

138
2eg.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL FACTOR COPULA EN LOS DELITOS CONTRA
LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO
PSICOSEXUAL.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

MA. DEL CARMEN CARCAÑO CORTEZ



México, D. F.

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

CAPITULO I. EL DELITO.

1. CONCEPTO.	1
2. ELEMENTOS POSITIVOS.	4
2.1 CONDUCTA.	4
2.2 TIPICIDAD.	5
2.3 ANTIJURICIDAD.	7
2.4 CULPABILIDAD.	9
2.5 IMPUTABILIDAD.	10
2.6 PUNIBILIDAD.	11
3. ASPECTOS NEGATIVOS.	13
3.1 AUSENCIA DE CONDUCTA.	13
3.2 ATIPICIDAD.	14
3.3 CAUSAS DE JUSTIFICACION.	16
3.4 INCULPABILIDAD.	18
3.5 INIMPUTABILIDAD.	19
3.6 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	20

CAPITULO II. HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

A) ANTECEDENTES HISTORICOS.	25
1. EN MESOPOTAMIA.	25

2.	EN GRECIA.	26
3.	ROMA.	27
4.	EN ESPAÑA.	43
5.	EN MEXICO.	43
CAPITULO III. ABUSO SEXUAL.		64
CAPITULO IV. ESTUPRO.		76
CAPITULO V. VIOLACION.		
1.	EGIPTO.	84
2.	GRECIA.	85
3.	INGLATERRA.	85
4.	ESPAÑA.	86
5.	MEXICO.	88
6.	ELEMENTOS FORMATIVOS DEL DELITO DE VIOLACION.	95
7.	VIOLENCIA FISICA O MORAL.	95
8.	VIOLENCIA MORAL.	97
9.	COPULA.	98
10.	SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.	101
11.	SUJETO ACTIVO.	102
12.	SUJETO PASIVO.	103

CAPITULO VI. ELEMENTO COPULA EN LOS DELITOS
CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL
DESARROLLO PSICOSEXUAL.

A) ABUSO SEXUAL.	105
B) EL ESTUPRO.	108
C) EN LA VIOLACION.	110
D) POSTURA PERSONAL.	112

BIBLIOGRAFIA.

114

CAPITULO I

EL DELITO

1.- CONCEPTO

Según el maestro Rafael Márquez Piñero, la palabra delito proviene del latín delicto o delictum, del verbo -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 el vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo por consiguiente lo ayer penado como delito actualmente puede no serlo y viceversa. (1)

Eugenio Cuello Calón define al delito como "Toda -

(1) Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Editorial Trillas. México, 1990 2a. Edición. pág. 131.

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 --- conminación de penalidad no existe delito.

(2) Cfr. Cuello Calón, Eugenio. Citado por Márquez Piñero. op.cit. pág. 132.

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

En México el Código Penal de 1871 en su artículo 1° 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 2°, 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, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.

2. ELEMENTOS POSITIVOS

2.1. 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 mudanza ese mundo exterior, cuya modificación se aguarda". (3)

Los elementos de la acción en sentido amplio son los siguientes:

(3) Citado por Márquez Piñero, Luis. op.cit. pág. 155 y 156.

a) Manifestación de voluntad; b) Resultados; c) Relación de causalidad entre aquella y éste (también llamada nexo causal).

2.2 TIPICIDAD

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

Carrancá y Trujillo dice: 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 Estado hace de una conducta en los preceptos pena-

(4) Op.cit.pág. 746.

(5) Ibidem. pág. 381.

(6) Ibidem. pág. 235.

les. 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 descrito 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 mencionamos los diferentes tipos existentes:

-
- (7) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Editorial Porrúa. S.A. México 1991.30a. Edición. pág. 166.
 (8) Castellanos Tena. op.cit. pág. 166
 (9) Bernaldo Quiróz, Constancio. Alrededor del Delito y de la Pena. Editorial Viuda de Rodríguez. Madrid España. 1904. 1a. Edición. pág. 89.

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 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 tienen vida propia, ejemplo: robo simple; en tanto que los segundos dependen de otro, ejemplo, el homicidio en riña.

2.3. 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 al aspecto subjetivo, se puede afirmar que la antijuricidad 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.

El Licenciado 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, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, es decir, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Según el profesor Celestino Porte Petit. "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación". (10)

El maestro Sergio Vela Treviño menciona que toda -

(10) Cfr. Castellanos Tena. op.cit. pág. 178.

acción punible si es antijurídica, con ello se establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción 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, al cual se contrae el tipo penal respectivo.

2.4. CULPABILIDAD

Es el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, ello quiere decir que contiene dos elementos, uno volutivo y emocional y el otro intelectual, el primero indica la suma de dos quereres, 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 psíquismo 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, se

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

(12) Cfr. Castellanos Tena. op.cit. pág. 234.

gún el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución 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, si 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 aparecía era el dolo en virtud de que el sujeto activo -- del delito, obra con toda intención de cometer el ilícito.

2.5 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 sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que -- responda a las exigencias de la vida en sociedad humana (13)

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

El Jurista Luis Jiménez de Azúa 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)

2.6. 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 mereci

(13) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 1986, 15a. Edición. pág. 389.

(14) Cfr. Castellanos Tena. op.cit. pág. 218.

(15) Op.cit. pág. 326.

miento 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: una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores 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.

3.- ASPECTOS NEGATIVOS

3.1. 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.

"En la actualidad el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15 fracción I capta todas las especies de ausencia de conducta, mediante una amplia fórmula genérica: incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias".

"Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada Vis Absoluta o fuerza física exterior irresistible, que cabe perfectamente en el actual artículo 15 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal".

"La aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es la acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir -

manifestación de voluntad, quien obra así no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento, quien es violentado materialmente no comete delito, es tan inocente como la espada de que un asesino se valiera".

Unánimemente se consideran como factores eliminatorios de la conducta, a la vis maior (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Su presencia demuestra la falta de elemento volitivo indispensable para la aparición de la conducta que como hemos dicho es un comportamiento humano voluntario, la vis mayor depende de la naturaleza es energía no humana la vis absolutoria deriva del hombre". (16)

3.2. ATIPICIDAD

No hay delito sin tipo legal, es decir que cuando el legislador no escribe una conducta dentro de las leyes penales tal conducta no es delito, habrá ausencia de tipicidad cuando la conducta no se adecuó a la descripción legal, puede decirse que hay tipo pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo, un caso de esto pudiera ser el estupro cometido --

(16) Cfr. Castellanos Tena. Op.cit.pág. 163 a 164.

con una mujer mayor de 18 años de edad.

"Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales especiales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley ; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y f) Por no darse la antijuricidad especial". (17)

En ocasiones el legislador al descubrir el comportamiento se refiere a la calidad en el sujeto pasivo, el activo o en ambos, en el delito de peculado, el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público.

Sin el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en los delitos patrimoniales. Se presentará la atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción por ejemplo privar de la vida a quien ya no la tiene.

(17) Castellanos Tena. op.cit.pág. 175.

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo si no operan la conducta se rá atípica por ejemplo, cuando la ley exige la realiza--- ción del hecho en despoblado.

Si la hipótesis legal precisa de modalidades espe- cíficas éstas han de verificarse para la integración del ilícito, por ejemplo por medio de la violencia física o moral en el caso de la violación.

Hay tipos en donde se contienen elementos subjeti- vos del injusto, estos constiutyen referencias típicas a la voluntad del sujeto activo del delito o al fin que per- sigue.

Por excepción, algunos tipos captan una especial - antijuricidad como sucede en el delito de morada al seña- lar en su descripción que el comportamiento se efectúe--- sin motivo justificado y fuera de los casos en que la ley lo permita.

3.3. CAUSAS DE JUSTIFICACION

Cuando la conducta realizada, sea cual fuere esta permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídi- ca pues no viola ninguna norma penal, no choca con el or

den jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa al amparo de una causa que justifique la conducta.

Las causas de justificación son las conductas de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de la acción.

Las principales causas de justificación según el Código Penal para el Distrito Federal son la legítima defensa, el estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber e impedimento legítimo.

Para Luis Jiménez de Asúa, la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la medida de defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios. (18)

Como elementos de la defensa legítima se señalan los siguientes:

Una agresión injusta y actual; peligro de inminente daño derivado de una agresión de bienes jurídicamente

(18) Op. cit. pág. 363.

tutelados y repulsa de una agresión. (19)

El Estado de necesidad en el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos pertenecientes a otra persona.

Como casos específicos del Estado de necesidad ubicamos al aborto terapéutico y el robo de fideicomiso.

Dentro de las hipótesis de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho pueden comprenderse las lesiones y el homicidio cometido en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico quirúrgicos y las lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir.

El impedimento legítimo opera cuando el sujeto - teniendo la obligación de efectuar un acto, se abstiene de obrar, por ejemplo el secreto profesional.

3.4. INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la absolución del sujeto en -

(19) Cfr. Castellanos Tena. op.cit. pág. 194.

el juicio de reproche, esta opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, el conocimiento y la voluntad.

Para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y la voluntad, - por lo tanto la inculpabilidad, debe referirse a ese elemento el intelectual y el volitivo.

Las causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

3.5. INIMPUTABILIDAD

Las causas de inimputabilidad son todas aquellas - capaces de anular o neutralizar ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

El maestro Castellanos Tena cita las siguientes -- causas de inimputabilidad: A) estado de inconsciencia -- permanentes es el artículo 68 y transitorios en la -- fracción II del 15: el miedo grave artículo 15, IV; y la sordomudez (artículo 67). (20)

(20) Cfr. Castellanos Tena. op.cit. pág . 223.

El maestro Porte Petit menciona que en caso del rapto, la inimputabilidad la podíamos encontrar en el artículo 15 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal, que se refiere el trastorno mental del inculgado. (21)

En conclusión la inimputabilidad es la incapacidad para querer y entender en materia penal .

En la actual forma legal sobre la inimputabilidad pueden quedar comprendidos además de los trastornados -- mentales transitorios o permanentes aquellos sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado que les impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aun cuando no presenten un verdadero trastorno mental.

En el miedo grave se presenta la inimputabilidad, porque en función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro medio -- practicable y menos perjudicial.

3.6. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En función de las excusas absolutorias, no existe

aplicación de la pena y se puede entender como aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por justicia o equidad de acuerdo a una correcta aplicación, de la política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos del delito subsisten y solo se -- excluye la posibilidad de punición.

El ya referido maestro Castellanos Tena menciona di versas excusas absolutorias, a saber:

a) Excusa en razón de la mínima temibilidad, el robo que no excede de 10 veces el salario mínimo y sea -- restituido por el sujeto activo el bien robado y pague -- los daños y perjuicios antes de que el hecho sea puesto -- en conocimiento del Ministerio Público.

b) Excusas en razón de la maternidad consciente, por ejemplo; el aborto cuando el embarazo ha sido resul tado de una violación.

c) Otras excusas por inexigibilidad, por ejemplo -- cuando se trate de familiares, el ocultamiento del in--- fractor de un delito y la omisión de auxilio para inves-

tigar los delitos o perseguir a los delincuentes.

d) Excusas por graves consecuencias, graves en su persona que hicieran notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena, el juez, podrá, prescindir de ella. (22)

(22) Cfr. Castellanos Tena, op.cit. pág. 278 a 281.

CAPITULO II HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

El artículo 259-bis del Código Penal para el Distrito Federal, fue creado por el artículo segundo del Decreto de 22 de Diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 21 de enero de 1991, su contenido es el siguiente "Al que con fines lascivos -- asume reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivadas 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 utilizase 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".

Los elementos de este delito son:

1.- Asedio con fines lascivos.

2.- Posición jerárquica.

3.- Relación de trabajo.

4.- Subordinación.

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

Por lascivo podemos entender como aquella persona que tiene tendencia a los delitos 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 ambas categorías diferentes.

(1) Cfr. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe. Madrid España. 1984. Tomo I, pág. 137.

(2) Cfr. Diccionario de la Lengua. Op. Cit. Tomo III, p. 816.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

EN MESOPOTAMIA.

Aunque confundido con otros delitos de índole sexual, lo encontramos ya en las legislaciones de culturas tan remotas, como la de Mesopotamia. Como las disposiciones penales descubiertas en una tabla de guerra en la época del Rey Asur - Uballit, de Asiria, (hacia 1380 --- A.C.), donde leemos esto que es notable: "Supuesto que un hombre se haya comportado inmoralmente con la mujer - de otro hombre y haya procedido con ella como con un niño, y se le haya probado y esté convicto, se le cortará un dedo. Supuesto que la haya besado se le cortará con un hacha el labio inferior..... Supuesto que la mujer de un varón haya sido por otro hombre molestada y perseguida con proposiciones, habiéndose ella negado y protegido contra ellas, y el hombre sin embargo, la haya forzado, habiendo sido sorprendido en el acto o existiendo - testigos que demuestren el hecho, el hombre será muerto, y para la mujer no habrá pena ninguna". (3)

En estas antiquísimas disposiciones, aunque el legislador Asirio, se refiere al delito de violación, como se advierte, también se esbozan elementos del delito materia de nuestro estudio.

(3) Walter Goetz, Historia Universal, Versión Española - de García Morete Manuel, Madrid, Calpe, A.S., 1932 - T.Ip. pág. 552-3

EN GRECIA.

En la Grecia clásica, pese a lo avanzado de su legislación, (Solón 638 - 558 A.C.), no pudo haber existido el delito de hostigamiento sexual, reforzada esta idea por las consideraciones escritas por un erudito investigador de aquella prodigiosa cultura: "Siendo el fondo del politeísmo la adoración de las fuerzas productivas de la naturaleza, siempre hubo en su culto ritos - peligrosos, e imágenes que llegaron a ser obscenas ya que se deseó representar, por medio de símbolos materiales, las diversas concepciones de naturalismo". (4)

Si algunos no veían en el signo exterior más que la idea ¡Cuántos no acabarían por no ver más que la representación agradable a sus sentidos, y que les parecía justificar el desorden divinizándole! Por eso Aristóteles dirá al hablar, no de una ley existente, sino de una que está por nacer:

"Solamente a los padres de familia se les debe -- permitir la celebración de ritos que pueden afectar el -- pudor de los niños; y se prohibirá a éstos asistir a las representaciones de comedias y dramas satíricos hasta --

(4) Duruy Victor, Historia de los Griegos, traducida al Español por Leopoldo de Verneguil Enrique, Barcelona, Montaner y Simón Editores, 1980 T.I.p. pág. 156

que tñgan la edad necesaria para preservarse por sí mismos de las malas influencias, esas leyendas de los dioses, llenas todas de sus amores, obligaron a la piedad y a la poesía a extenderse con cierta complacencia en detalles voluptuosos e impuros, siendo el menor de los males que de aquí resultó privar a los griegos de una de las gracias más encantadoras del arte, de la idea y del sentimiento, el pudor. Los adoradores de Venus no han conocido apenas el amor casto y sus poetas no cantaron más que al placer". (5)

Por lo que pensamos que no existían antecedentes del delito de Hostigamiento Sexual.

ROMA.

La esencia del derecho penal en Roma, descansaba en un brutal castigo para que sirviera de ejemplo a todos los ciudadanos, con el fin de volverlos mejores, debido a su cultura y religión paganas, veían la sexualidad como un problema indiferente, ya que sus dioses y sus héroes semidivinos, tenían sus propias pasiones y relaciones sexuales, por lo que no es nada extraño que la legislación-

(5) Duruy Victor, Historia de los Griegos, traducida al español por Leopoldo Vernequil, Barcelona, Montaner y Simón, Editores.

Romana no consideraba como figura delictiva el ilícito, materia de nuestro estudio, el pueblo romano tipificaba como delitos sexuales a saber:

- 1.- "Unión entre parientes (incesto) e impedimentos matrimoniales.
- 2.- Ofensas al pudor de la mujer (Adulterium, Stuprum).
- 3.- Rufianismo (Lenocinium).
- 4.- Matrimonio Deshonroso.
- 5.- Bigamia.
- 6.- Rapto.
- 7.- Pederastia". (6)

Es conveniente aunque nuestro delito en investigación como ya antes se señaló, no se encuadraba como conducta contraria al derecho, realizamos un esbozo de los delitos sexuales en Roma.

I.- UNION ENTRE PARIENTES (INCESTO) E IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES.

El procedimiento sacramental o religioso comprendido en la concepción religiosa de "Impureza" (incestus),-

(6) Mamsen, Teodoro. Derecho Penal Romano. Editorial Temis, Bogota 1976. pág. 427.

del cual se realizaban otras disposiciones tales como - la comunión sexual de todas aquellas gentes que tenían algún impedimento para celebrar matrimonio por existir un parentesco entre ellas.

De acuerdo con esta opinión, el derecho civil, - hasta la época de la primera guerra púnica, fue renuente y no aceptó el derecho de contraer matrimonio a los parientes que se encontraban hasta el sexto grado, regla que posteriormente cambió, siendo el impedimento -- hasta el cuarto grado de parentesco, después de eso en la época de la República los individuos tenían libre -- albedrío para decidir si realizaban o no el matrimonio.

No hay una seguridad si durante el mismo período tendría efectos de impedimento legítimo la celebración del matrimonio entre parientes afines. En la época de la República, hubo la necesidad de autorizarse la celebración de matrimonios llevados a cabo entre tíos y sobrinos, por efecto de haberse emprendido acción criminal por causa de un matrimonio realizado entre tío y - sobrina y haber llegado el asunto a verse ante los ciudadanos, los cuales resolvieron indultar al inculpado y cambiar la ley respectiva. Es indudable que el ordenamiento sobre el matrimonio conferido por Augusto, se

encontró con la limitación de la unión carnal entre parientes y era un hecho que el derecho criminal lo penaba y muy dable es que pudo acontecer que se conceptuara tal delito como una violación de las obligaciones religiosas de los ciudadanos.

Se estima como prohibido el matrimonio y el ayuntamiento sexual en las siguientes circunstancias:

1.- Entre ascendientes y descendientes. Se ampliaba tal prohibición a los ascendientes y descendientes surgidos por la adopción aún en caso de emancipación del adoptado, sin embargo tal concepción jurídica del parentesco no era aplicada a los esclavos, por lo que concierne a los libertos, el parentesco efectivo de ascendencia y descendencia, concebido durante su esclavitud, se equipara al parentesco existente entre los ciudadanos.

2.- Entre hermanos y hermanas: estaba prohibido también el matrimonio a estos, se hizo extensiva esta limitante a los hermanos adoptivos, la cual cesaba al producirse la emancipación, a los libertos les estaba prohibido con sus hermanas consanguíneas, nacidas como ellos --- mientras se encontraban en esclavitud.

3.- La mujer no se podía casar, con el hermano de

su padre, también estaba limitada a unirse con el hermano de un ascendiente por muy lejano que este fuere, dado que estos ocupaban el lugar de los padres. Y en la época del emperador Claudio se podían llevar a cabo matrimonios de sobrinas con tíos paternos, pero no con el tío materno y en el período de Constantino volvió a seguir la prohibición.

4.- También se encontraba prohibido el matrimonio de un individuo con la hermana de sus padres, ya sea madre o padre, lo mismo acontecía tratándose de la hermana de un ascendiente muy lejano, porque ocupaba el lugar de la madre.

5.- El matrimonio llevado a cabo entre los hijos de hermanos, fue prohibido por el emperador Teodosio I, pero tal prohibición fue posteriormente abolida no pasando al derecho de Justiniano.

6.- El parentesco producido entre suegro y nuera, entre yerno y suegra y entre padrastro e hijastros, debido a que este surge por el matrimonio y que se parece al existente entre padres e hijos, mientras perdura el matrimonio se convierte en circunstancia agravante, en caso de que entablaran relaciones sexuales; debido a que a parte de haber adulterio se añade el incesto, persis--

tiendo este último aún en caso de disolución del vínculo matrimonial.

7.- Fue considerada también impedimento de matrimonio por Constantino II, las relaciones contraídas entre el cónyuge y los hermanos del otro.

8.- El matrimonio llevado a cabo entre tutor y pupila se estimaba nulo, y se castigaba al tutor como si hubiese cometido adulterio.

9.- Del mismo modo el llevado a cabo por el gobernador de una provincia, con alguna mujer de la misma provincia.

10.- Mientras que las relaciones sexuales, llevadas a cabo entre libres y esclavos no tenían pena alguna antes de Constantino, este emperador insertó entre los delitos capitales el de que una mujer libre hiciera vida en común con su propio esclavo, y la acción para perseguir este delito, la podía ejercer cualquier ciudadano, penándose con la muerte para ambos amantes, perdiendo además la mujer el derecho de la testamentificación.

OFENSAS AL PUDOR DE LA MUJER (ADULTERIUM, STUPRUM).

La mujer libre romana estaba internamente obligada a no tener contacto sexual con nadie, antes de celebrar el matrimonio, y después de celebrado tenerlas únicamente con su esposo, al contrario de esta disposición el hombre podía ser infiel a su esposa, siempre y cuando no causara ofensa a la honestidad de las doncellas ni de las esposas de otros hombres, el tribunal doméstico de los romanos era el encargado de imponer las penas en caso de inobservancia a los anteriores preceptos el cual podía imponer incluso la pena de muerte.

El tribunal doméstico tenía la autoridad para sancionar a toda mujer que faltara a la castidad al contrario al hombre cómplice del ilícito solo se le podía pedir responsabilidad cuando estuviera sometido a la potestad de su padre, y únicamente podía exigírsela a su propio tribunal doméstico. La máxima autoridad doméstica del Estado, era el "Colegium de los Pontífices". que era competente para castigar tanto a las hijas de familia de la comunidad, es decir a las vestales, como a sus cómplices.

El ordenamiento jurídico del período republicano prestó nulo interés a las ofensas cometidas a la honestidad de la mujer. Si para desunirse los cónyuges que hubie

sen llevado a cabo el antiguo matrimonio sacramental, -- era menester que fuera por un motivo jurídico, el cual se guramente era muy difícil de demostrar, ninguna otra si-- tuación podía disputar la preeminencia en este punto al - adulterio. El derecho matrimonial romano de la república concedía a la pareja libertad para separarse, sin exigir- motivo justificado para tomar tal decisión. Si el divor- cio fue por causa de adulterio a la mujer adúltera, podía privarle de la sexta parte de su dote mientras que si el- divorcio se llevaba a cabo por otros motivos concernien-- tes a la mujer se le podía hacer perder la octava parte - de la dote; esto nos indica con nitidez la poca seriedad- e importancia que se le daba en la época de la República a las ofensas a la honestidad.

No obstante que en el último siglo de la Repúbli- ca se instauró legalmente un nuevo sistema criminal, este procedimiento no comprendido como delito, las ofensas a - la honestidad, sin embargo a la legislación concerniente- al matrimonio llevada a cabo por Augusto, pertenece a la- ley Julia sobre el adulterio, la cual sometió al procedi- miento acusatorio y pena de carácter criminal, no civil, las ofensas a la castidad, creando esta innovación penal- una de las más intensas y duraderas que la historia cono- ce, "La Ley Julia", sobre el adulterio siguió siendo la - ordenadora de este delito hasta los tiempos más adelante.

Por otro lado vemos que el derecho no se hacía -- cargo de las ofensas al pudor únicamente tratándose de -- las mujeres libres obligadas a guardar castidad, (matro-- nas, matres familias); prolongando sus ordenamientos tam-- bién a los hombres que realizaron conjuntamente con las mu-- jeres tal delito, no se les castigaba a las mujeres esclav-- vas, ni tampoco a las mujeres libertas, ni tampoco a aque-- llas otras casadas o que no lo estuvieren, cuya condición social no las obligaba a guardar castidad, pudiendo ser -- las prostitutas, mientras continuaran con su oficio, las-- propietarias de burdeles, las comediantes, las dueñas de-- locales públicos y las mujeres que vivieron en concubina-- to indecente.

Por lo anterior se vislumbra que a las mujeres -- que se encontraban dentro de lo estipulado por la ley Ju-- lia sobre el adulterio, no se les autorizaba tener contac-- to sexual más que el permitido por el matrimonio, o por -- otra forma de unión parecida a esta, en la concepción ro-- mana del matrimonio abarcaba para los efectos penales, no solo la unión matrimonial llevada a cabo conforme a dere-- cho (iustae, nuptiae) ya fuese realizado por romanos o -- por extranjeros, sino del mismo modo toda forma de vida -- común matrimonial, siempre y cuando fuese de forma monogá-- mica, y aún cuando no se hallara penada por el matrimonio legítimo, es decir (connubium), el que tenía como funda--

mento la comunidad matrimonial de ambos consortes reconocida por el Estado y que producía efectos jurídicos, tales como, la transmisión del derecho personal del padre a los hijos concebidos dentro del matrimonio, ya que si el padre era romano, sus hijos legítimos quedaban supeditados a su patria potestad, pero tampoco se castigaba al matrimonio iniustum, o sea, la unión sexual, semejante a la -- del matrimonio legítimo, llevada a cabo entre personas -- que no tenían connubium entre sí, cuyos hijos, por ende, -- seguían la condición de la madre.

Tampoco eran sancionados por la ley de Augusto relativa al matrimonio aquellas funciones sexuales que no -- producían los efectos jurídicos del matrimonio, ya sea -- por mediar algún impedimento legítimo para la celebración de este, o bien por así haberlo convenido las partes, esta forma de unión los romanos la llamaron "Concubinatio", -- la cual fue aceptada como forma legítima de unión sexual -- por la legislación relativa al matrimonio conferida por -- Augusto.

Tal unión sexual no aceptada acorde a las disposiciones anteriores caía dentro de los términos de la ley penal, la cual sancionaba el comercio carnal con mujer no casada, es decir "El stuprum" en sentido estricto, tam--- bién castigaba el ayuntamiento sexual de la mujer casada-

con otro hombre que no fuera su esposo, o sea, "el adulterio".

Para que tanto el estupro como adulterio, fueran sometidos a pena, era menester la conciencia de la injusticia cometida; y estos tampoco podían subsistir sino --- cuando se consumaban; la tentativa de estupro o adulterio eran considerados como injuria, aunque al principio la penalidad era mínima y fue aumentando con el transcurso del tiempo.

Pero lo común se castigaba igual a los implicados en el delito y los actos de auxilio se sancionaban como hechos de rufianismo.

La pena señalada para los atentados al pudor era igual para el hombre o la mujer, en lo primordial esa sanción fue similar en caso de estupro o adulterio, y según la ley Julia consistía, tratándose de estupro en la relegación informando que era necesario remitir a los infractores a lugares distintos y tratándose del adulterio en un detrimento de patrimonio, dado que a los hombres y a las mujeres no casados se les confiscaba la mitad de sus bienes y a los casados la tercera parte de sus bienes y la mitad de la dote.

En relación a las personas de rango menor, para quienes estas sanciones no eran llevadas a cabo se hacía uso según el derecho de tiempos posteriores, de castigos corporales, además a la mujer condenada se le prohibía -- llevar a cabo un nuevo matrimonio, tiempo después se aumentó la sanción, tenemos que ya los ordenamientos del siglo III; estimaron el adulterio como un crimen acreedor - de pena de muerte y Constantino agravó este procedimiento capital.

RUFIANISMO (LENOCINIUM)

Bajo este rubro, la ley de Augusto relativa al -- adulterio, asignaba al más desagradable de los hechos concretos de que la misma versaba, los romanos nos expresan que todos aquellos actos orientados a proporcionar la realización del estupro o del adulterio, y los cuales pueden ser estimados como asistentes de estos delitos son actos de rufianismo pudiendo ser:

1.- El recibir uno de los cónyuges alguna retribución por las ofensas al pudor realizadas por el otro.

2.- El proporcionar la casa propia, para que en esta pudieran llevar a cabo los ayuntamientos carnales -- otras personas.

3.- El no solicitar el divorcio en caso de adulterio sorprendido infraganti.

4.- El admitir o posibilitar la aceptación de una cantidad de dinero, a cambio de no llevar a cabo o desistirse de promover el divorcio por adulterio.

5.- Casarse con una mujer que no hubiere sido condenada por causa de adulterio o de estupro.

MATRIMONIO DESHONROSO.

La legislación de Augusto relativa al matrimonio prescribió que, en el caso de que a sabiendas un ciudadano romano celebrara uno de los matrimonios considerados como deshonorosos o porque la mujer estuviese privada de los derechos honoríficos, o porque un senador llevara a cabo un matrimonio con una liberta, ambos consortes serían desposeídos de testamentificación y por ende el matrimonio llevado a cabo bajo las condiciones de los precedentes supuestos serían considerados como deshonorosos.

BIGAMIA

El matrimonio en Roma por regla general fue de carácter monogámico, ninguno de los cónyuges podía contraer

otro a la vez, de lo contrario un segundo matrimonio -- estaba desprovisto de validez jurídica, Diocleciano fue el primero en considerarlo punible al parecer con la finalidad de suprimir la poligamia imperante en Roma.

La sanción impuesta para los bigamos se encontraba supeditada al arbitrio de los juzgadores.

VI.- RAPTO.

El padre y el marido de la mujer raptada tenían - el derecho de hacer valer la acción de injuria, para perseguir al raptor, no obstante, en los tiempos predecesores a Constantino, el rapto no estaba contemplado ni sancionado como ilícito público. Este emperador fue introduuctor del rapto en el derecho penal como delito independiente, el rapto cometido a una mujer libre, casada o soltera, con el fin de comercio carnal, bien se tratara de contraer con la raptura matrimonio, o no.

En caso de haber consentido los padres no había - delito lo mismo sucedía en el caso de que los demás parientes así lo hubieren convenido, era esencial que para que se tipificara como delito, que su familia no hubiera consentido.

El que ella misma hubiere aceptado el rapto no -- era trascendental para establecer la culpabilidad del infractor, si la raptada hubiese accedido el rapto era castigada al igual del raptor. La pena que correspondía -- era la de muerte, sin embargo, la acción persecutoria -- prescribía a los cinco años.

PEDERASTIA

En la época de la República, se sancionaba con mayor rigor los abusos sexuales, cometidos con personas -- del sexo masculino que las impudicias cometidas con las -- mujeres.

Es palpable que el merecimiento de la pena era -- aplicable, por el derecho penal doméstico, también se podían ejercer en contra de los autores de tales hechos la acción pública de coacción y la acción privada de inju-- ría, en la circunstancia de confluir las condiciones pre- cisas para el ejercicio de las mismas, también es de ha-- cer notar que se podía llevar a cabo el procedimiento de los ediles con los comicios para perseguir la fornica--- ción y la conducta deshonesta también era dable hacer -- uso del mismo procedimiento tratandose de pederastas que abusarán de un hombre libre. En los últimos tiempos de -- la República y primeros del Imperio, la pederastía se --

castigaba, similarmente al robo de hombres, dicha pena - se hacía recaer, ante todo, sobre el que hubiere abusado de un hombre libre para fines deshonestos y esta sanción era pecunaria, quizá del mismo modo se castigaba al que había aceptado que abusaran de él.

CRISTIANISMO

Para la tendencia cristiana, sólo podrán llevarse a cabo, las relaciones sexuales celebradas después del matrimonio. Es obvio que las disposiciones penales canónicas estén basadas en la teología, al respecto el Doctor González de la Vega lo hace notar al señalar lo siguiente: "Al advenimiento del cristianismo con su alta doctrina ascética interdictoria de toda concupiscencia -- sexual, los signos religiosos cambian; el ímpetu erótico de Zeus y la livianidad de Afrodita son substituidos por la castidad de Cristo y por la inmaculada virginidad de la madre de Dios, pura de todo contacto aún en la concepción. Se necesita la administración de sacramentos para redimir a los hombres de la ilicitud que entraña la fornicación, el bautismo ilustra del pecado de origen, -- que es de incontinencia sexual, y el matrimonio es la -- única forma de licitud para las relaciones sexuales; además, a lo menos ortodoxamente, se impone a los sacerdotes celibato y castidad obligatorios. Las legislaciones

seculares, incluidas por la suprema moral cristiana, incurrieron, sin embargo, en el error de confundir la noción de pecado de lujuria, acto de fornicación contrario a la ley de Dios, con la de Delito Sexual, a la justicia de los hombres". (7)

EN ESPAÑA.

La legislación penal española, bajo el rubro de "Delitos contra la Honestidad", clasifica a los ilícitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, - el código penal español en su capítulo primero del título IX, se refiere a la violencia y de los abusos deshonestos, en su capítulo segundo de los delitos de escándalo público, en el capítulo tercero del delito de estupro. Sin encontrar algún antecedente del ilícito penal materia de nuestra investigación.

EN MEXICO

EPOCA - PREHISPANICA.

El derecho mexicano precolonial de los reinos de la triple alianza fue cambiando de acuerdo con las circunstancias y necesidades colectivas al mismo tiempo que evolucionaban socialmente las leyes que regían a los rei

(7) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. S.A. México 1992. vigésimaquinta Edición. p. 316.

nos de Acolhuacán, México y Tacuba, sufrían influencias exteriores a que las de los pueblos que iban sometiendo eran limitadas o adoptadas; sólo con las modificaciones necesarias dependiendo de las exigencias del medio.

Los historiadores nos hablan de sus costumbres en materia criminal y como eran considerados los actos delictuosos y las penas que les imponían, siendo estas muy severas como en la siguiente cita se hace notar "El sistema penal casi draconiano las penas principales eran la muerte y la esclavitud.

La capital era la más variable desde el descuartizamiento y la cremación en vida, hasta la decapitación y la estrangulación, el machacamiento de la cabeza con piedras y el empalamiento, el asaetamiento y otros más". -

(8)

En la comisión de un delito lo único que se veía era la transgresión de una costumbre, el desobedecimiento a un mandato expreso o tácito del soberano y la base del castigo era la misma que en el ejército: La violación de la disciplina.

(8) Revista Derecho Notarial, El Derecho de los Aztecas, volumen III, número 9, 1959.

El idioma carecía de palabra para la idea de pena en general, Carvajal propone la de Tetlayhuilliliztli; pero había vocablo para la que afectaba a los bienes, - Tetlaxtluatliliztli y para la que afectaba a la persona, - Tetonehualiztli.

"El derecho penal de los aztecas era escrito, pues en los códigos se encuentran claramente expresado con --- escenas pintadas, cada uno de los delitos y sus penas, y las traducciones que de esas pinturas se hicieron en caracteres alfabéticos, ya en la lengua náhoa, ya en castellano, nos dan información bastante completa, y concuerda sustancialmente con lo que escritores españoles e indios nos transmitieron. Lo cual prueba el mayor desarrollo -- que había alcanzado esta rama del derecho, o lo que es lo mismo: Que éste se concebía no en su forma de coordinación social, de derechos y deberes recíprocos, sino como obediencia a un mandato superior e indiscutido". (9)

Desafortunadamente el delito de Hostigamiento Sexual en esta época no tiene antecedentes y solo castigaban otros delitos como el adulterio, el estupro, etc., por lo que consideramos indispensable realizar un breve resumen

(9) Obregón Esquivel, Apuntes para la Historia del Derecho en México, 2a. Edición, tomo I, Editorial Porrúa, pág. 184.

del pensamiento de nuestros ancestros en materia de la sexualidad, en donde en el período precortesiano los pueblos que moraban nuestra gran Nación a la llegada de los españoles tenían como cultura original y principal a la OLMECA, por lo que a su estilo de vida se refiere, en lo fundamental tenían gran similitud no así en todo aquello que era más susceptible al cambio, fundamentalmente de acuerdo al medio geográfico que cada pueblo ocupaba, y dentro de estas conductas variables, que fueron las que dieron estilos precisos a cada lugar, se encontraban las costumbres sexuales.

Encontramos entre ciertos de ellos superior prodigalidad sexual que en otros; esta libertad no llegó en ningún momento al límite de otras civilizaciones, por ejemplo los pueblos polinesios en donde el acto sexual era efectuado públicamente y de manera normal en ceremonias denominadas de "iniciación", las cuales se llevaban a cabo tan pronto los jóvenes tenían las condiciones físicas para hacerlo.

Los mayas, por ejemplo, realizaban una ceremonia denominada "Caputzihil", para nombrar y celebrar el ingreso a la vida sexual de los jóvenes.

Había al igual pueblos que practicaban relaciones homosexuales, como los totonacas que se encontraban en la Costa del Golfo de México, al contrario los aztecas, lo estimaban como un grave delito cuya pena para aquellos -- que lo realizaran, si se trataba de un varón al sujeto activo le extrañan las entrañas por el orificio anal, si -- era una relación entre mujeres la muerte a ambas era congarrote.

También se castigaba con la muerte a todo aquel -- hombre o mujer que se ataviara con ropas propias del sexo opuesto, sin embargo entre los mismos aztecas encontramos una excepción a la regla, tratándose del rey en donde por así exigirlo la religión en una ceremonia tenía la obligación de tener relaciones homosexuales.

Ahora bien, cuando un rey azteca se eregía como -- tal se dirigía al pueblo haciéndoles recomendaciones para que no llevaran a cabo conductas u omisiones consideradas malas, como el emborracharse, el ingerir "uctli" (pulque) era sólo permitido a los enfermos y ancianos y al pueblo-únicamente en celebraciones con limitante de que se debería tomar con moderación, porque consideraban que de esas borracheras provenían todos los adulterios, estupros y corrupción de vírgenes y violencia de parientes afines.

En casi todos los lugares se respetaba a las mujeres, los conquistadores españoles se asombraron al percibirse como entre los nohoas o tlapaltecas las mujeres -- podían transitar libremente por cualquier lugar no importando la hora sin que nadie las molestara.

Las mujeres de esa época permanecían por lo general en la casa al cuidado de las actividades domésticas, labor que practicaban desde pequeñas, posteriormente se les instruía para el matrimonio.

Entre los aztecas, las mujeres a la edad de 12 -- (doce) años ingresaban a una escuela donde se les enseñaba para ser buenas esposas en el matrimonio, se trataba de una educación muy rigurosa en donde hasta la forma de caminar, vestir, escuchar y hablar eran primordiales; -- existían pueblos como el náhuatl, para el cual la virginidad de la mujer era trascendental al grado de que si esta no era virgen al celebrarse la noche de bodas, era repudiada por el marido, la prostitución entre la mujer azteca llamada "pipitlín", es decir la mujer correspondiente a la clase noble, era penado con la muerte, caso que no pasaba con la mujer "macehualtín", o de la clase plebeya, a la que no se les sancionaba por tal oficio.

Los náhuatl castigaban con la pena de muerte al -- que violara a una mujer, los tarascos al que cometía tal-acto, le rompían la boca hasta las orejas y luego lo ma--taban por empalamiento.

El pueblo azteca no solo vigilaba la virginidad de la mujer, sino también la castidad del hombre, ya que era muy apreciada por los hombres mismos como también por los Dioses, vigilancia que iniciaba en la niñez en donde a niños de ambos sexos se les daban cónsejos para no tener relaciones sexuales hasta cierta edad y para no ser infie--les después del matrimonio se les manifestaba que si lle--vaban una vida sexual moderada y discreta en su juventud, al llegar a la vejez conservarían la potencialidad sexual narrándoles anécdotas de personas que llevaron una vida -sexual desordenada.

Los jóvenes aztecas estudiaban en el calmecac y --tenían impedido tener relaciones sexuales en el tiempo de su estadío en el mismo, so pena de "chamuscarles" los ca--bellos si incumplían a tal precepto, al contrario los jó--venes que pertenecían a la plebe estudiaban en el tepoch--calis, los cuales estaban exceptuados de tal considera---ción, pudiendo salir libremente por las noches y sostener relaciones sexuales.

El matrimonio fue una institución muy valiosa entre los pueblos prehispánicos, los nahoas consideraban ilícito para los hombres tener las mujeres que se pudieran mantener, se exigía que por cada mujer tendrían que cultivar un nuevo campo, por lo que era muy común entre los ricos y poderosos señores.

Para el pueblo maya, el matrimonio monógamo era el acostumbrado, y únicamente los señores principales podían tener dos esposas.

Los jóvenes mayas al cumplir 20 (veinte) años ya se encontraba en edad de contraer nupcias y sus padres eran los encargados de buscarles esposa, al contrario de esta disposición el buscarle esposo a alguna de sus hijas era considerado un hecho vergonzoso. Para los aztecas el matrimonio polígamo era común, la edad para casarse en las mujeres oscilaba entre los 15 y 18 años y en los varones entre los 20 y 22 años, si algún hombre no cumplía con esta regla se le exhortaba a que lo realizara y en caso de no hacerlo, tenía la prohibición de allegarse a cualquier mujer.

Entre el pueblo de los tlaxcaltecas la sanción a la misma norma era raparlos.

Estaba castigado entre los aztecas con la pena de muerte la unión entre descendientes y ascendientes, hermanos, suegros y yernos o nueras y padrastro o madrastra y entenados.

Por lo contrario se aceptaba el que cuando se muriera una persona, el hermano tomara como esposa a su cuñada y en caso de ser varias a todas y se llevaba también a cabo con carácter obligatorio el que se casara con su cuñada si su hermano no había dejado descendientes.

Para todos estos pueblos no era problema alguno el que el hombre casado cometiera adulterio con mujer soltera, únicamente la mujer era conjeturada por la comunidad, pero sí la mujer adúltera era casada era considerada como una de las faltas más graves, que por lo general se hacían acreedores a la pena de muerte, de los pocos pueblos que no castigaban con tal pena a sus mujeres que cometieran adulterio, podemos señalar a los mayas, sus mujeres adúlteras sólo eran repudiadas por su cónyuge y en caso de haber descendencia, si eran chicos se quedaban bajo la custodia de su madre y en caso de ser mayores las hijas permanecían con la madre y los hombres con el padre, quedando en libertad la mujer para unirse si era su voluntad

a otro hombre y con el tiempo hasta regresar con su marido.

Los aztecas y zapotecas privaban de la vida a la mujer adúltera junto con su amante, sanción que era ejecutada por el propio marido agraviado, quien tenía la opción en caso de así quererlo en lugar de matar al amante de arrancarle las orejas, la nariz y la boca.

En texcoco según la legislación de netzahualcoyotl el castigo era la lapidación, cuando el esposo sorprendía infraganti a la esposa, y en otros supuestos se castigaba por medio de la estrangulación.

Por lo que se refiere a la responsabilidad por culpa, se encuentran algunas singularidades, por ejemplo, -- quien se acostaba con una esclava se hacía esclavo del -- dueño en caso de que aquella pereciera en el parto o quedara lisiada; el suplía a la esclava percedida o perdida.

El embriagarse completamente al parecer era en algunas ocasiones atenuante, pero no en todos los delitos -- en el adulterio era un agravante de la pena.

La que prestaba ayuda a una mujer para abortar era

castigada de la misma forma, lo mismo sucedía en el envenenamiento, ya que al que suministraba el veneno se le sancionaba como asesino (con muerte).

Respecto a la concurrencia de delitos, se tenía estatuido que si el adúltero había privado de la vida al esposo, este era quemado vivo, siendo rociado con agua y sal.

El adulterio cometido con una mujer del príncipe o rey, tenía como castigo el descuartizamiento; aún el simple galanteo con una de sus mujeres tenía como pena la muerte, algo similar ocurría en Michoacán.

Para la violación se imponía la pena de muerte, con excepción de que el sujeto pasivo fuere una ramera - lo mismo ocurría con los otomíes.

En Michoacán, el violador era empalado después de haberle rasgado la boca hasta las orejas.

Un caso semejante a la violación nos es relatado del tiempo del primer rey de México, Acamapichtl (1367 a 1387) "Una mujer había robado maíz de un granero, lo que tenía como pena la muerte o la esclavitud, un hombre que la había visto le prometió no denunciarla si se le entre

gaba, a lo que ella accedió, no obstante lo cual la denunció; la mujer fue perdonada y el hombre esclavizado.

(10)

"La crónica del tiempo del tercer rey de México - Chimalpopoca (1415 - 1425), refiere un caso inverso de violación; una mujer que abusó de un hombre ebrio fue lapidada". (11)

En caso de incesto se imponía la pena de muerte, lo mismo acontecía cuando volvían a contraer matrimonio mutuamente los esposos separados, porque lo consideraban como especie de incesto, la misma sanción había para los actos contra natura establecido en Tlaxcala, entre los otomíes en Ixcatlán no había pena alguna.

Para los aztecas las desviaciones sexuales eran investigadas y castigadas severamente estos hechos en las comarcas conquistadas; no obstante esto se llevaba a cabo imprudentemente en muchos lugares, al parecer cuentan los historiadores que estos pueblos eran aficionados a prácticas contra natura.

El estupro cometido con una sacerdotisa o con una joven de familia prominente tenía como resultado la pena de muerte para ambos culpables, los que eran empalados,

(10) Esquivel Obregón. Toribio. op. cit. p. 192.

(11) Esquivel Obregón. Toribio. op. cit. p. 193.

quemados y sus cenizas esparcidas al viento.

Hasta el hombre que se introducía ilegalmente en la casa donde se instrufan las doncellas era castigado - con la muerte, o cuando una de éstas platicaba secretamente con un hombre.

EPOCA COLONIAL

En esta época se registra un giro total de legislaciones y por ende vienen las leyes de las instituciones jurídicas españolas a revolucionar totalmente el sistema que tenían los aztecas. Carrancá y Trujillo anota "La ley 2, I, lib. II de las leyes de Indias disponía: - En todo lo que no estuviera decidido ni declarado... por las leyes de esta recopilación o por cédulas, previsiones u ordenanzas dadas y no revocadas por la de Indias, se guardan las Leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a las del Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de sustanciar". (12)

El citado jurista hace una enumeración de las leyes que supletoriamente regían en las colonias, que era todo el derecho de Castilla y las fuentes en ambas eran-

(12) Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, 17a. -- edición, Editorial Porrúa, 1991, pág. 116.

comunes. Enuncia el maestro: "Así tuvieron aplicación el Fuero Real (1255), las partidas (1265), el ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla - (1484) las leyes de Toro (1505). La nueva recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805). Pero de tan rico venero fueron principalmente esta última y las partidas las que más frecuentemente se aplicaron, siendo su autoridad mayor que la que por ley les correspondía". -- (13)

En relación a las Siete Partidas que es donde se encuentra una parte de la legislación Penal de la Colonia, el Penalista anteriormente aludido opina: "En cuanto a las Siete Partidas de esencia predominante aunque no exclusivamente Romana y Canónica, es la Séptima la dedicada preferentemente, aunque no en total a la materia penal.-- Se compone de XXIV títulos dedicados a las acusaciones -- por delitos y a los jueces; a las traiciones lides y acciones deshonorosas; a las infamias, falsedades y deshonoras; a los homicidios, violencias, desafíos, treguas; a los robos, hurtos, daños; a los timos y engaños; a los adulterios, violaciones, estupro, corrupciones y sodomías; a los reos de truhanería, herejía, blasfemia o sui-

(13) Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, 17a. -- edición, Editorial Porrúa 1991, pág. 120.

cidio y a los judios y Moros". (14)

En lo citado con anterioridad puede vislumbrarse-- genéricamente un precedente del delito materia de nuestro estudio, en la parte referente a acciones deshonorosas; ya que caben en este delito, diferentes tipos de acciones - que sin llegar a la Cópula ni al abuso sexual, sean equi- parables a algún tipo de hostigamiento sexual.

EPOCA CONTEMPORANEA.

En México, los estudios e investigaciones que se- han realizado sobre el hostigamiento sexual son muy limi- tados, es una figura Anglosajona y en los Estados Unidos es en donde inician los análisis y observaciones, como - lo señalan los autores norteamericanos, Brewer y Berk -- (1982), "El hostigamiento sexual no fue reconocido como un problema sino hasta la mitad de la década de los se-- tenta". (15)

Mackinnon (1979), comenta que hasta 1976, es cuan- do se propone el término de "Hostigamiento, para englo-- bar una serie de hechos que se presentaban en el ambien- te laboral y que eran impronunciabiles, lo que hacían que

(14) Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, 17a. edi- ción, Editorial Porrúa 1991. pág. 120.

(15) Bedolla Patricia y García Blanca, Hostigamiento Sex- ual, Revista Fem. No. 63 1988, México, D.F. pág. 9.

este hecho se considerara inexistente". (16)

Consideramos que algo similar sucede en nuestra sociedad porque muchos de nosotros no entendemos lo que se trata de decir e incluso al enterarnos nos parece de poco interés considerarlo como un problema.

A continuación presentaremos una serie de definiciones que se han realizado sobre este problema, para conocer la forma en cómo se ha concebido e identificar los elementos característicos que lo determinan.

De esta forma Mackinnon, lo define "Como una imposición no deseada de requerimientos sexuales en el contexto de una relación desigual de poder, este ultimo derivado de la posibilidad de dar beneficios e imponer privaciones además de la carencia de reciprocidad en quién recibe los acercamientos sexuales". (17)

Gruber y Bjorn (1982), lo conceptualizan como --- "Cualquier propuesta sexual física o verbal que es repetida y no deseada, así como expresiones de desprecio o alu-

(16) Bedolla P. y García B., El Hostigamiento Sexual en los espacios laborales, Cuadernos de Psicología, --- U.N.A.M., México, D.F. pág. 13.

(17) Bedolla P. y García B., El Hostigamiento Sexual, fuente de problemas y conflictos para la mujer trabajadora, Cuadernos de Psicología U.N.A.M., Pág. 14.

siones discriminados sexualmente hablando, en el lugar de trabajo, las cuales resultan ofensivas y objetables para quien las recibe, causandole incomodidad y humillación, además de interferir en la ejecución de su trabajo". (18)

Guteck y Morash, mencionan que el hostigamiento sexual es una manifestación más de uso del poder entre los sexos" (19), agregando los autores en cita que por otro lado se encuentran los conceptos que identifican a los roles sexuales de hombres y mujeres como factores del hostigamiento sexual.

En nuestro país, los propositos que se han producido por examinar e indagar el Tópico, materia a desarrollar, fueron iniciados por Valle en 1984 y Bedolla y García en 1985, Valle (1984), concebía el hostigamiento sexual, como una figura que solo era dable en los espacios laborales, sin lograr una conceptualización transparente del mismo y sin embargo en el año de 1985, Bedolla Patricia y García Blanca, investigadoras del programa de Estudios de la Mujer en la Facultad de Psicología en la U.N.A.M., quienes son pioneras en el estudio formal del -

(18) García y Bedolla, Una aproximación sobre el análisis del Hostigamiento Sexual en las mujeres, Cuadernos de Psicología, U.N.A.M. pág. 47.

(19) Ibidem. pág. 48 .

ilícito en estudio en nuestra Patria, realizaron un estudio denominado: "EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL FUENTE DE PROBLEMAS Y CONFLICTOS PARA LA MUJER TRABAJADORA".

Las investigaciones en cita, retoman la definición propuesta por Mackinnon para el hostigamiento sexual en el año de 1979, con algunas variantes para quedar como sigue: "Imposición no deseada de conductas físicas o verbales de naturaleza sexual en el contexto de una relación desigual de poder, este último derivado del status social superior que los hombres tienen en relación con las mujeres. En este sentido la sexualidad femenina es controlada por el otro sexo sin concederle a las mujeres el derecho de disponer de su propia sexualidad". (20)

1.- "Aquella imposición de requerimientos sexuales que no necesariamente llegan a la Cópula, que intimidan y molestan física y psicológicamente a alguien.

2.- Aquella imposición de requerimientos sexuales que puede llegar a la Cópula y que tienen la finalidad de evitar un perjuicio u obtener algún beneficio a cambio de aceptar tales requerimientos". (21)

(20) Bedolla P. y García B., La importancia de legitimar el hostigamiento sexual, Ponencia, Foro de Consulta Popular sobre delitos sexuales, Comisión de Justicia, H. Cámara de Diputados, LIV Legislatura, 1989 pág. 166.

(21) Bedolla P. y García B., La importancia de Legislar el Hostigamiento sexual, revista Fem no. 80 - 1989, pág. 8.

Bedolla y García, abordan los problemas a los que se enfrentan las mujeres al ser asediadas por los hombres, hecho que según ellas sucede principalmente en el ambiente laboral, así como los sentimientos de impotencia, humillación, degradación, etc., que esto implica.

Nos señalan que la negativa a estas proposiciones o aproximaciones de naturaleza sexual puede traer como consecuencia un perjuicio o daño en la esfera laboral de la mujer hostigada, y por ende tienden a negarse a hablar de él, pensar que le gusta ese tipo de comportamiento.

Ahora bien las autoras precitadas concluyen al manifestar que el hostigamiento sexual se distingue por 4 aspectos básicos:

"a) Acciones sexuales no recíprocas.- Que son conductas verbales y/o físicas recibidas por alguien sin ser bienvenidas, ni recíprocas, estas conductas pueden ser:

- Gestos y miradas lascivas.
- Presiones para una cita.
- Bromas o comentarios sexuales.
- Insinuaciones o proposiciones directas de tener relaciones sexuales.

- Tocamientos, caricias, pellizcos, apretones o besos.

- Verse acorraladas en algún lugar, etc.

b) Coerción sexual.- Esta se refiere a la intención de causar alguna forma de perjuicio o proporcionar algún beneficio a alguien por aceptar o rechazar las acciones sexuales.

c) Evaluación Negativa.- Son acciones vistas como probables dentro del contexto laboral.

d) Sentimientos displacenteros.- El impacto que tienen en quien las recibe, las hace sentirse humilladas, deprimidas". (22)

Por lo expuesto se constata la existencia de una gran diversidad de concepciones o definiciones (Extranjeras), y nuestras Autoras Mexicanas se apoyaron en estas investigaciones para abordar su estudio en México, cabe aclarar que nuestra idiosincracia es muy diferente, por muy parecidas que puedan ser las conductas desplegadas por el sujeto Activo y el Pasivo en este Delito.

(22) Bedolla P. y García B., El Hostigamiento sexual, --- fuente de problemas y conflictos para la mujer trabajadora, Cuadernos de Psicología U.N.A.M., México, -- D.F., págs. 15 y 16.

Consideramos que se precisa emprender un examen -
acucioso desde los ámbitos Social, Político, Legal y psic
cológico, siendo muy importante que sea acorde a nuestra
realidad, por lo que a nosotros se refiere, lo aborda - -
mos desde el punto de vista jurídico, por ser ya una fi-
gura tipificada por nuestro Código penal vigente.

CAPITULO III

ABUSO SEXUAL

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, ejerce en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, 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"

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 - una mujer, suponiendo sin conceder, que pudiese ha blarse de cópula hombre a hombre, mujer a mujer, antes - de que se efectúe el acto sexual, ya hay un principio de cópula.

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

"El Título Décimo Quinto, ya derogado, se denominaba así "Delitos Sexuales Capítulo I. Atentados al Pudor, Estupro y 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 "especifican", a saber:

"La ley no específica todos los delitos". ¿Porqué -- restringir, entonces, o especificar? La nueva denominación me parece criticable. ¿De qué 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 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 éste Código- para que indague hasta el fondo físico y psíquico causado por los atentados sexuales; lo que significa que no hay por que 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? y ¿Cuál es la razón por la que no los ha in--- cluido en el Título Décimo Quinto?. Uno de los aspectos - más criticables de esta reforma, 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-primero 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 éste delito de privación -- ilegal de la libertad con el propósito específico de realizar un acto sexual, se sacó de su ámbito natural, de libertad sexual para llevarlo al de la libertad laboral?, aquí -- sorprende por la evidente falta de lógica legislativa. Se trata o se debería tratar de un asunto de clasificación, de sistematización. 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 estricto 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 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 importante, por lo que es sujeto pasivo del delito, sea que otorgue el consentimiento o no. El sujeto pasivo es calificado: persona púber o impúber.

El delito erótico-sexual es un acto diverso del -- acceso carnal y no consistente en palabras, ejecutado por el sujeto activo con o sobre 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, palpar las piernas o los pechos a una mu-

jer 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 compulsión 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 de 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 etc. 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 diversos delitos y no el consumado de atentado al pudor; por ejemplo tentativa de estupro --- (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 sus impulsos sexuales, nacientes o adultos.

La persecución del delito es de oficio. Hubiera sido procedente que lo fuera de querrela necesaria, por la publi cidad 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 con sentimeinto de una persona púber o impúber, o con consenti miento de esta última, ejecute en ella un acto erótico-se-- xual sin el propósito directo e inmediato de llegar a la có pula, 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 ele-- mentos calificativos del sujeto pasivo; a saber, "púber" o "impúber"; porque ellos definían con toda claridad la natu-- raleza de tal sujeto. No es lo mismo, evidentemente, la -- falta de consentimiento en una persona púber que el consen-- timiento en una impúber. ¿Porqué lo ha suprimido el legis-- lador?. Ahora el juez, frente al vacío de la ley, deberá - reflexionar en dichas circunstancias. Por otra parte yo en tiendo que la pretensión de la intención lasciva es algo -- muy difícil de probar aparte de que la lasciva es consubs-- tancial al acto sexual de que se habla. La primera acep---

ción de la palabra lasciva es la "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 ejecutando con intención lasciva. Luego viene otras acepciones: una anticuada que tiene que ver con el apetito inmoderado de una cosa y otra que es sinónima y a fin de la lujuria, de la impudicia de la deshonestidad. ¿A cuál 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 aquél 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 esté último, configuraría tentativa de diverso delito no el consumado de atentado al pudor. Lo cierto es que en la ejecución del acto sexual a que se contrae el nue

vo artículo 260 hay, quiérase que no, y por lógico mandato de la naturaleza, un propósito, no 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 relación con el texto derogado, pero en forma tan reducida que se sigue alcanzando el beneficio de la libertad bajo caución. ¿Cuál 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 alcanzará 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 1989.

Se trata, como se ve (escribe estas líneas en marzo de 1991), de hacer y rehacer, de enmendar y remendar, de mo

ver 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 esta época Dorado Montero, es la moda legislativa que jamás atiende al fondo de la norma jurídica - cultural. V la nota 857 a 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 consentimiento de un tercero y sin propósito de llegar a la cópula, ejecuta en éste un acto sexual o bien lo obliga a ejecutarlo, ha realizado así actos encaminados inmediatamente y directamente a la realización de un delito que no consume por causas ajenas a la voluntad del agente (me acojo aquí a la fórmula original de la tentativa en el Código del 31, pasando por alto la absurda reforma del 85 al artículo 12; y, nota núm. 40 a dicho artículo 12). Todo indica por lo menos en principio que se trata de una violación en grado de tentativa; ¿porqué como 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 (re

pito, ¿como saberlo?) señala al mismo tiempo que el sujeto activo un acto sexual. Y esto es tentativa, aunque mal --- explicada o peor legislada.

Por último, y como alguien ya ha observado con sutil 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 ésta u obligándola a ejecutarlo, - es claro que hizo uso de la violencia. ¿Porqué 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 modificado del tipo de la tentativa sosteniendo que el sujeto activo quería violar o estupro. 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)

(1) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal Anotado. editorial Porrúa. México, 1991. 16ª - Edición, p. 124.

Recapitulando, este delito 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 lógica-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 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.

REQUISITO PARA PROCEDER.

Del texto del artículo se deduce que éste delito es - procedente en cuanto a su requisito, la denuncia es decir - que cualquier persona puede comparecer ante la Representación Social a efecto de poner en conocimiento de éste los - hechos ocurridos, con el fin de que sean investigados y con - sideramos por nuestra parte que es muy prudente la decisión del legislador en el sentido de que éste ilícito se persiga de oficio, toda vez que resulta muy común que los hombres - ejecuten las maniobras aludidas en el numeral de mérito.

CAPITULO IV

ESTUPRO

Este delito, a diferencia de los dos anteriores, ya tiene mucho tiempo de regulado por el Código Penal para el Distrito Federal.

El diccionario para Juristas, 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 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 coromper, seducción. El vocablo latino estupro, equivale-

(1) Diccionario para Juristas. Ediciones Mayo. México --- 1981. 1a: Edición pág. 516.

a estuprar, violar por fuerza a una doncella, quitarle su honor, contaminar, corromper, echar a perder". (2)

El alcance y delimitación del concepto estupro, -- con independencia de su origen etimológico, ha tenido variación, pues a través del tiempo se ha reducido el acceso carnal del hombre con una mujer, logrado 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.

En la actualidad, el artículo 262 del Código Penal 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 artículo de mérito fue reformado en su penalidad, en virtud de que antes ésta, era de un mes a tres años de prisión. (3)

-
- (2) Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial UNAM. México 1985. Tomo III. p. 144.
(3) Cfr. Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal Traducción. Editor. Temis. Bogotá Colombia. 1958. 1a. Edición, pág. 320.

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 mujer doncella o viuda de buena fama. En el derecho canónico, el estupro es el concúbite entre soltero y soltera virgen, o viuda honorada; sea voluntario o forzoso. La Ley de Leovigildo, de los visigodos, establecía que si el estuprador 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 pena de muerte, cambiándose después por castración y pérdida de ambos ojos.

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 otros aspectos que le otorga un sentido más estricto. 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.

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 (ausencia 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 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 conducirse voluntariamente para decidir sobre la realización de la cópula o no esté en posibilidades de resistir el propósito del activo en dicho sentido.

Al observar diversas legislaciones en torno al estupro, advertimos que el Código Penal para el Distrito

Federal, señala como requisitos de este ilícito penal, la simulación de un casamiento válido, o el abuso de facilidades ocasionales o familiares, o que por medio de maquinaciones dolosas capaces de sorprender la buena fé, consigue el goce sexual fuera del matrimonio de una mujer virgen menor de dieciocho años de edad.

Por su parte, la Legislación Penal Española establece 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 ordenamiento 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.

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 violencia, lo que significa estar frente al delito de violación en el derecho penal mexicano.

El artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal definía que cometía el delito de estupro, quien tuviera cópula con mujer menor de dieciocho años de edad, casta, honesta obteniendo su consentimiento por medio de engaño.

La cópula significa atadura, ligamiento, nexo, -- unión etc., se refiere al concubito o coito. En sí mismo, el concepto no ofrece problema; 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 contra natural, la mayoría se inclina por desechar esta última argumentando que la mujer que acepta relación anormal carece de castidad y honestidad, y, por ende, jamás se colmará el estupro.

La seducción se manifestaba 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 -- propósito de que se haga aparecer como cierto lo que no es; obrar que, en el caso concreto, tiende por fin a lograr la pretensión erótica.

El bien jurídico que justifica el tipo penal a es

tudio, 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 hasta de veintitrés años, hay otros ordenamientos penales en nuestro país, más recientes 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 República es de 12 años de edad; pero los ordenamientos relativos a los estados de México, Veracruz y Nuevo León (éste de 1981), señalan un mínimo de edad de catorce años.

La persecución del estupro en el Código Penal para el Distrito Federal es por querrela de parte, por ende operó el perdón, con la circunstancia de que el casamiento habido entre el estuprador y la ofendida extinguía la acción penal.

CAPITULO V

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.

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 Huerta, 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)

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

- (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, 1982, pág. 250.
- (3) Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Reimpresión. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. 1951, - pág. 342.

Celestino Porte Petit, afirma que el delito de -- violación es la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva.-

(4)

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 no fuera de su clase social, ni diera su consentimiento, pues en caso contrario, no se castigaba al violador.

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

GRECIA.

Aquí al sujeto activo se sancionaba, con el pago de una multa y la obligación de casarse con la víctima - si ésta 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 disminuída 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. (6)

INGLATERRA.

En este lugar, Guillermo el Conquistador, impuso-

(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.

para el delito de violación, la pena de castración, para el que incurriera en dicho ilícito.

ESPAÑA.

Primeramente encontramos que en el Fuero Juzgo, se trata a la violación en el Libro Tercero, Título Segundo y establece en su primera ley que si la mujer perdió su virginidad, aquel 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 persona que vive honestamente.

- b).- Es que fuerzan una gran 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 perceptúa 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 juzgador del lugar donde fue hecha la fuerza, así también puede acusar a los que lo 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 mujer robada o forzada fuera religiosa, entonces todos los bienes del forzador deberían pasar al monasterio de donde la sacó.

MEXICO.

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

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 su sexo.

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 la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo".

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 o 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.

Por decreto de fecha 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de

enero de 1984, y que entró en vigor a los 90 días de su publicación, fue reformado 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 fue re 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.

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 comporta--- miento. (7)

(7) Larousse Usual, Op. cit. pág. 76.

El maestro Fernando Castellanos Tena, (8) 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 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 delinquían, pero se les castigaba para impresionar y finalmente en la tercera etapa, solamente se sancionaba al propietario del animal dañoso.

Evidentemente el delito de violación es de acción, en virtud de que el mismo no presenta las formas de omisión y comisión, es decir que dada la naturaleza del tipo, o sea la cópula exclusivamente puede efectuarse por un hacer, al respecto el importante autor Alberto González Blanco expresa atinadamente que en orden a la conduc

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

ta, el delito de violación objeto de estudio en este trabajo recepcional, debe ser ubicado como un delito de acción.

Asimismo podemos decir que el delito de violación es un ilícito formal, eminentemente de acción, razón por la cual ningún sujeto puede ser actor del delito de violación por omisión. Si no puede hablarse de autores del delito de violación por omisión, muy bien se puede ser responsable de este delito en calidad de concurrente, -- por efecto de un comportamiento omisivo.

Igualmente se considera que el delito de violación 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 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, -- surgiendo 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 presuponen que se hubieren puesto en peligro el bien jurídico protegido por el derecho.

Así pues, el concepto de peligro viene a ser la posibilidad de conocer la presentación de un acontecimiento dañoso 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 Castellanos Tena (10), afirma que para la existencia del delito, se requiere de una conducta o hecho humanos, más no toda conducta o hecho son delictuosos, sino que se requiere que estos sean típicos, antijurídicos y culpables.

(10) Castellanos Tena, Op. cit. pág. 165.

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 legales.

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, ni 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 fundamentalmente es la libertad sexual, por ello el ayuntamiento 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 FISICA O MORAL.

Atendiendo a la gramática, violencia significa en-

tre otras acepciones, fuerza intensa, impetuosa, abuso - de la fuerza, coacción ejercida sobre una persona para ob- tener su aquiescencia en un acto jurídico, en sentido fi gurado significa según el pequeño Larousse Ilustrado (11) violación de una mujer.

El Diccionario de Derecho de Rafael de Pina, (12) indica que violencia es la acción física o moral lo sufi- cientemente 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 mate- rial sobre la persona del sujeto pasivo, a efecto de im- ponerle la cópula en contra de su voluntad exteriorizada- en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física ha- de ser suficiente para vencer a la víctima que opone resis- tencia y por lo tanto, debe estar en relación con su cong- titución anatómica.

El empleo de la fuerza material física, hace reve- tir al delito de un carácter muy grave por el extremo pe- ligro que acarrea, ya que el brutal ímpetu de la acción - ofende intensamente la libertad personal o integral corpo- ral.

(11) Pequeño Larousse, Op. cit. pág. 1066

(12) De Pina Rafael, Op. cit. pág. 483.

En caso a la resistencia, que es el elemento o -- factor objetivo de la fuerza, Francisco Carrara (13) -- exige que sea seria y constante, entendiendo por seria -- que exista realmento, 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 autor consideramos que es exagerada, to da 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, ame naza de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el - temor que causan en el ofendido o por evitar males mayo-- res, 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 fuerza, pues este puede intimidarse o perturbarse con la mención de que los males recaerán en personas de su -- afecto.

[13] Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Tra-- ducción José Torres, Editorial Temis, Bogotá, Colom-- bia, 1958, Tomo II, págs. 254 y 255.

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.

COPULA.

Entiéndase por cópula el acceso carnal, se constituye como elemento de la violación siempre que esta 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 Asúa, (14) 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

(14) Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Editorial Lozak. Buenos Aires, Argentina, 1950, p.ág.810.

función ajena al derecho punitivo si no va acompañado de violencia".

Raúl Carrancá y Trujillo, (15) 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 anormal de éste. Existe según el mencionado autor - cópula lato sensu cuando en la 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, (16) sostiene que por cópula debe entenderse como la unión de dos cuerpos 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 -

(15) Carrancá y Trujillo Raúl. Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal -- Anotado. Editorial Porrúa, México, 1983, pág. 82.

(16) Jiménez Huerta, Op. cit. pág. 148.

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, (17) piensa que fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contranatura como en los normales.

Continúa el importante autor (18) concluyendo que en su acepción erótica general, la acción de copular comprende los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la 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 cópula, 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, o de que un acto ya iniciado sea interrumpido por cualquier causa y con independencia, también, de las consecuencias posteriores a la cópula.

(17) González de la Vega, Op. cit. pág. 321.

(18) Ibidem.

El anterior estudio hecho por el importante autor, se deduce que por cópula 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 unirse carnalmente con otro va a encuadrar dentro del - concepto cópula, sin importar si ésta sea quien tenga - miembro viril o lo tenga la persona con quien va a ayuntar, pues como el mencionado maestro lo señala, la conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o al modo como se opere.

Sujeto Activo y Sujeto Pasivo.

En todo delito se presentan dos personas, la que actúa, que en el presente trabajo recepcional estableceremos, 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 jurídicamente protegido, el ofendido es la persona que recibe 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 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, (19) sostiene que si el acceso carnal quiere decir entrada o penetración, la mujer está imposibilitada para ser sujeto activo en el delito de violación.

Alberto González Blanco, (20) manifiesta que el elemento nuclear de la acción descrita en la Ley, es tener cópula y tener cópula es una conducta activa y que -

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

(20) González Blanco, Op. cit. pág. 285.

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 por su anatomía, dispone de un órgano capaz de introducirlo en cuerpo ajeno.

SUJETO PASIVO.

A diferencia del delito de estupro en el cual la acción debe recaer en 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 diferentes para la integración del tipo, varones o mujeres, casado, casada, virgen, soltera, soltero, joven 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 térmi--
nos:

Artículo 265.

Al que por medio de la violencia física o moral --
realice cópula con persona de cualquier sexo, se le im--
pondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende --
por cópula, la introducción del miembro viril en el cuer--
po de la víctima por vía vaginal, anal u oral, indepen--
dientemente de su sexo.

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

CAPITULO VI

EL ELEMENTO COPULA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.

A) EN EL ABUSO SEXUAL.

El artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, dispone: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a efectuarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión si se hiciere uso de la violación física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en su mitad".

En este artículo se efectúa un verdadero esfuerzo para ubicar el delito, ya que no se especifica que la descripción arriba anotada se refiere al abuso sexual, obviamente se deduce que hay un abuso, porque se habla de un acto realizado sin consentimiento del sujeto pasivo, ahora bien en el tipo penal descrito se habla de la cópula y de acto sexual y según nuestro particular punto de vista no puede haber acto sexual sin cópula, aún con la defectuosa definición de cópula que proporciona el artículo 265 párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal, sostenemos que no había acto sexual --

sin cópula.

Antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de enero de 1991, que cambió de denominación a los llamados hasta entonces "Delitos Sexuales", el artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal describía lo siguiente: "Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de ésta última, ejecute en ella acto erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, se le aplicará de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos.

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

Observamos que en ambos numerales la diferencia es que en el actual 260 del Código Penal aludido, se habla de acto sexual y en el anterior 260, se hablaba de actos eróticos sexuales y en ambos hay diferencias sustanciales, ya que un acto erótico sexual, es muy diferente al acto sexual pues las caricias a una mujer o a un hombre son actos eróticos sexuales y en el acto sexual, para que se lleve a efecto, requiere de la unión hombre-mujer mujer-mujer y hombre-hombre según sea el caso y en -

esa unión forzosamente debe intervenir el aparato genital de ambos sujetos, por ello pensamos, que la creación del tipo descrito por el artículo 260 del Código Penal - vigente para el Distrito Federal, da lugar a confusiones en cuanto a su aplicación práctica.

B) EL ESTUPRO

En el artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal se establece: "Al que tenga cópula con -- persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obte--- niendo su consentimiento por medio de engaño, se le apli--- cará de tres meses a cuatro años de prisión".

El artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal definía: "Al que tenga cópula con mujer de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a qui--- nientos pesos".

Como observaremos de la lectura comparativa del - artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal, - vigente y el anterior, se deduce que en el actual ya no se especifica que el sujeto pasivo del delito sea mujer- como antes ocurría y ahora ya no se habla de tal hipóte- sis y más aún ya no se preve el hecho de que si el estu- prador se casaba con la estuprada no se procedería con-- tra aquel, es decir que cesaba en consecuencia toda acci- ón penal para perseguirlo.

Por lo antes explicado, en el delito de estupro -

no se explica de manera muy clara lo que debe entenderse por cópula y ello da lugar a suponer hipótesis muy -- absurdas como "cópula es no idóneo" y más aún se puede-- ubicar el supuesto de que un hombre pueda ser estupra-- do como muy atinadamente determina el Doctor Raúl Carran-- cá y Rivas, tal como en el capítulo respectivo ya lo men-- cionaremos.

C) EN LA VIOLACION.

El artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal define lo siguiente:

"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 por cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo - del ofendido".

El anterior Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 265 disponía: "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 mujer impúber,- la pena de prisión será de seis a diez años".

De la simple lectura de ambos artículos, se observa que existen dos párrafos agregados que definen a la cópula (como si la violación fuera delito privilegiado) y a la llamada violación instrumental.

La que nos resulta imcomprensible entender es la razón por la cual únicamente en el delito de violación se define lo que es cópula y por ello nos dimos a la tarea de hacer este trabajo recepcional para establecer -- nuestra postura, en el sentido de que en todos los delitos contra la libertad y la normal desarrollo psico- --- sexual debería definirse claramente el concepto cópula.

D) POSTURA PERSONAL.

Para fijar claramente nuestra posición ideológica respecto al aspecto medular de esta tesis, recurriremos al libro Medicina Legal del maestro, Doctor Salvador -- Martínez Murillo, quien explica lo siguiente:

"Se llama "cópula" a la introducción del elemento masculino, (pene), en vaso idóneo para practicarla - (vagina) elemento femenino.

"... Pero qué diferencia hay entre la cópula y - el coito?. Cópula es específico, coito es genérico, --- puesto que puede efectuarse fuera de la condición normal, así puede haber coito anal, coito perineal, coito-bucal, etc". (1)

Lo que es evidente, cópula es un concepto médico y no jurídico, no obstante en un sinfín de casos prácticos, fueron condenados supuestos sujetos activos en el delito de violación y en muchos de ellos no hubo cópula medicamente hablando, el "concepto jurídico" de cópula-creado por legisladores que debieron asesorarse de médi

(1) Martínez Murillo, Salvador. Medicina Legal. Editorial Librería de Medicina. México 1972. 10a. Edición. p. 268'

cos legistas, es una aberración técnica y aceptar este - concepto plenamente erróneo, sería tan absurdo como concebir un "concepto médico" de justicia, consistente en su poner que justicia es que cada quien hiciera lo que quisiera.

Por lo anterior criticamos la definición de cópula proporcionada por el segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal y propondríamos una definición médico-legal y como estamos conscientes de la dificultad que existe para que los legisladores mexicanos acepten propuestas de pasantes de Derecho, proponemos como última (y no deseada) idea que el artículo 265 párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal diga: "Para los efectos de este capítulo, se entiende por cópula..."

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

1. BEDOLLA PATRICIA Y GARCIA BLANCA. HOSTIGAMIENTO SEXUAL. CUADERNO DE PSICOLOGIA. MEXICO 1988.
2. BERNALDO QUIROZ, CONSTANCIO. ALREDEDOR DEL DELITO Y DE LA PENA. EDITORIAL VIUDA DE RODRIGUEZ. MADRID, ESPAÑA - 1904.
3. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. CODIGO PENAL ANOTADO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1991. 16ª EDICION.
4. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1986. 15ª EDICION.
5. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1991. 30ª EDICION.
6. DICCIONARIO DE DERECHO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1981.
7. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. EDITORIAL ESPASA CALPE. MADRID, ESPAÑA 1984.
8. DICCIONARIO PARA JURISTAS. EDICIONES MAYO. MEXICO 1981. 1ª EDICION.
9. DURUY, VICTOR. HISTORIA DE LOS GRIEGOS, TRADUCIDA AL ESPAÑOL POR LEOPOLDO DE VERNEGIL ENRIQUE, MONTANER Y SIMON EDITORES. BARCELONA, ESPAÑA 1980.

10. ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO. TOMO I. MEXICO D.F. EDITORIAL PORRUA MEXICO 1984. 2ª EDICION.
11. GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. EDITORIAL LOSADA. BUENOS AIRES, ARGENTINA 1950.
12. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO D.F. 1990. 23ª EDICION.
13. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL. EDITORIAL LOSADA. BUENOS AIRES, ARGENTINA 1950.
14. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. TOMO II. MEXICO 1988. 16ª EDICION.
15. MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. - MEXICO 1990. EDITORIAL TRILLAS. 2ª EDICION.
16. MOMSEN, TEODORO. DERECHO PENAL ROMANO. EDITORIAL TEMIS. BOGOTA COLOMBIA, 1976.
17. PORTE PETIT, CELESTINO. ENSAYO DOGMATICO, SOBRE EL DELITO DE VIOLACION. EDITORIAL REGINA. MEXICO 1973.
18. SOLER, SEBASTIAN. DERECHO PENAL ARGENTINO. TIPOGRAFICA EDITORIAL ARGENTINA, 1951. 1ª REIMPRESION.
19. VELA TEVIÑO, SERGIO. ANTIJURICIDAD Y JUSTIFICACION. EDITORIAL TRILLAS. MEXICO 1986. 2ª EDICION.

D I V E R S O S

REVISTA DE DERECHO NOTARIA. EL DERECHO DE LOS AZTECAS. ---
VOL. 3, Nº 9. MEXICO 1959.

L E G I S L A C I O N

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.