena". (2)

El delito es un acto humano, un mal o un daño, es un actuar. Un mal o un daño aún siendo muy grave, tanto en el orden individual o en el colectivo, no es un delito si no tiene su origen en un comportamiento humano.

El acto humano ha de ser antijurídico, en contradicción con una norma jurídica, es decir, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido.

Además de esa contraposición, con esa norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la ley como delito, que corresponda a un tipo legal. Toda vez que no toda acción antijurídica constituye delito, sino que ha de tratarse de una antijuricidad tipificada.

El acto humano debe estar sancionado con pena, --- pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay --

(1) Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. México. Editorial Trillas. 1990 2a. Edición. pág. 131
(2) Cfr. Jiménez de Asúa Luis. Citado por Márquez Piñero. op. cit. pág. 132.

conminación de penalidad no existe delito.

Desde el punto de vista sociológico podemos considerar que, el delito tiene como principal característica que se enfrenta a la moralidad de las personas y se opone a las mínimas condiciones de vida de la sociedad.

En México el Código Penal de 1891 en su artículo - 10. definió al delito como la infracción voluntaria de -- una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.

El Código Penal de 1929 en su artículo 20. lo conceptuaba: como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, define al delito como un acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Los elementos positivos del delito en general son: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Los elementos negativos del delito son: ausencia - de conducta, atipicidad, causas de justificación, impu-

tabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.

B.- FACTORES POSITIVOS.

1. CONDUCTA.

La acción en sentido amplio consiste en la conducta o actuación exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado. En este sentido, la acción abarca dos posibilidades: A) un hacer positivo, y B) un no hacer. - La primera constituye la acción en sentido estricto, el acto; y la segunda la llamada omisión. En el Código Penal Mexicano, el artículo 7 señala los dos aspectos (positivo y negativo), como los únicos modos de conducta penalizable.

En definitiva, la acción en sentido amplio puede definirse con Jiménez de Asúa, como: "La manifestación de voluntad que mediante una actuación produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se espera, deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda". (3)

Los elementos de la acción en sentido amplio son -

(3) Márquez Piñero op. cit. págs. 155 y 156.

los siguientes: A) Manifestación de voluntad; B) Resultado; C) Relación de causalidad entre aquélla y éste (también llamada nexu causal).

2.- TIPICIDAD.

Para Jiménez de Asúa: "La tipicidad es la correspondencia entre el hecho real y la imagen expresada en la ley, para cada especie de infracción". (4)

Carrancá y Trujillo dice que: "La tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto". (5)

"El tipo se puede entender como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito". (6)

Para el maestro Fernando Castellanos Tena: "No debe confundirse el tipo con la tipicidad, en virtud de que el tipo es la creación legislativa, la descripción que el

(4) Op. cit. pág. 746

(5) Op. cit. pág. 381

(6) Op. cit. pág. 235

Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta, con la descripción legal formulada en abstracto". (7)

Continúa el maestro señalando que: "La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el decreto por el legislador. Celestino Porte Petit, considera que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula Nullum crime sine tipo". (8)

La tipicidad tiene como función principal ser eminentemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal: "La tipicidad no sólo es pieza técnica, sino es como secuela del principio legalista, garantía de la libertad". (9)

Para concluir lo referente a la tipicidad menciona

-
- (7) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México. Editorial Porrúa, -- S.A. 1974. 8a. Edición pág. 166
 (8) Castellanos Tena, Op. cit. pág. 166
 (9) Bernaldo Quiróz, Constancio. Alrededor del Delito y de la Pena. Madrid, España. Editorial Viuda de Rodríguez. 1904. 1a. Edición. pág. 89.

remos los diferentes tipos existentes:

a) Normales y anormales: Los primeros se refieren a situaciones objetivas; en los segundos se trata de una valoración cultural o jurídica. El homicidio es normal, el estupro es anormal.

b) Fundamentales o básicos, éstos constituyen la esencia o fundamento de otros tipos, ejemplo el homicidio.

c) Especiales que se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, ejemplo el parricidio.

d) Complementados, que se constituyen con un básico y una circunstancia, ejemplo: el homicidio calificado.

e) Autónomos y subordinados, los primeros tiene vida propia, ejemplo: robo simple; en tanto que los segundos dependen de otro tipo, ejemplo, el homicidio en riña.

3.- ANTIJURICIDAD.

El derecho penal es garantizador y sancionador, su función es proteger y tutelar los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general. Sin negar totalmente el aspecto subjetivo, se puede afirmar que la antijuri

cidad es fundamentalmente objetiva, porque se enfoca a la conducta externa.

Una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho. Este se concibe como una ordenación objetiva de la vida y en consecuencia lo injusto se debe entender como una lesión a las normas del derecho.

Castellanos Tena menciona en su obra ya referida - que cuando hablamos de antijuricidad nos estamos refiriendo a la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es puramente objetiva, porque atiende sólo al acto. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere un juicio de valor, es decir, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Una conducta es antijurídica cuando siendo típica, no está protegida por una causa de justificación". (10)

Sergio Vela Treviño menciona que toda acción será punible si es antijurídica. Con ello se establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción

(10) Cfr. Castellanos Tena. Op. cit. pág. 176

de la misma con las normas del Derecho". (11)

En conclusión se puede afirmar que, la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo.

4.- CULPABILIDAD.

Es el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, ello quiere decir que contiene dos elementos, uno volitivo y emocional y el otro intelectual, el primero indica la suma de dos querer, de la conducta y el resultado, y el segundo, el intelectual es el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. Según el maestro Fernández Doblado: Para la doctrina la culpabilidad es la relación subjetiva entre el autor y el hecho punible y como tal su estudio debe analizar el psiquismo del autor, con el objeto de investigar cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado delictuoso". (12)

La culpabilidad tiene dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecu-

(11) Cfr. Vela Treviño, Sergio. Antijuricidad y Justificación. México, Editorial Trillas 1986, 2a. Edición pág. 19

(12) Cfr. Castellanos Tena Op. cit. pág. 233

ción de hecho tipificado en la ley como delito o cause -- igual resultado por medio de la negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado (culpa). Igualmente, se puede hablar de preterintencionalidad, como una tercera forma o especie de la culpabilidad, sí el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

Por ejemplo en el rapto por sus especiales características, consideramos que la forma de culpabilidad que aparece es el dolo, en virtud de que el sujeto activo del delito, obra con toda intención de cometer el ilícito.

5.- PUNIBILIDAD.

Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad con -- menos propiedad, para significar la imposición concreta -- de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: Es punible una -- conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces, una amenaza estatal para los infracto-

tores de las normas jurídicas; igualmente, se entiende por punibilidad en forma menos apropiada la consecuencia de la conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes a posteriori, las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa.

6.- IMPUTABILIDAD.

El hombre es el sujeto activo del delito, pero para que tenga que cargar con determinada consecuencia penal, es necesario que tenga el carácter de imputable. En el ámbito del Derecho Penal, esto solamente puede ocurrirle a aquella persona que por sus condiciones psíquicas tenga posibilidades de voluntariedad.

Según el maestro Carrancá y Trujillo, será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente. Todo aquel que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana" (13)

(13) Cfr. Carrancá y Trujillo. Op. cit. pág. 389

Según Castellanos Tena la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer, en el campo del Derecho Penal". (14)

Luis Jiménez de Asúa define la imputabilidad en -- los siguientes términos: "Imputabilidad es el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como su causa eficiente y libre". (15)

C.- ELEMENTOS NEGATIVOS.

1. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Evidentemente si faltan algunos elementos esenciales del delito, éste no se integra, en consecuencia si la conducta está ausente no habrá delito a pesar de las apariencias. La ausencia de conducta impide la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa la base indispensable del delito.

Una de las causas que impiden se integre el delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta o -

(14) Cfr. Castellanos Tena, Op. cit. pág. 218

(15) Op. cit. pág. 326

fuerza física exterior irresistible a que se refiere la -
fracción I del artículo 15 del Código Penal para el Dis-
trito Federal.

2. ATIPICIDAD.

Cuando no se integran todos los elementos descri-
tos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del
delito que se conoce como atipicidad, entendida como la -
ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la con
ducta no es típica jamás será delictuosa.

3. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Podría ocurrir que la conducta típica esté en opo-
sición al Derecho y sin embargo, no sea antijurídica por
existir una causa de justificación.

Por ejemplo, un hombre priva de la vida a otro, su
conducta es típica porque se ajusta a lo señalado por el
artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal, -
y sin embargo, puede no ser antijurídica, si obró en legf
tima defensa.

4. INCULPABILIDAD

Esta se presenta cuando en la conducta no existe - dolo ni culpa, las cuales son dos especies de culpa, dando lugar en consecuencia a que se configure este aspecto negativo del delito.

5. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Cuando hablamos de punibilidad nos referimos al - aspecto positivo del delito, considerando como una consecuencia del mismo, la excusa absolutoria viene a ser el - elemento negativo. Debemos entender como excusas absolutorias aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación - de la pena.

El ya referido maestro Castellanos Tena menciona - diversas excusas absolutorias, a saber:

"A) Excusa en razón de la conservación del núcleo - familiar, por ejemplo: el robo entre ascendientes.

B) Excusa en razón de la mínima temibilidad, el robo que no excede de 25 pesos de valor, cuando sea restituido por el sujeto activo el bien robado y pague los da-

ños y perjuicios antes de que el hecho sea puesto en conocimiento del Ministerio Público.

C) Excusa en razón de la maternidad consciente, por ejemplo; el aborto cuando el embarazo ha sido resultado de una violación". (16).

La inimputabilidad se presenta cuando surgen circunstancias capaces de anular o neutralizar el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

El referido maestro Castellanos Tena señala como causas de inimputabilidad: el estado de inconciencia --- (permanente o transitorio), el miedo grave y la sordomudez". (17)

(16) Cfr. Castellanos Tena Op. cit. págs. 271, 272, y 273

(17) Cfr. Castellanos Tena Op. cit. pag. 273.

CAPITULO II

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

A.-DEFINICION.

El artículo 259-Bis del Código Penal para el Distrito Federal, de reciente creación, publicado mediante la reforma ocurrida el 21 de Enero de 1991, dispone:

"Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días de multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilice los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño.

Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida".

B.-ESTRUCTURA.

Los elementos de este delito son:

1.- Asedio con fines lascivos

- 2.- Posición jerárquica.
- 3.- Relación de trabajo
- 4.- Subordinación.

Gramaticalmente el asedio, significa la acción y -- efecto de asediar, asediar es en sentido figurativo, lapor tunar a uno sin descanso con pretensiones. (1)

Por lascivo podemos entender como aquella persona - que tiene tendencia a los deleites carnales. (2)

La posición Jerárquica, es la categoría que tiene-- un sujeto respecto a otro.

La relación de trabajo, es el enlace personal que - con motivo de laborar en un mismo sitio se presenta.

La subordinación es la relación de dependencia que - da lugar al mando o dominio de uno, por tener ambos categorías diferentes.

C.- ESTUDIO CRITICO.

A este numeral de nueva creación, el Doctor Carranca y Rivas, hace el siguiente comentario:

(1) Diccionario Pequeño Larousse. Ediciones Larousse. México 1985. Página 128.

(2) Diccionario Pequeño Larousse. Ob. Cit. pág. 470.

"he preferido hacer una sola nota en vez de intercalar varias en el nuevo texto, según y conforme las críticas del caso. He optado aquí por tal sistema para mantener una unidad de pensamiento. La primera pregunta que uno se hace es de orden numérico, de colocación o ubicación del nuevo delito en el Código. ¿Por qué el artículo 259 "Bis"? quiere decir dos veces, duplicado, repetido. ¿Por qué no se incluyó en el Título Décimoquinto que atañe a los delitos sexuales, hoy absurdamente llamado de -- otra manera ver nota núm 853? ¿Qué tiene que hacer el final de un capítulo, aunque ya derogado, que trataba sobre los juegos prohibidos? El legislador además, se contradice; no sigue una unidad ideológica ni atiende a los principios fundamentales de la doctrina. ¿Por qué se refiere a "fines lascivos", cuando acaba de quitar lo de "intención lasciva" de los atentados al pudor? Ya nos hemos -- ocupado en diversa nota de la enorme dificultad de definir aquello de "intención lasciva" (da lo mismo, para el caso, "fines lascivos"). Si de por sí esta absurda figura de -- hostigamiento sexual es de suyo completa y enredada, más -- lo es al meterle elementos de naturaleza tan confusa. -- Ahora bien, después de una atenta lectura del nuevo artículo resulta que nada más se puede hostigar si hay una relación de subordinación entre el sujeto activo y el pasivo. ¿Esto significa que el legislador sólo ha querido proteger a la mujer subordinada y no a otra? ¿Por qué esta -

segregación o diferencia? La verdad es que cualquier mujer, subordinada o no, puede ser hostigada. Claro, el legislador considera como sujeto pasivo a persona de cualquier sexo; pero el fondo, y de acuerdo con los testimonios de las sesiones en la Cámara de Diputados, dizque se trató de defender a la mujer de las agresiones sexuales de los hombres (olvidando que en la vida moderna son muchas las mujeres que en este sentido agreden a los varones).

"Pero hay que ir a una crítica vertical y a fondo de este nuevo tipo. Objetivamente hablando y a la primera vista se puede tratar más bien de un problema estrictamente laboral el patrón que asedia (para decirlo en términos de ley) a la trabajadora doméstica, o a su empleada; o el profesor que asedia a sus alumnos. La rescisión del contrato de trabajo se hace aquí evidente, aparte de las sanciones de orden laboral sin embargo, si se quiere o --pretende que el asunto no sea laboral sino penal, he allí otros tipos penales a los cuales se puede recurrir. Si el patrón, por ejemplo, asedia hasta el grado de amenazar no hay duda que se pueden invocar las amenazas; y en algunos casos extremos también se podrían invocar las lesiones. Por otra parte, al legislador se le ha olvidado una hipótesis que no es poco frecuente en la vida real: me refiero a la del subordinado que asedia u hostiga a su supe

rior jerárquico.

"También se pregunta uno qué es en la especie asediar u hostigar. Primero hay que ver el significado de las palabras. Aquí evoco un pensamiento por demás excato de Max Weber: "Pasar las palabras es tarea central y peculiarísima del abogado". Y para pesarlas hay que estudiarlas, conocerlas, sentirlas, asediar es un sentido figurado importunar a uno sin descanso, con pretensiones (sic). No se olvide que pretensión equivale al empeño de conseguir algo. Hasta aquí, si bien se ve, no hay delito; salvo que el llamado asedio sexual se concrete con actos específicos, lo que entonces podría ser constitutivo de un delito sexual. Y hostigar, a su vez quiere decir, también en sentido figurado, perseguir, molestar a uno ya burlándose de él, ya contradiciéndolo, o de otro modo. -- Tampoco hasta aquí hay delito a la vista, así que no es muy feliz en el caso el empleo de tal palabra. Mejor -- hubiera sido, en última instancia, sólo referirse al asedio, que se ajusta de manera más conveniente a la idea -- del legislador; aunque yo no comparto dicha idea. Hay -- que observar, acerca de esto, que en la primera parte del precepto la ley se refiere al asedio y en la segunda al -- hostigamiento; identificando dos palabras de contenido -- distinto.

"La ley dice que solamente será punible el hostigamiento sexual cuando se cause un perjuicio o daño ¿Cual - puede ser en la especie tal perjuicio o daño? Si se habla de esto, de daño y de perjuicio, se está hablando de un resultado concreto; resultado que no es compatible con la figura típica de el hostigamiento, la cual sólo se reduce a importunar, a pretender, a perseguir, a burlarse - de otro. Lo que viene a demostrar que en el hostigamiento en sí no hay resultado. En otros términos, no hay cambio o peligro de cambio en el mundo exterior. De donde - resulta que dicha equívoca figura más se parece a una tentativa que a una consumación. La única verdad es que el legislador ha caído en su propia trampa, puesto que si el agente alcanza el fin lascivo se tratará de un delito --- sexual ya tipificado en el Código; si no alcanza estaremos en presencia, como ya se dijo, de una tentativa.

En suma, si estudiamos con cuidado lo que es el -- cortejo y el piropeo (creo que Eugenio D'Ors decía que es un madrigal dicho de rodillas) veremos que todo hombre -- corteja y piropea; claro, a su manera y de acuerdo con su educación y cultura ¿Y por esto es ya un delincuente en -- potencia; o algo peor, un delincuente real? Miles de piropos y de cortejos se podrían identificar con asedio y hostigamiento, según el legislador. Y en beneficio suyo, en el de legislador, he de decir que a mi juicio en todo hos

tigamiento y asedio hay un contenido de piropo y cortejo. Si no se me cree piénsese, entonces, en lo siguiente. Un hombre piropea a una mujer, y lo hace de manera insistente. Esto podría ser asedio, ¿por que no? Y si insiste y además del piropo le envía flores a su casa, y la llama - por teléfono, y la aborda en la calle o en su oficina "con pretensiones", ¿no estará a un paso de ser un delincuente? Yo no niego que la mujer deba de ser defendida, sobre todo en los países de origen latino, como el nuestro (por - la sangre española que tenemos) de algunos requerimientos groseros del hombre. Hasta allí. Y pasa defenderla no - hay por qué hacer de los galanteos, requiebros, piropos y cortejos una nueva especie de delitos. Cuando el hombre se extralimita, desde siempre, ha caído en terreno de la ley; pero advirtiéndolo que dichas extralimitaciones ya se hallan tipificadas en el Código. Se trata, en el caso, - de los delitos sexuales, de las amenazas, de las injurias, de las lesiones, etc., etc. Lo que pasa es que el legislador importó, según una malsana costumbre, figuras penales. Esta del hostigamiento sexual es de factura anglosajona, que no va de acuerdo con nuestra idiosincracia.

Para concluir, el Derecho no debe penetrar en ciertas zonas de la vida de las personas. Al tratar estos temas en la facultad de Derecho de la Universidad yo concluí una conferencia con las siguientes palabras. "Dejemos

en paz al hombre y a la mujer en su órbita de relaciones ya de suyo harto complejas. Todos somos, de alguna manera y forma, asediados y hostigados; todos, igualmente, - hostigados y asediados. Es la vida, con sus trampas y - espejismos". (3)

Por cuanto se refiere al análisis del delito de - hostigamiento sexual, consideramos que el legislador tuvo un indiscutible acierto al crear el tipo específico descrito por el artículo 259. Bis. del Código Penal para el Distrito Federal, toda vez que previó una serie de conductas que desafortunadamente suceden con frecuencia, no obstante pensamos que la penalidad de 40 días es francamente absurda por lo benévola, porque valda el daño moral que sufre la víctima del delito en aproximadamente - 500 mil pesos, ridículo por donde quiera que se observe.

Asimismo, es confuso el numeral mencionado, ya que habla de un daño o perjuicio, nosotros consideramos que - esta conducta siempre causará a la víctima (generalmente- mujer) daños quizá irreparables desde el punto de vista - psicológico, ahora bien, por lo que hace a los daños físicos, de sufrirlos el sujeto pasivo del delito, estaríamos hablando más bien de lesiones.

(3) Carrancá. Op. Cit. p. 641 y 642.

D.- REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo en comento, solamente será perseguible éste delito por querrela de parte ofendida, la querrela es la relación de hechos que se lleva a cabo ante el Ministerio Público por la parte ofendida quien reclama justicia. Nosotros consideramos que es un error del Legislador el hecho de que el Hostigamiento sexual sea perseguible por querrela toda vez que de acuerdo a la gravedad de los delitos que se encuadran en el rubro objeto de ésta tesis, por su gravedad y las secuelas que dejan, debería ser perseguible de oficio, no entedemos la razón por la cual algunos delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual sean -- perseguibles de oficio y otros de querrela neceria, convir--- tiéndolos a unos en delitos poco graves (hostigamiento sexual y estupro) y a otro por una penalidad mayor, como es el caso de la violación; por ello reafirmamos que el hostigamiento -- sexual debería ser de oficio su persecución, toda vez que es práctica común que las mujeres sean objeto de dicho hostiga-- miento sin razón alguna y lo muy lógico sería, que quien se -- entere de dicha situación, pueda de hacerlo del conocimiento del Ministerio Público sin ser la directamente afectada por -- el hecho delictivo, más aún tomándolo como una previsión de -- evitar actos futuros en su contra.

CAPITULO III

EL ABUSO SEXUAL .

A.- NOCION.

El artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, señala: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, efectúa en ella un acto sexual o la obligue a efectuarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

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

B.- ANALISIS LEGAL.

Veamos el análisis de este delito, efectuado por el reconocido autor, Doctor Raúl Carranca y Rivas:

"El Título Décimo Quinto, ya derogado, se denominaba así "Delitos Sexuales Capítulo I. Atentados al Pudor, Estupro, Violación". Se trataba de una denominación genérica y, por lo tanto, más amplia. Genérico, como se sabe, es común a muchas especies. Hay un principio universal de Derecho Penal que se puede leer, incluso, en el diccionario cuando éste explica lo que significa la palabra "especificar", a saber: "La Ley no especifica todos los delitos". ¿Porqué restringir, entonces, o especificar? La

nueva denominación me parece criticable. ¿De que libertad se trata? Eso de "Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", habida cuenta de la sintaxis de la oración, hace suponer que se pudiera tratar de la libertad psicosexual, cuando lo correcto, a mi juicio es hablar de la libertad sexual, y punto; ya que la libertad psíquica se da por entendida. ¿Pero qué es exactamente el normal desarrollo psicosexual, con qué parámetro se califica? Es evidente que lo que para unos es normal para otros no lo es. El asunto es muy complejo y se corre el riesgo, al querer definirlo o restringirlo, de entregarle al juez una especie de cartabón con lo que mida muy a su manera, esa normalidad. Así se llega al desahogo malsano del puritanismo o de los complejos de inferioridad. Yo creo que el legislador, en el caso, mezcla equivocadamente doctrina con ley. La teoría, en efecto, faculta al juez - lo mismo que los artículos 51 y 52 de este Código- para que indague hasta el fondo físico y psíquico causado por los atentados sexuales; lo que significa que no hay por qué meter la doctrina en el contenido de la ley.

Obsérvese, por otra parte, que al juez se le olvidó aludir a los atentados al pudor. ¿Por qué? ¿No les da importancia? ¿Cual es la razón por la que no los ha incluido en el Título Décimo Quinto? Uno de los aspectos

más criticables de esta forma, a mi ver, es el siguiente.- Se derogan los artículos 267, 268, 270 y 271 (el 269 ya -- fue derogado por la reforma de 1985), todos ellos relacionados con el rapto; y no hay otra explicación sino -- la existencia del nuevo artículo 365 Bis. Lo que pasa -- es que aquí se trata, a todas luces, de una privación de la libertad sexual. ¿Qué hace éste artículo en el Título Vigésimo-primerero del Libro Segundo, intitulado "Privación ilegal de la Libertad y de otras Garantías" ¿Sobre todo nótese que el artículo 365 se contrae a tipos del -- delito de violación de la libertad de trabajo. O sea, -- ¿se sacó este delito de privación ilegal de la libertad -- con el propósito específico de realizar un acto sexual, -- se sacó de su ámbito natural, de la libertad sexual para llevarlo al de la libertad laboral? Aquí el caos sorprende por la evidente falta de lógica legislativa. Se trata o se debería tratar de un asunto de clasificación, de sis tematización. Añádase que los artículos sobre el rapto, -- ya derogados, poco tienen que ver con la fórmula del nuevo 365 Bis; es decir, que teniendo unos y otros naturaleza distinta no había razón de fondo para derogar aquellos. Por ejemplo, el artículo 365 Bis se refiere a "realizar -- un acto sexual", algo muy distinto a la posible satisfacción de "algún deseo erótico sexual o para casarse", en -- los términos del ya suprimido artículo 267. Yo creo que -- la diferencia es evidente en la especie; y no se trata, --

de ninguna manera, de cosa de poca monta. En estas sutilezas, de fondo y forma, descansa mucho del arte de la interpretación de las normas jurídico penales, del que dependen la equidad y la justicia. Realizar un acto sexual stricto sensu es, como dice Manzini y equiparándolo con la cópula, "la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal de éste. En cambio, la posible satisfacción de "algún deseo erótico o para casarse" es otra. Los deseos eróticos sexuales no tienen siempre relación directa con la cópula. Y mucho menos privar a un individuo de su libertad para casarse con él o ella.

"Cuando el sujeto pasivo es una persona púber, debe haber expresa o tácita ausencia de consentimiento. -- Cuando se es impúber, la ley considera que en caso de existir, está viciado y no es libre, por el incompleto desarrollo moral del pasivo y que en consecuencia es inoperante, por lo que se es sujeto pasivo del delito, sea que otorgue el consentimiento o no. El sujeto pasivo es calificado: persona púber o impúber.

"El delito se consuma por la perpetración del hecho en que consiste el acto erótico-sexual. Sólo es punible cuando es consumado (ver artículo 261 Código Penal -- para el Distrito Federal), por lo que la tentativa es ---

siempre impune.

"El acto erótico-sexual es 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 sobre o en ambos sujetos, y "dirigido a excitar o a satisfacer la propia concupisencia del activo, aunque no se --llegue al completo desarrollo de la lujuria", por ejemplo, refregar el órgano sexual de la víctima con el miembro viril, hacerse tocar el miembro viril, palpar las piernas o los pechos de una mujer o introducirle los dedos en la vagina, besar aplicando labios y lengua lúbricamente, etc.-Procede la agravación de la pena si el acto erótico sexual se verifica con empleo de violencia física o compul---sión moral sobre el pasivo, según el párrafo final del artículo comentado.

"El dolo específico del delito radica en la voluntad y conciencia del agente de consumir el hecho en que -consiste el acto erótico-sexual con el propósito de excitar la propia lascivia y con exclusión del ánimo de violar (caso éste en el que habría tentativa de violación) y el de corromper, de injuriar, etcétera. Desnaturaliza este dolo específico el que el activo se proponga, de modo indirecto y mediato, la verificación del acceso carnal como

consecuencia de la excitación de su lascivia y de la del pasivo. Tal propósito configuraría tentativa de diverso delito y no el consumado de atentado al pudor; por ejemplo tentativa de estupro artículo 262 del Código Penal, de violación artículo 265 del Código Penal ., conforme al artículo 12 del Código Penal.

"Delito de lesión, doloso. Su objeto jurídico: el pudor de las personas o sea "el respeto físico de nosotros mismos", según la definición de Spencer; sentimiento que se concretiza en la honestidad y en el recato, que -- frenan en las personas su impulsos sexuales, nacientes o adultos.

"La persecución del delito es de oficio. Hubiera sido procedente que lo fuera de querrela necesaria, por la publicidad connatural a procesos de esta especie, lo que puede dañar para siempre la reputación de una mujer.

"El texto derogado decía a la letra: "Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos". Y en su segunda parte: "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".

"A mi me parece absurdo que se hayan quitado los elementos calificativos del sujeto pasivo; a saber; "púb-ber o "impúb-ber"; porque ellos definían con toda claridad la naturaleza de tal sujeto. No es lo mismo, evidentemente, la falta de consentimiento en una persona púb-ber que el consentimiento en una impúb-ber. ¿Por qué lo ha suprimido el legislador? Ahora el juez, frente al vacío de la ley, deberá reflexionar en dichas circunstancias. Por otra parte yo entiendo que la pretensión de la intención-lasciva es algo muy difícil de probar, aparte de que la lasciva es consubstancial al acto sexual de que se habla. La primera acepción de la palabra lasciva es la de propensión a los deleites carnales; que evidentemente se halla inmersa en el acto sexual de la especie; lo que significa que es un contrasentido sancionar determinado acto carnal ejecutado con intención lasciva. Luego vienen otras acepciones una anticuada que tiene que ver con el apetito inmoderado de una cosa y otra que es sinónima y afin de la lujuria, de la impudicia, de la deshonestidad, ¿A cual acepción se ha referido el legislador del nuevo texto de ley? Lo lógico a mi juicio es suponer que a la primera. Añádase que la palabra lasciva se identifica en su sentido con la sensualidad, por lo que es de preguntarse si el

acto sexual de la especie puede ser ajeno a la sensualidad.

"En el texto derogado se habla de "sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula", lo que en el nuevo se suprime. Me parece un desacierto porque la ausencia de aquel propósito directo e inmediato desnaturaliza que el activo se proponga el acceso carnal, como consecuencia de la excitación de su libido y de la del pasivo. En otros términos esto último, configuraría tentativa de diverso delito y no el consumado de atentado al pudor. Lo cierto es que en la ejecución del acto sexual a que se --- contrae el nuevo artículo 260 hay, quiérase o no, y por --- lógico mandato de la naturaleza, un propósito, ni importa que diluido o nebuloso; de llegar a la cópula en virtud de lo cual es tan necesario que dicho propósito sea calificado típicamente de "directo e inmediato".

Pocas cosas hay tan sagradas como la libertad del -- individuo, de la que es parte preciosa la libertad sexual. Uno se pregunta, al respecto, si ante la ola creciente --- de atentados sexuales basta y sobra con la penalidad de la nueva ley. Desde luego se aumentó la pena en realación -- con el texto derogado, pero en forma tan reducida que se si que alcanzando el beneficio de la libertad bajo caución. --- ¿Cual fue, entonces, el motivo substancial de la reforma? Desde luego no creemos que las sanciones severas lo --

resuelvan todo. No obstante, y habida cuenta del ascenso en los delitos sexuales, hubiese sido conveniente que no se alcanzara la libertad caucional.

"En lo que concierne al artículo 260 se ha suprimido, afortunadamente, aquello de "intención lasciva" que se puso apenas en la reforma de enero de 89.

"Se trata, como se ve (escribo estas líneas en marzo de 1991), de hacer rehacer, de enmendar y remendar, de mover a veces sin ton ni son la enorme maquinaria - --- constitucional del Poder Legislativo; obedeciendo, sospecha uno, a fluctuaciones caprichosas del momento. Siendo que lo peor, ya lo observaba en su época Dorado Montero, es la moda legislativa que jamás atiende al fondo de la norma jurídico cultural. V la nota 857 en que hago una crítica de aquello de "intención lasciva", pero hay asuntos de fuste a los que no suele atender el legislador. -- Yo me pregunto si en el caso del artículo 260 no estamos en presencia de una violación en grado de tentativa. Me parece que si alguien, sin el consentimiento de un tercero y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecuta en este un acto sexual o bien lo obliga a ejecutarlo, ha realizado así actos encaminados inmediata y directamente a la realización de un delito que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente (me acojo aquí a la fór-

mula original de la tentativa en el Código del 31, pasando por alto la absurda reforma del 85 al artículo 12; v. nota núm. 40a a dicho artículo 12). Todo indica, por lo menos en principio que se trata de una violación en grado de tentativa; ¿porque cómo averiguar si hubo o no propósito de llegar a la cópula? (yo corregiría esta deficiencia típica del vigente artículo 260). Esto me parece un contrasentido, pero aparte de que el legislador condiciona el tipo a la falta de propósito para llegar a la cópula - (repito, ¿como saberlo?) señala al mismo tiempo que el sujeto activo ejecuta en el pasivo un acto sexual. Y esto es tentativa, aunque mal explicada o peor legislada."

"Por último, y como alguien ya ha observado con su til inteligencia, hay una clara contradicción o anomalía entre la primera parte final del artículo que se comenta. En efecto, si el agente ejecuta en su víctima un acto sexual, sin el consentimiento de éste u obligándola a ejecutarlo, es claro que hizo uso de la violencia. ¿Por qué el legislador hace especial mención de la violencia en la parte final, como si ella no se diera también en la parte primera?

Pero volviendo al punto antes tratado, y habida cuenta de una defectuosa descripción típica, yo no consideraría irracional al agente del Ministerio Público o al-

juez que frente al artículo 260 optará, como ya lo tengo dicho, por invocar el dispositivo modificador del tipo de la tentativa sosteniendo que el sujeto activo quería violar o estuprar. Y esto último en virtud de que el engaño en el estupro es sin duda una forma o manifestación de la llamada violencia moral" (1)

El delito de abuso sexual, contiene en su descripción típica garrafales errores de técnica legislativa, -- pues se contradice gravemente, ya que no se puede llevar a cabo el acto sexual sin cópula y en dicho artículo (260 del Código Penal para el Distrito Federal) se habla de "la -- ejecución de un acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula", en el párrafo citado, existe una seria aberración lógico-jurídica; ya que muy a pesar de que no aceptamos -- más que la cópula, como acto de un hombre y una mujer, suponiendo sin conceder, que pudiese hablarse de cópula hombre a hombre, mujer a mujer, antes de que se efectúe el acto sexual, ya hay en principio una cópula.

C.- REQUISITO PARA PROCEDER.

De acuerdo al texto del Código Penal para el Distrito Federal éste delito es perseguible de oficio situación que -- consideramos muy lógica tomando en cuenta que efectivamente del abuso sexual han hecho práctica común las gentes que se

(1) Carrancá. Op. Cit. P. 643 a 648.

dedican a afectar comunmente a mujeres sin recato alguno, por ello sostenemos que la penalidad impuesta a éstos individuos es muy benévola pues tiene la posibilidad de obtener la libertad bajo fianza y ello es criticable ya que no debe tener penalidad tan baja por ser un delito muy grave que atenta contra la mujer y le deja secuelas muy delicadas y de efectos permanentes.

CAPITULO IV

ESTUPRO .

A.- DEFINICION.

El diccionario para jurista, nos ofrece esta definición de estupro.

"Acceso carnal del hombre con una doncella logrado con engaño o abuso de confianza (se aplica también, por equiparación legal, a algunos casos de incesto). Se decía también del coito con soltera núbil o con una viuda, logrado sin su libre consentimiento". (1)

El Diccionario Jurídico Mexicano, conceptúa de esta manera al estupro: "Es el acto ilícito con doncella o viuda; deshonestidad, trato torpe, lujuria, torpeza, deshonra; adulterio, incesto, atentado contra el pudor, violencia, acción de corromper, seducción. El vocablo estupro, equivale a estuprar violar por la fuerza a una doncella, quitarle su honor; contaminar, corromper, echar a perder". (2)

En la actualidad, el artículo 262 del Código Penal-

(1).- Diccionario para Juristas mayo México 1931, 1a. Edición. pág. 561.

(2).- Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial UNAM. México 1985. pág. 126.

para el Distrito Federal prevé lo siguiente: "Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.

El alcance de delimitación del concepto estupro, - con independencia de su origen etimológico ha tenido varia ción, pues a través del tiempo se ha reducido el acceso carnal del hombre con una mujer, logrando con abuso de -- confianza o engaño o bien, como dice Francisco Carrara es el conocimiento carnal entre una mujer honesta mediante - seducción y sin mediar violencia.

El artículo de mérito fue reformado en su penali-- dad, en virtud de que antes ésta, era de un mes a tres -- años de prisión

El artículo 262 del Código Penal para el Distrito- Federal, dispone:

"Al que tenga cópula con persona de doce años y me nor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio- de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de- prisión".

Hasta antes de la reforma objeto de este trabajo,-

la definición que daba el Código Penal de referencia, hablaba de la seducción o engaño.

Si originalmente el estupro tuvo una amplitud tal que podríamos afirmar abarcaba cualquier delito de los que hoy se relacionan con la libertad o inmadurez de juicio en lo sexual, hoy en día se alude a otro aspecto que le otorga un sentido más crítico. Se requiere en su regulación que la mujer (pasivo) sea honesta y que el medio sea la seducción o engaño; la honestidad pertenece a la esencia del hecho y a la calidad de la víctima, pues desde el momento en que la desfloración no es elemento indispensable del estupro, la honestidad viene a reemplazar dicha característica, porque podría acontecer que la simple fornicación se confundiera con el estupro". (3)

A virtud de la reducción que se ha hecho del vocablo, es importante distinguir entre estupro, adulterio, incesto y violación. El estupro se produce cuando hay cópula con mujer honesta mediante la seducción o engaño - total de violencia) y, además, la edad de la propia mujer y sus condiciones físicas e intelectuales no le permiten discernir la trascendencia que tiene el aceptar el acceso carnal al estar de por medio las falsas promesas. En el-

(3).- Porte Petit, Celestino. Op. Cit. p. 12.

adulterio es indispensable que, por lo menos, uno de los protagonistas de dicho ilícito sea casado y, además, que la cópula se lleve a cabo con libre decisión de los agentes del mismo sin que, obviamente, exista violencia. El incesto, es la realización de la cópula de manera espontánea entre parientes cercanos como ascendientes y descendientes, hermanos, suegros y yernos o nueras.. La violación implica el acceso carnal mediante la violencia física o moral o que la víctima, por su edad, estado físico o mental, no pueda producirse voluntariamente para decidir sobre la realización de la cópula o no esté en posibilidad de resistir el propósito del activo en dicho sentido.

"Al observar diversas legislaciones en torno al es tupro, advertimos que el Código Penal de Paraguay, señala como requisitos de este libro penal, la simulación de un casamiento válido, o el abuso de facilidades ocasionales o familiares, o que por medio de maquinaciones dolosas ca paces de sorprender la buena fe, consigue el goce sexual del matrimonio de una mujer virgen menor de dieciséis --- años de edad.

"El Código Penal Español, señala como edad de la - mujer con respecto a la cual se puede producir este delito, la que va de los 12 a los 23 años. Asimismo, este or denamiento comprende tres clases de estupro: el doméstico

cuando el agente del delito es funcionario público, sacerdote, maestro, tutor, encargado de cualquier título relacionado con la educación de guarda de la estuprada, criado doméstico, etc.; el incestuoso, que es el cometido con hermana o descendiente, el simple, que es efectuado por cualquier agente siempre que se satisfagan los requisitos típicos para este efecto.

Francisco González de la Vega, nos da el concepto de lo que él considera debe entenderse por estupro: conjunción sexual natural, obteniendo sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligadas por el matrimonio y de conducta sexual honesta. (4)

Celestino Porte Petit, entiende el estupro como la cópula normal, consentida, en mujer menor de dieciocho años y no menor de doce, sin madurez de juicio en lo sexual. (5)

"Al atender a su aspecto evolutivo y a diferentes legislaciones, vemos que en el derecho romano, el estupro era el acceso carnal de un hombre sin usar violencia con -

(4).- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1970. 10a. Edición. p.353
 (5).- Porte Petit, Celestino, Ensayo Dogmático sobre el delito de estupro. Editorial Jurídica, Mexicana, México - 1972.2a. Edición. p. 10.

mujer doncella o viuda de buena fama. En el derecho canónico. el estupro es el concubito entre soltero y soltera virgen, o viuda honrada, sea voluntario o forzoso. La ley de Leovigildo, de los visigodos, establecía que si el esturpador era hombre libre, se volvería esclavo de la víctima; si el agente era esclavo se le quemaba en el fuego. En la antigua legislación de Inglaterra, el estupro se castigaba con la pena de muerte, cambiándose después por castración y pérdida de ambos ojos.

En la legislación italiana, no se hace distinción de sexo con respecto al pasivo del estupro; pero la brasileña, que se refiere específicamente a la mujer como víctima, introduce como requisito que el acceso carnal sea mediante la violación, lo que significa estar frente al delito de violación en el derecho penal mexicano". (6)

B.-ELEMENTOS ESTRUCTURALES.

La cópula que significa atadura, ligamento, nexo unión, etc. se refiere al concubito o coito. En sí mismo, el concubito o coito. En sí mismo, el concepto no ofrece problemas; pero la inquietud de los especialistas es si exclusivamente la normal (por vía vaginal) se contiene en este tipo penal, o si es admisible también la anormal o --

(6).- González de la Vega, Francisco. Op. cit, p. 360.

contra natura: la mayoría se inclina por desechar esta --
última, argumentando que la mujer que acepta esta rela--
ción anormal carece de castidad y honestidad, y por ende,
jamás se colmará el estupro.

La seducción se manifiesta mediante la conducta --
desplegada por el agente dirigida a persuadir al pasivo -
para que acceda a realizar la cópula.

El engaño es la maniobra que se produce con el pro-
pósito de que se haga aparecer como cierto lo que no es; -
obrar que, en el caso concreto, tiende por fin lograr la -
pretensión erótica.

El bien jurídico que justifica el tipo penal a estu
dio, es la integridad sexual o inmadurez de juicio en lo -
sexual que se presume le asiste a quienes tienen menos de-
dieciocho años de edad, aun cuando no hay uniformidad en -
los diferentes códigos penales, pues así como en España se
habla de veintitres años, hay otros ordenamientos penales en
nuestro país, de cuño reciente como los de Guanajuato (1978)
Quintana Roo (1979) y Veracruz (1980), que señalan una edad
máxima para la víctima de este delito de dieciséis años. -
El mínimo en la mayoría de los Códigos Penales de la Repú--
blica es de 12 años de edad; pero los ordenamientos relati-

vos a los Estados de México, Veracruz y Nuevo León (este-
de 1931), señalan un mínimo de edad de catorce años.

La persecución de estupro en el Código Penal es por
querrela de parte, por ende opera el perdón.

C.- ANALISIS JURIDICO .

Lo siguiente, es la panorámica ofrecida por el Dr.-
Radl Carrancá y Rivas sobre el delito de estupro:

"Este tipo de ninguna manera supera al anterior, ya
de por sí diferente, además de que pasa por alto problemas
de fondo. Yo entiendo que la intromisión de un nuevo con-
cepto como el de "persona que no tenga la capacidad de com-
prender el significado de hecho," ya se encontraba insito-
en el de persona que "por cualquier causa" no pueda resis-
tir la agresión sexual de la especie. No obstante, hay al-
go más serio. Persiste la contradicción, a mi juicio de -
forma y fondo, entre la persona primera y la parte segunda
del precepto estudiado. En efecto, igual que en el caso -
del artículo 260, es evidente el uso de la violencia, ya -
sea física o moral, si el agente agrede sexualmente a otro
que por cualquier causa no puede resistir la agresión, o -
bien lo obliga a ejecutar un acto sexual; por lo que resul-
ta que hay un contrasentido en la parte final del artículo
que se critica cuando prescribe pena mayor" si se hiciere-
uso de la violencia física o moral". Esto aparte de que en

términos similares a los del artículo 260 se puede tratar, también aquí de una violación en grado de tentativa.

"Ahora, en lo que corresponde al estupro, me parece mucho más grave el error del legislador al suprimir el concepto de seducción. Para tratar de explicar con mayor -- amplitud esta idea, que trabajo en las notas anteriormente citadas, someto a la consideración de nuestros lectores el siguiente razonamiento. En primer lugar, ya sabe que es -- de explorada jurisprudencia identificar el engaño con la -- falsa promesa de matrimonio; sin que se olvide, por supues -- to, que en la ontología jurídico penal si se me permite el término-ocupan el mismo rango, como elementos normativos -- del tipo-o lo ocupaban- la seducción y el engaño, aunque-- siendo de naturaleza distinta. Pero en virtud de que el -- engaño se interpreta con un dato objetivo, a saber, la fal -- sa promesa de matrimonio, la seducción queda o quedaba --- allí como un elemento de importante fuerza intrínseca, sub -- jetiva. Quiero decir, para probar la complejidad de la -- seducción, que se le puede confundir con la inducción, o -- si prefiera, con el hecho de inducir, . Inducir es, como -- se sabe, instigar, persuadir, mover a uno. En otras pala -- bras es ocasionar, causar, Bien, pero si se recuerda que -- seducir es engañar con arte y maña, persuadir suavemente -- al mal cautivar el ánimo, se verá la diferencia, aunque -- pueda ser sutil, entre la seducción, y la inducción. ----

¿Qué es lo que hizo Don Miguel de Mañara, cuya vida licenciosa y posterior conversión al catolicismo lo han identificado con el Don Juan de Tirso de Molina?. ¿Seducía o inducía a sus víctimas? Yo pienso que, por lo menos en muchos casos, las inducía, las movía hacia él, pero sin emplear el arte y maña de la seducción. Lo que pasa es que posiblemente el legislador, no ha sabido ver la diferencia, de una sutileza muy especial entre ambos elementos normativos, cayendo entonces en la trampa que a mi ver demuestra insensibilidad en el análisis lógico de confundir la seducción con el engaño sobre todo con el engaño que equivale a la falsa promesa de matrimonio; y optando en consecuencia, por dejar en la nueva reforma nada más el elemento normativo del engaño, pero sin distinguir que en la seducción la normatividad es mucho más de fondo que en el simple engaño identificable con la falsa promesa de matrimonio. ¡Que lástima que el legislador o el autor de la reforma, no haya tenido la suficiente sensibilidad en la inteligencia, que allí también se la tiene, para apreciar dicho elemento cultural -el de la seducción- de honda trayectoria en el ánimo de los sucesores de Don Miguel de Mañara.

"Y he de agregar esto. Con el nuevo tipo penal imperfecto del artículo 262, que prescinde de uno de los elementos normativos fundamentales, el medio operatorio se re

duce al engaño, nada más al engaño objetivo, a la falacia, abandonando otros aspectos de la conducta que lo diga o no la ley harán acto de presencia por impostergable imperativo de la naturaleza humana y en especial, de aquella del Don Juan tan dado a las delicadezas y minucias del alma, - que con harta frecuencia ignora el legislador o el reformador que pretende constreñir una conducta rica, riquísima - en matices, al cause raquitico de una ley rígida y sin verdadera resonancia.

"Pero algo más. La ley derogada decía "seducción o engaño", poniendo entre ambos elementos normativos del tipo, como se ve, la conjunción disyuntiva "o"; lo que significa que si no darse el uno se podía dar el otro. Había - allí en realidad, dos posibilidades. Hoy el texto vigente sólo se reduce a una; es decir, que si no hay engaño, y -- aunque el sujeto activo haya empleado la seducción, no se le podrá considerar culpable. En otros términos, su conducta no será típica incluso en el caso en que de hecho hubiese violado la menor; salvo que se pretenda incrustar el concepto de la seducción en el elemento normativo del engaño, lo que a todas luces es un absurdo mayúsculo.

Ahora bien, hasta en la zona de otros meridianos del espíritu, como el anglosajón o el europeo nórdico, la seducción es un elemento integral en la conducta tanto del estu-

prador como del violador, ya que quien estupra viola en rigor a un menor de edad. ¿No acaso Kierkegaard, en su noble Diario de un seductor incluye precisamente la seducción en las maniobras del conquistador de mujeres? Y en lo que toca a lo nuestro, o sea a la cultura que nos pertenece, no el teatro de Calderón cuando de burladores de mujeres se trata, incluye igualmente la seducción? Y no lo hace Cervantes? ¿Y Lope de Vega, incomparable conocedor del alma humana, no penetra en esos rincones de la conciencia en que la seducción anida? Y así se puede --- ofrecer muchos ejemplos más Don Ramón del Valle Inclán, - en sus Sonatas, hace lo mismo; ¡Que duda cabe, el Marqués de Bradomín, si se me permite el término es un espléndido seductor! Por cierto, Azorín y Gregorio Mañón, que estudian la personalidad del Don Juan, llegan a idéntica conclusión. Pero esto no lo comprenden a quienes se encasillan en una dogmática rígida, helada, que traiciona al humanismo jurídico y se vuelve suma de incultura por más--- técnica que pregone" (7)

"¡Han hecho pedazos la tradición normativa y cultural del artículo 262: En una absurda reforma, que se remonta al año del 85, le quitaron el elemento normativo de-

(7).- Carrancá. Op.Cit. p. 655.

la seducción. Ahora suprimen los elementos normativos, de valoración cultural a cargo del juez, de la castidad y de la honestidad. ¡Que bien se ve que este texto fue reformado por algunos legisladores con enormes prejuicios morales y sexuales o, mejor dicho, amorales y de sexualidad torcida! Si ya quitarle la seducción fue un verdadero atentado al tipo penal, ahora dicho atentado se confirma y agrava con una barbaridad aún mayor.

"Pero la imaginación del legislador no tiene límites, sobre todo cuando desconoce los fundamentos del Derecho Penal. En el texto original del Código del 31 el sujeto pasivo lo era la mujer. Hoy la nueva ley se refiere -- exclusivamente a una persona. De golpe se ha querido desprender el nuevo tipo de su tradición milenaria. El estupro, en Derecho, siempre ha sido el acceso carnal del hombre con una doncella, logrado con abuso de confianza o engaño-abuso que se ha identificado, y para mejorar el concepto, con la seducción-. También se han entendido como estupro, sobre todo en la legislación española y por equiparación legal, algunos casos de incesto. Por extensión, así mismo, se ha visto como estupro el coito con soltera -ndbil o con viuda, pero logrado sin libre consentimiento de una y otra. En rigor esta interpretación extensiva, no muy clara, se ha atendido exclusivamente a un sujeto pasivo calificado más allá del requisito de ser mujer; sin mirar-

más a fondo de las circunstancias del hecho y de la culpabilidad. La tradición jurídica española, recogiendo las ideas precedentes, entiende por estupro stricto sensu, y, prescindiendo de la calificación del sujeto pasivo en los términos arriba indicados, al acceso carnal con una doncella, conseguido por la seducción; no obstante, en la mayoría de los casos no se exige el requisito de la doncellez, bastando con que la estuprada tenga buena fama, sea soltera o viuda. Pero eso sí, que sea mujer.

En suma, ¿de dónde se ha sacado el desatino de que un hombre puede también ser estuprado?" (8)

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

(8).- Carrancá. Op. Cit. p. 655 y 656.

la mujer soltera o viuda la castidad existe cuando hay -- abstinencia de acceso carnal con varón o de prácticas erog ticosexuales con varón o con mujer.

"El elemento "castidad" es normativo, de valoración cultural, y por ello corresponde al juez apreciarlo, en -- uso de su facultad de intrerpretación. Califica al sujeto pasivo y la prueba de que ésta es una persona casta opera- juris tantum en su favor por presunción humana, como se -- presume que una persona no es digna de fe si ello no se -- probare; porque lo que requiere una prueba articulada por los medios legales es que en la especie la persona no es -- casta.

"Desde el punto de vista sexual la honestidad es el recato o moderación en la conducta que se lleva con personas del sexo distinto. El signo externo con que se la dis tingue lo constituyen las palabras, ademanes y gestos, afi- ciones y costumbres sociales, afinidades y simpatías, etc., todo lo cual es valorado socialmente a través de un concepto público. Mientras la castidad atiende al ser, la hones tidad al parecer. Por ello mismo constituye también un -- elemento normativo de valoración cultural, que está caracterizado por su extremo relativismo como que lo que bien -- parece en un cierto medio cultural no lo parece en otro. -- Al juez corresponde la valoración de este elemento." (9) -

(9)..- Carrancá. Op. Cit. p. 656.

Para Marcela Martínez Roaro, la inexperiencia no es desconocimiento de los hechos, tampoco acepta que el objeto jurídico protegido por el estupro, sea la seguridad sexual de la mujer inexperta, pues de ser así; la protección no debería tener límite en la edad del sujeto pasivo, sino incluir a todas las mujeres inexpertas, ya que tal calidad no es exclusiva de las menores de dieciocho años. Igualmente la aludida autora propone la derogación de los artículos 262 al 264 del Código Penal para el Distrito Federal . (10)

(10).- Cfr. Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. -- Editorial Porrúa. México 1975. 1a. Edición, págs. -- 188-189.

CAPITULO V

LA VIOLACION

Este ilícito es el que en nuestra opinión, no ha sido manejado adecuadamente por el legislador, lo que explicaremos oportunamente en el presente capítulo.

A.- CONCEPTO.

Rafael de Pina, en su Diccionario de Derecho, define el delito de violación como el acceso carnal obtenido por la violencia física o moral con persona de cualquier sexo y sin su voluntad. (1)

Mariano Jiménez, sostiene que comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cualquiera su sexo. (2)

Sebastian Soler señala que el delito de violación es el acceso carnal de uno y otro sexo ejecutado mediante la violencia real o presunta. (3)

Celestino Porte Petit afirma que el delito de violación es la cópula realizada por persona de cualquier sexo,

- (1).- De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, México, 1981, pág. 372.
- (2).- Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo - III. Editorial Porrúa. México, 1932, pág. 250.
- (3).- Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. 1a. Reimpresión. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. 1951. pág. 342.

por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva. (4)

B.-Evolución histórica del delito de violación.

"La historia nos marca el precedente jurídico que ha venido teniendo el ilícito de violación, en cada uno de los tiempos, etapas y lugares, que a continuación indicaremos:

EGIPTO

En este lugar se castigaba al violador, imponiéndole la pena de muerte o multa, esto variaba si la mujer era viuda, o casada.

CODIGO DE MANU

El presente cuerpo legal, sancionaba al violador -- con pena corporal siempre y cuando la mujer fuera de su -- clase social, ni diera su consentimiento, pues en caso con trario, no se castigaba al violador.

GRECIA

Aquí al sujeto activo se sancionaba, con el pago de una multa y la obligación de casarse con la víctima si és-

(4) Porte Petit Celestino Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Editorial Regina, México. 1973, pág. 12.

ta manifestaba su consentimiento, en caso contrario se le condenaba a muerte al violador.

LEY DE LOS SAJONES

Este ordenamiento jurídico, sancionaba al individuo que cometiera el delito de violación, con una multa, -- misma que era disminuida si concebía la víctima." (5)

EDICTO DE TEODORICO

El dispositivo legal en cuestión, imponía la obligación al violador de contraer matrimonio con la mujer -- violada y si era noble debería entregarle la mitad de sus riquezas.

INGLATERRA

En este lugar, Guillermo el conquistador, impuso -- para el delito de violación, la pena de castración, para -- el que incurriera en dicho ilícito. (6)

ESPAÑA

Primeramente encontramos que en el Fuero Juzgo, --

(5) González Blanco Alberto. "Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano". Editorial Porrúa México 1974. pág. 136

(6) González Blanco, Alberto. Op. cit. pág. 137.

se trata a la violación en el libro Tercero, Título Segundo y establece en su primera ley, que si la mujer perdió - su virginidad aquél que la violó, no debe casarse con ella recibiendo en castigo cien azotes delante de todo el pueblo y era dado por siervo al padre de la víctima.

En la Ley Segunda, se castigaba con pena de muerte al que cometiera el delito de violación y a la víctima de éste, en el caso de que llegara a casarse.

En la Ley Tercera, se castigaba al violador cuando la víctima se hallaba comprometida en matrimonio o era casada, a ser siervo del prometido o esposo.

En la Ley Quinta, se condenaba al forzador de una mujer casada con pena de tormento y pérdida de bienes que debían pasar por mitad a la víctima y a su esposo.

En la Ley Octava, se castigaba con pena de decapitación al siervo que violaba a una mujer libre.

Por otra parte, el fuero en su libro Cuarto, Título Décimo, Leyes Primera, Segunda y Cuarta castigaba con la pena de muerte a la violación de mujer soltera, y la cometida por varios individuos con una mujer, cualquiera que fuera su condición, clase y religión que profesara. -

En el caso de ser varios los que raptasen a la mujer, --- siendo solamente uno el que cometiera la violación, los demás debían pagar una multa, la mitad para el Rey y la mitad para la mujer violada.

Asimismo encontramos que en las leyes de las partidas, en su Título Veinte, de la Partida Séptima, trata de la violación, y dice la ley primera que el que fuerza a una mujer virgen, casada, religiosa o viuda, que viva honestamente en su casa, comete un error muy grande por dos razones:

- a).- Por que la fuerza es hecha sobre la persona que vive honestamente.
- b).- Es que fuerzan una grande deshonra, así pues que conforme a derecho, deben ser escarmentados los que hacen fuerza de las cosas ajenas y más escarmiento deben recibir los que fuerzan a las personas.

En la Ley Segunda, se preceptúa que la acusación -- por esta clase de delitos puede ser hecha por los parientes de la víctima y si ellos no la quisieran hacer puede -- hacerlo cualquiera del pueblo ante el juzgado del lugar -- donde fue hecha la fuerza, así también puede acusar a los-

que ayudaron.

La Tercera Ley señala la penalidad para el delito de violación y dice que robando un hombre a una mujer de buena fama, virgen o casada o yéndose con alguna de ellas por la fuerza, además de pasar todos los bienes del violador a la mujer que forzó, puede la víctima si lo desea, - casarse con el que la robó o forzó, no habiendo marido, - si la robada o forzada fuera religiosa, entonces todos -- los bienes del forzador deberían pasar al monasterio de -- donde la sacó. (7)

MEXICO

Como antecedente histórico, diremos como conceptuaban, al delito de violación los siguientes ordenamientos:

a).- El Código Penal de 1871 establecía:

Artículo 795.- Comete el delito de violación el -- que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta sea cual fuere el sexo.

(7).- Porte Petit, Celestino. Op. Cit. p. 14.

b).- El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, de 1929 establecía:

"Artículo 860.- Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo".

c).- El Código Penal para el Distrito Federal de 1931 definía:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos, si la persona ofendida, fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos.

d).- Por decreto de fecha 30 de diciembre de 1938, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, y que entró en vigor a los 90 días de su publicación, fue reformando dicho artículo, para quedar como sigue:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años. - Si la persona ofendida fuere impúber la pena de prisión será de seis a diez años.

C.- ANALISIS JURIDICO.

Clasificación del Delito de Violación.

En el presente capítulo, indicaremos la ubicación que guarda el delito objeto de nuestro estudio, conforme a los elementos que los integran, con la finalidad de poder estar en aptitud de situar a este delito dentro del contexto jurídico social al cual pertenece por sus especialísimas características.

La conducta en la violación.

La conducta gramaticalmente significa comportamiento. (8)

El maestro Fernando Castellanos Tena, en su trascendente obra, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, indica que la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito y -

(8).-Laurousse usual, Op. Cit. pág. 76.

es lo que tiene relevancia para el Derecho Penal, toda vez que el hombre es el posible sujeto activo de las infracciones penales, en virtud de que es el único ser capaz de voluntariedad. Lo anterior carecía de aplicabilidad en épocas pretéritas se consideró a los animales como delincuentes en tres diversas etapas de la historia, el fetichismo cuando se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas, el simbolismo donde se entendía que los animales no delinquirían, pero se les castigaba para impresionar y finalmente en la tercera etapa, solamente se sanciona al propietario del animal dañoso. (9)

Evidentemente el delito de violación es de acción, en virtud de que el mismo no presenta las formas de omisión que en orden a la conducta, el delito de violación -- objeto de estudio en este trabajo recepcional, debe ser -- ubicado como un delito de acción. (10)

Asimismo podemos decir que el delito de violación es un ilícito formal, eminentemente de acción, razón por la cual ningún sujeto puede ser autor del delito de violación por omisión. Si no puede hablarse de autores del delito de violación por omisión, muy bien se puede ser res-

(9) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 1974. p. 147.

(10) González Blanco, Alberto: Delitos Sexuales. Editorial Porrúa México. 1969. 2a. Edición. p. 71.

ponsable de este delito en calidad de concurrente, por -- efecto de un comportamiento omisivo.

Igualmente se considera que el delito de viola--- ción es unisubsistente, es decir, que con la realización de un sólo acto puede consumarse, por otro lado, algunos estudiosos de la materia suponen que la violación puede consumarse por varios actos y entonces nos encontramos con un delito plurisubsistente.

La Violación y el Resultado.

En la actualidad la clasificación en delitos de peligro y delitos de lesión, tiene una muy importante trascendencia. Los delitos de lesión son los que aparecen -- con mayor frecuencia en las legislaciones penales, sur--- giendo la lesión de determinado bien jurídico por ejemplo: la muerte en el homicidio, las heridas en las lesiones, -- etc. En cambio, los delitos de peligro exigen y presupo-- nen que se hubiere puesto en peligro el bien jurídico pro-- tegido por el derecho.

Así pues, el concepto de peligro viene a ser la po-- sibilidad de conocer la presentación de un acontecimiento da-- ñoso o conflictivo determinado.

En atención a lo expuesto debemos considerar que - el delito de violación es un delito de lesión y no de peligro por lo que al realizarse la cópula de manera violenta de acuerdo a lo ya explicado, se lesiona el bien jurídico tutelado por el Derecho.

La violación y el Tipo.

Respecto al tipo, el mencionado autor Fernando Castellano Tena (11) afirma que para la existencia del delito, se requiere de una conducta o hecho humanos, más no - toda conducta o hechos humanos, son delictuosos, sino que se requiera que estos sean típicos, antijurídicos y culpables.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales -- del delito cuya ausencia impide que se configure el mismo, por ello el artículo 14 Constitucional determina que está prohibido imponer por analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata, lo que significa que no existe delito sin tipicidad.

El tipo es la creación legislativa, la descripción que hace el Estado de una conducta en los preceptos lega-

(11) Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 165.

les.

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El delito de violación en cuanto al tipo es autónomo e independiente, pues tiene vida propia, toda vez que no se deriva de ningún otro, no se ubica en la integración de otro delito.

El bien jurídico debe ser entendido como aquel valor protegido y reconocido por el derecho, en la violación es el derecho que al ser humano le corresponde de copular con la persona que libremente elija y abstenerse de hacerlo con quien no sea de su gusto o agrado.

En este delito el bien protegido por la ley es fundamentalmente la libertad sexual, por ello el atentado llevado a cabo mediante la violencia, significa el máximo ultraje que un individuo pudiese sufrir, en virtud de que el violador realiza la fornicación ya sea por medio de la fuerza material en el individuo anulando de esta manera su resistencia o bien mediante el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves, los cuales por la intimidación que producen o por evitar daños, le impiden resistir tanto en la violencia física,-

como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación en materia erótica.

ELEMENTOS FORMATIVOS DEL DELITO DE VIOLACION.

En este apartado llevaremos a efecto un somero estudio de los factores que constituyen este ilícito con el objeto de determinar la trascendencia estructural de cada uno de ellos.

Violencia física o moral.

Atendiendo a la gramática, violencia significa entre otras acepciones, fuerza intensa, impetuosa, abuso de la fuerza, coacción ejercida sobre una persona para obtener su adquiencia en un acto jurídico, en un sentido figurado significa según el pequeño Larousse Ilustrado -- (12) violación de una mujer.

(12) Pequeño Larousse, Op. Cit pág. 1066

El Diccionario de Derecho de Rafael Piña (13) indica que violencia es la acción física o moral lo suficientemente capaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce dicha acción.

La violencia física es el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo, a efecto de imponerle, la cédula en contra de su voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física ha de ser eficiente para vencer a la víctima que opone resistencia y por lo tanto debe estar en relación con su constitución anatómica.

El empleo de la fuerza material física, hace revestir al delito de un carácter muy grave por el extremo uso de la fuerza en contra de las mujeres generalmente tomadas por sorpresa.

En caso a la resistencia que es el elemento o factor objetivo de la fuerza, Francisco Carrara (14) exige -- que sea seria y constante, entendiendo por seria que exista realmente, es decir, que no sea engañosa y por constante, que se mantenga desde que se inicien los actos violentos hasta su terminación. Esta exigencia propuesta por el

(13) De Pina Rafael, Op. Cit. Pág. 483

(14) Carrara, Francisco. Programas de Derecho Criminal. -- Traducción Jorge Torres, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1958 Tomo II, págs. 254 y 255.

autor consideramos que es exagerada, toda vez que es suficiente que haya evidencias de que la víctima opuso resistencia para impedir la violación, sin que tenga que probarse que ella se mantuvo desde que se iniciaron los actos violatorios hasta la consumación.

VIOLENCIA MORAL.

Consiste en los constreñimientos psicológicos, -- hostigamiento de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores, le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido. No es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños, se refieran directamente al sujeto en el cual se pretende llevar a efecto la cópula -- por la fuerza, pues este puede intimidarse o perturbarse con la mención de que los males recaen en personas de su afecto.

También es importante señalar que el daño objeto -- de las amenazas o amagos, debe ser grave e inmediato, sea determinado por el efecto de que la probable víctima se encuentre en aptitud de valorarlo en toda su magnitud.

2.- COPULA

Entiéndese por cópula el acceso carnal, se constituye como elemento de violación siempre que esta se lleve a cabo empleando la violencia en cualquiera de sus formas.

A la cópula se le ha dado indebidamente un matiz y connotación jurídica, soslayando que es un concepto eminentemente médico, pues priva la idea de que la conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se lleve a cabo, atentos a lo anterior algunos estudiosos del derecho penal conciben que por cópula debe entenderse todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna.

Jiménez de Azua (15) sostiene que la cópula no reviste en ocasiones indicios de antijuricidad, si no se pone en relación con el medio. "El acceso carnal es una función ajena al derecho punitivo si no va acompañado de violencia".

Raúl Carrancá y Trujillo (16) considera que cópula es la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente normal de éste. Existe según el mencionado

(15) Ob. cit. 179

(16) Ob. cit. 189

autor cópula lato sensu cuando dicha introducción sea en el ano o en la boca. "No se requiere para el coito que el acto carnal alcance su perfección fisiológica, ni la desfloración de la víctima, pudiendo tratarse de una introducción incompleta".

Mariano Jiménez Huerta (17) sostiene que por cópula debe entenderse como la unión de dos cuernos humanos pertenecientes a personas vivas.

Dicha unión deberá rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno, requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad bucal, anal y la natural, vaginal.

Cópula gramaticalmente tiene una acepción mucho más amplia, que permite proyectarla tanto sobre el varón, como sobre la mujer, pues no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser quien penetre al sujeto pasivo, toda vez que tal como lo estableceremos en su oportunidad, también es posible (aunque sea en menor grado) la violación de una mujer a un hombre.

González de la Vega (18) piensa que "fisiológicamen

(17) Ob. cit. 201

(18) González de la Vega, Op. cit. páa. 321.

te tanto existe actividad sexual en los actos contra natura como en los normales".

Continúa el importante autor (19) concluyendo en que su acepción erótica general, la acción de copular -- comprende los ayuntamientos sexuales normales de varón - a mujer precisamente por vía vaginal y a los anormales, sean estos homosexuales masculinos o en vasos no apropiados para fornicación natural, en el delito de violación- el elemento material còpula, en que radica la acción humana típica, consiste en cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual-normal o contranatura, con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, del referido acto y con independencia, también, de las consecuencias posteriores a la còpula.

El anterior estudio hecho por el importante autor, se deduce que por còpula debemos entender la unión de -- dos cuerpos, la cual podrá configurarse de indistinta - forma, en la que sin haber restricción para ello y siendo así la conducta de cualquier persona tendiente a unir se carnalmente con otro va a encuadrar del concepto còpula, sin importar si ésta sea quien tenga miembro viril - o lo tenga la persona con quien va a ayuntar, pues como-

(19) Ibidem.

el mencionado maestro lo señala conjunción erótica no -- implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o al modo como se opere.

4.- Sujeto Activo y Sujeto Pasivo.

En todo delito se presentan dos personas, la que actúa, que en el presente trabajo recepcional establecemos, en el delito objeto de nuestro estudio; puede ser el hombre o la mujer y el sujeto pasivo quien es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido, el ofendido es la persona, que reciente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes, tal hecho ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

SUJETO ACTIVO.

Como se sabe, la mayor parte de sujetos activos del delito de violación, son hombres, aunque en el presente -- trabajo deseo indicar que también puede ser una mujer ---- quien actúa en este especial delito, más aún en la época-- actual en la que las mujeres (aun siendo afortunadamente -

muy contadas) suelen perder con mucha facilidad el pudor y por esa razón si es posible que puedan intervenir activamente en el delito de violación, lo cual me motivó a - elaborar entre otras razones esta tesis.

Casi existe unanimidad respecto a la idea de que - el hombre es el sujeto activo en la violación, dada su - conformación orgánica.

Sebastián Soler (20) sostiene que si el acceso car - nal quiere decir entrada o penetración, la mujer está im - posibilidadada para ser sujeto activo en el delito de viola - ción.

Alberto González Blanco (21) manifiesta que el ele - mento nuclear de la acción descrita en la Ley, es tener - cópula y tener cópula es una conducta activa y que como - la cópula consiste en la introducción del órgano sexual - en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de quien puede llevar a cabo la iniciativa en la cópula es - el hombre quien únicamente en su anatomía, dispone de un órgano capaz de introducirlo en el cuerpo ajeno.

(20) Soler Sebastián, Op. cit. pág. 344

(21) González Blanco. Op. cit. pág. 285

SUJETO PASIVO

A diferencia del delito de estupro en el cual la acción debe recaer en la mujer casta y honesta, menor de dieciocho años, en la violación el sujeto pasivo puede ser cualquier persona de acuerdo a lo descrito en el artículo 265 del Ordenamiento jurídico aludido.

En cuanto a la edad o desarrollo fisiológico, estado civil y conducta anterior del sujeto pasivo no existe ninguna limitación, de tal suerte que las condiciones del sujeto pasivo son indiferentes para la integración del tipo, varones, o mujeres, casado, casada, virgen, soltera, soltero, jóvenes o adulto, de vida sexual deshonesto o impúdica, a reserva de reconocer que las anteriores circunstancias servirán para la individualización de la pena de acuerdo con los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

A continuación, ofrecemos el concepto jurídico que el Código Penal para el Distrito Federal, proporciona respecto al delito de violación, en los siguientes términos.

Artículo 265: Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Estos son los comentarios que hace el maestro Carrancá y Rivas, respecto a la violación.

"El sujeto pasivo del delito puede serlo cualquiera sin distinción de sexo, Si es mujer puede estar desflorada o no estarlo, ser casada o soltera, de buena fama pública o no, incluso puede ser una prostituta. No es constitutivo del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando moderadas violencias, pues ello es un ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima; en cambio, si cabe esta especie de violación cuando el marido pretende la cópula en conjunción anormal o contra natura.

"Objeto jurídico del delito: la libertad sexual de las personas. Delito doloso, de lesión. Es configurable la tentativa.

"La novedad en el texto derogado es que se aumenta el mínimo de la sanción, en las dos hipótesis que contempla la ley. Ahora bien, el profesor Carranca y Trujillo, sostiene que "no es constitutiva del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando moderada violencia, pues ello es un ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima..." Yo comparto la tesis precedente y para razonarla más a fondo presento los siguientes argumentos. El matrimonio, a mi juicio, es un contrato; sui generis, si se quiere, pero es un contrato. Una prueba de lo que digo la tenemos en que el divorcio afecta al vínculo matrimonial hasta poder incluso disolverlo. En Derecho se le define como la unión perpetua y legal de un varón y una mujer para la reproducción de la especie, el cuidado y educación de los hijos, el mutuo auxilio y la más perfecta realización de los fines de la vida humana. En México, y en los términos de los artículos 139 a 265 del Código Civil, es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia, para el cumplimiento de todos los fines de la vida.-

Lo que significa, por ejemplo, que el homosexualismo, las degeneraciones sexuales contra natura, etc., son causa de nulidad y disolución de ese contrato. Lo anterior prueba que dichas aberraciones van contra el fin de la institución matrimonial. Por lo tanto el ejercicio sexual normal, natural, es consubstancial al matrimonio, de tal suerte que la negativa al mismo constituye de hecho y de Derecho un abandono de las obligaciones inherentes a los cónyuges; salvo, por supuesto, casos de enfermedad. Además, - las relaciones íntimas entre cónyuges son, a mi ver, de la exclusiva competencia del marido y la mujer; o sea, el Derecho no tiene por qué intervenir allí, excepción hecha de que la "moderada violencia" a que alude el profesor Carrancá y Trujillo se vuelva una agresión injusta y delictiva.

"Todo lo anterior adquiere especial relieve desde que el 31 de julio de 1984 nos enteramos, por la prensa, de que el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de esta constituye un delito en un número cada vez mayor de países de los cuales hay que excluir a los árabes y a los ibero americanos. De acuerdo con un estudio del Instituto Max Planck, de Friburgo, tanto en los países socialistas como en los escandinavos la ley protege a la mujer a quien su marido fuerza al coito en contra de su voluntad. En los Estados Unidos, asimismo, se realizan estudios jurídicos importantes sobre el problema de la --

violación en el matrimonio. En Inglaterra se anunció, -- el 9 de octubre de 1934, que la Asociación de mujeres contra la Violación publicó un estudio según el cual una decada siete mujeres casadas de Londres opinaba que había sido violada por su marido. Igualmente se sostenía allí que un 80 por ciento de 2000 mujeres consultadas son partidarias de que se juzgue a los maridos "violadores" pero hay que agregar que la legislación británica, hasta la fecha, no considera que el marido pueda ser acusado de violar a su esposa. Al margen de ello hay un dato interesante: en 1938 se presentaron en la Gran Bretaña 1 334 denuncias por violación.

En lo que concierne al tipo penal en sí, y en un clima de incidentes y encendidas polémicas, la Cámara de Diputados italiana aprobó el 19 de octubre de 1984 un proyecto de ley que agrava "moderadamente" las penas impuestas por violación y otros delitos contra la libertad sexual. En Italia la violación se considera ahora como un atentado a la persona en vez de un delito contra la moral (substituyéndose así un criterio inmediatamente anterior). Tal ilícito será castigado con cinco años de cárcel en vez de dos, cuando sea individual; y con doce en vez de cinco cuando sea colectivo. (22)

(22) Carrancá. Op. Cit. p. 659 y 660.

CONCLUSIONES

1° Es correcta la denominación actual a los delitos antes denominados sexuales, toda vez que los mismos si atentan contra la libertad y el desarrollo psicosexual de la víctima -- que resulta afectada por el hecho ilícito.

2° El hostigamiento sexual debe ser reformado de manera -- substancial, toda vez que tiene la imagen de un acto constitutivo de falta administrativa mas que de un delito y a ello le agregamos que en nuestra opinión la pena impuesta es ridícula por benévola

3° Toda mujer puede ser víctima de hostigamiento sexual y no requiere tener relación jurídica o de trabajo con el sujeto activo del delito.

4° El hostigamiento sexual también se puede dar de subordinado a jefe tomando en cuenta que en mas de una ocasión es un pretexto para obtener ascenso en el trabajo.

5° En el delito de abuso sexual están mal definidos los -- elementos ya que se habla primero de acto sexual después de cópula, a pesar de que médicamente, es primero la cópula que -- el acto sexual.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

6° El delito de abuso sexual tiene una penalidad muy baja por lo que propondríamos que se reformara señalándole una penalidad mas adecuada.

7° Un avance en la regulación del estupro, es el haber evitado que el estuprador pudiera casarse con la estuprada para que cesara la acción penal, toda vez que un matrimonio en esas condiciones estaría condenado al fracaso.

8° En el delito de estupro, también debería estar definido como en el delito de violación qué debe entenderse por cópula.

9° La violación es un delito que se comete con mucha frecuencia y en nuestra opinión durante 60 años fue regulado de manera indebida, porque no estaba definido lo que era cópula - y muchos sujetos activos de manera indebida fueron sancionados por cometer el delito de violación sin estar éste plenamente definido.

10° Debería tener una penalidad mayor el delito de violación en todas sus modalidades para el efecto de disminuir en lo posible la continua comisión del mismo y fomentar en lo mas posible la convivencia entre la ciudadanía en general.

BIBLIOGRAFIA

BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANCIO. ALREDEDOR DEL DELITO Y DE LA PENA. EDITORIAL VDA. DE RODRIGUEZ. MADRID ESPAÑA 1904.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. CARRANCA Y RIVAS RAUL. CODIGO PENAL ANOTADO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1983.

CARRANCA Y RIVAS, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1991. 16a. EDICION.

CARRARA, FRANCISCO. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. EDITORIAL THEMIS. BOGOTA COLOMBIA, 1957. 4a. EDICION.

CARRARA, FRANCISCO. PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMINAL. EDICIONES DEPALMA. BUENOS AIRES, ARGENTINA 1945. VOL. III.1a. EDICION.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINÉAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1984. 20a. EDICION.

DICCIONARIO DE DERECHO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1981.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. EDITORIAL UNAM. MEXICO 1985.

DICCIONARIO PARA JURISTAS. EDITORIAL MAYO. MEXICO, 1981.

DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE. EDICIONES LAROUSSE. MEXICO 1985.

GOMEZ, EUSEBIO. TRATADO DE DERECHO PENAL. EDITORIAL COMPANIA ARGENTINA BUENOS AIRES, ARGENTINA 1940. VOL. II. 1a. EDICION.

GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1974.5a. EDICION.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1970. 10a. EDICION.

JIMENEZ DE AZUA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL. EDITORIAL LOZADA. BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1958. 1a. EDICION.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1984. TOMO III. 10a. EDICION.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1984. TOMO V. 10a. EDICION.

MARTINEZ ROARO, MARCELA. DELITOS SEXUALES. EDITORIAL PORRUA. MEXICO, 1975. 1a. EDICION.

MAGGIORE, GIUSEPPE. DERECHO PENAL. EDITORIAL TEMIS. BOGOTA. - COLOMBIA, 1954. 3a. EDICION.

MARQUEZ PINERO, RAFAEL. DERECHO PENAL. EDITORIAL TRILLAS 1990, 2a. EDICION.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. DERECHO PENAL, EDITORIAL
PORRUA. MEXICO 1970. 3a. EDICION.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. ENSAYO SOBRE EL DELITO DE
VIOLACION. EDITORIAL REGINA. MEXICO 1973. 3a. EDICION.

SOLER, SEBASTIAN. DERECHO PENAL ARGENTINO. EDITORA TIPOGRAFI
CA ARGENTINA. 1951. TOMO III. 1a. REIMPRESION.

VELA TREVINO, SERGIO. ANTIJURICIDAD Y JUSTIFICACION EDITORIAL
TRILLAS. MEXICO 1986. 2a. EDICION.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.