

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES ACATLAN.

“ESTUDIO CRITICO DEL ELEMENTO 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:
ALICIA GARCIA SOTO

ACATLAN, ESTADO DE MEXICO.

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.

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO I. EL DELITO	3
A) CONCEPTOS	3
B) ELEMENTOS	10
C) ASPECTOS NEGATIVOS	15
CAPITULO II. EL ABUSO SEXUAL	17
A) DEFINICION	17
B) ELEMENTOS	17
C) ANALISIS	18
CAPITULO III. EL ESTUPRO	25
A) CONCEPTO	25
B) ESTRUCTURA	27
C) ESTUDIO	28
CAPITULO IV. LA VIOLACION	33
A) NOCIÓN	33
B) DESARROLLO HISTORICO	34
C) ESTUDIO JURIDICO	36
D) TRATAMIENTO MEDICO FORENCE	40
E) ESTUDIO ANALITICO	41

CAPITULO V.	ELEMENTO COPULA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.	45
	A) EN EL ABUSO SEXUAL	45
	B) EN EL ESTUPRO	46
	C) EN LA VIOLACION	46
	D) POSTURA PERSONAL	47
CONCLUSIONES		49
BIBLIOGRAFIA		51

INTRODUCCION

Durante la ultima campaña Electoral a la Presidencia de la República, se observo de las consultas efectuadas por diversos partidos políticos que existía un sentir nacional favorable a fin de reformar el Código Penal para el D.F., en materia Común y en materia Federal en todo el País, en lo relativo a los denominados Delitos Sexuales por lo que preciso por medio de este trabajo de investigación. Si efectivamente la voluntad del Gobernado fue aquella que plasmó el legislador en las reformas publicadas en el Diario Oficial el 21 de Enero de 1991, y es la misma que el poder en turno aplica en el desenvolvimiento de sus actividades legales

Todo ello con la pretensión de que no solo los estudiosos de la materia tengan conocimiento de mis puntos de vista, los cuales no deben ser desconocidos para ellos, sino que al mismo tiempo el gobernado pudiera en determinado momento tener acceso a los mismos, y entender sin ningún grado de dificultad, las condiciones y modalidades establecida por el legislador en los elementos que determinan como delito en sus reformas y adiciones, condición sin las cuales no se lograra el resultado final de la naturaleza jurídica de cada norma.

Ahora bien por lo que se refiere al legislador pretendo establecer criterios que sirvan de fundamento para la motivación de nuevas Reformas las cuales considero necesarias toda vez que si bien es cierto que las Reformas que se llevaron a cabo mediante publicación en el citado Diario obedecen a necesidades de nuestro medio social actual, también lo es que al legislador omitió indicar determinados elementos que el tipo penal requiere como pretendo demostrar por medio del presente análisis.

A MIS PADRES:

Porque gracias a su dedicación y empeño en educarme, lograron que alcanzara una de las metas más importantes en mi vida, como es la de llegar a efectuar este trabajo recepcional que me dará la oportunidad de obtener el título Profesional de una carrera que, en lo particular, es una de las más humanas, toda vez que el objetivo primordial de la misma es apoyar a nuestros semejantes, en los problemas legales que surgen a su paso, de la mejor manera, lo cual sólo se logra mediante una preparación constante, actualizándose, ya que este trabajo sólo constituye un peldaño en nuestra ardua labor, por lo que tendré en mente que día a día siempre habrá algo que aprender. Por todo, quiero darles las gracias, por su gran apoyo moral y económico, trataré de no defraudar la confianza que depositaron en mí.

A MIS HERMANOS:

Como un intento de superación humana.

Ignacio, José Manuel, Patricia, Ma. Dolores, Mary Carmen, José Juan, César Rafael. Y a una gran amiga, Dolores Luna Velázquez, por el apoyo que me ha brindado en lo personal y en todos sentidos.

CAPITULO I

EL DELITO

A) CONCEPTOS

Según el maestro Rafael Márquez Pañero, la palabra delito proviene del latín "delictio o delictum, del verbo delinqui delinquere que significa desviarse, resbalar, abandonar"¹.

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 es un concepto de raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo, por consiguiente lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa.

Luis Jiménez de Azúa, define el delito como, "toda acción u omisión, antijurídica, típica y culpable sancionada con una pena"².

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

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

Además de esa contraposición, con esa norma jurídica, es necesario que el hecho este 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 Antijuridicidad tipificada.

El acto humano debe estar sancionado con una pena, pues de allí deriva la consecuencia punible. Si no hay conminación de penalidad no existe delito.

¹Marquez, Piñero Rafael. *Derecho Penal*, Parte General. Editorial Trillas, México 1990, 2a. Edición. p. 131
² Jiménez de Azúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1943, 1a. Edición, p. 132.

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

En México el Código Penal de 1871, en su Artículo 1o. definió el 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 2o. 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 el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales.

Eugenio Cuello Calón, dice respecto a la definición del delito "que innumerables estudiosos del Derecho y Criminalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para determinar si un hecho es o no delictuoso, pero todas las gestiones han sido inútiles debido a que la noción del delito varía de acuerdo con cada pueblo y hasta en cada época, por tanto, sería difícil que este siguiera los cambios del Estado"³.

Uno de los penalistas que trataron de dar una definición del delito fue Garófalo, miembro de la Escuela positiva, quien pretendía formular una definición última del delito, para lo cual recurrió al delito natural, partiendo de la indagación de los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas. Queriendo formular, al principio, un catálogo de todas las acciones y omisiones humanas que en cualquier tiempo y lugar hayan merecido siempre la sanción penal, con el fin de dar el concepto de delito natural, pero tuvo que abandonar la tarea debido a que no había manera de fundar la contestación a su pensamiento. Y así tuvo que recurrir al elemento sociológico para conceptualizar el delito, pero relacionado el delito natural con el grupo social, y así manifiesta que el delito es "la ofensa de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida en que los posee un determinado grupo social".

Sin mencionar este autor cuales son estos sentimientos fuera del orden jurídico, así que esta definición dada por Garófalo incurre en el defecto de recurrir al orden social o sea a la comunidad organizada, por lo cual deja de ser un concepto naturalista, transformándose en Derecho Positivo, debido a que se basa en los sentimientos que tiene el Estado, "sobre la probidad y piedad"⁴.

³ Cuello, Calón Eugenio, *Derecho Penal*. Editorial Nacional 9a. Edición, México, p. 254

⁴ Citado por, Fausto E. vallado Berron. *Introducción al estudio del Derecho*, 1a. Edición, México, D.F. 1961, pp. 231-232.

Considerando la imposibilidad de conceptualizar el delito a la manera expuesta por los miembros de la Escuela Naturalista, que como se indicó, no hacen otra cosa que acudir al derecho positivo en cierta época, es necesario hacer mención del delito, indicando que era imprescindible señalara solamente los elementos que integran un hecho delictuoso, en virtud de que los elementos primordiales de justicia y equidad varía con el transcurso del tiempo. Es por ello que esta corriente, es la que en la actualidad es adoptada por un gran número de tratadistas considerando que siempre podrá hablarse del delito cuando concurren los siguientes elementos: Un hecho humano, típico, antijurídico, culpable, imputable y sancionado con una pena.

Desde luego, hay que hacer notar que las definiciones expuesta por los penalistas varía por la carencia o agregación de uno de los elementos mencionados, tal y como se demuestra claramente con las definiciones siguientes.

El penalista alemán Anselmo Von Feuerbach, dice que el delito es, "una acción contraria al derecho de otro conminada por una pena".⁵

Frans Von Liszt, fundador de la denominada Escuela Sociológica Alemana, manifiesta que el delito es: "Un acto punible, es la figura legal al que orden jurídico asocia la pena como consecuencia jurídica".⁶

Max Erensto Mezger, indica que el delito es "un acontecimiento típico antijurídico e imputable".⁷

El penalista español Eugenio Cuello Calón, dice que el delito es "una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena".⁸

El celebre penalista español Luis Jiménez de Azúa, dice que el delito es "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".⁹

Tanto el desarrollo como en la evolución del derecho penal, nos encontramos con numerosas definiciones que acerca del delito han elaborado los especialistas de la materia y los cuales con su pensamiento doctrinario nos ilustran al respecto, pero dada la limitación del presente trabajo es imposible citarlos todos y solo señalo los de mayor importancia, con el fin de darnos una noción general acerca del mismo.

⁵ citado por Marquez Piñero. *op. cit.*, p. 134

⁶ citado por Marquez Piñero. *op. cit.*, p. 135

⁷ Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa-México, 1974. 8a. Edición, p. 129

⁸ Cuello Calón Eugenio. *op. cit.*, p. 254

⁹ Jiménez de Azúa Luis. *op. cit.*, p. 134

A principios del año de 1764, y como resultado de la famosa obra del Cesar Beccaria Bonesana Marques de Beccaris, denominada "De los Delitos y de las Penas", se origina un entusiasmo general por el estudio científico del derecho penal y por ende, del delito. La obra del Marques de Beccaria trata con dureza singular los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma a fondo, siguiendo el pensamiento de grocio, proclama "que la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina, que la justicia penal no tiene nada que ver con la justicia de Dios. Estima el fundamento de la justicia penal, en la utilidad común en el interés general y en el bienestar del mayor número, sostenido como principio fundamental la alianza de la Ley penal, o como el la denominaba "política", con la Ley moral".¹⁰

A todas luces resulta acertado el pensamiento de Beccaria, ya que es entonces cuando se inicia propiamente el estudio sistemático de la ciencia Jurídica Penal y que logra una mayor brillantez, gracias a la definición hecha por el máximo exponente de la Escuela Clásica Francisco Carrara, quien define al delito como, "la infracción a la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad en los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".¹¹

En relación a la definición anterior, el penalista Luis Jiménez de Azua nos demuestra con verdadero acierto que Carrara no considera el delito como un ente jurídico por que su esencia debe consistir en la violación del derecho, define al delito "como infracción a la Ley en virtud de que un acto se transforma en delito cuando choca contra ella, pero para no confundirlo con el vicio es decir con el abandono de la Ley moral, ni con el pecado o infracción a la Ley Divina, afirma su contracción a la Ley del Estado, agregando que tal Ley ha de ser promulgada para la protección de los ciudadanos, y que sin ese fin no tendría obligatoriedad y también no haría resaltar la idea especial de que el delito no consiste en la trasgresión de la Ley ni es protectora de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos".¹²

"Carrara juzgo y considerando necesario incluir en su definición que el delito ha de ser resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, para abstraer el dominio de la Ley Penal, las simples opiniones, deseos y pensamientos, e igualmente para significar que solamente el hombre y únicamente el, puede ser agente activo del delito tanto en sus acciones como en sus omisiones y finalmente considera que el acto o la omisión deberá tener el carácter de moralmente la imputabilidad moral, el precedente indispensable de la imputabilidad política.

¹⁰ Jiménez de Azúa Luis *op. cit.*, p. 135

¹¹ Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, p. 137

¹² Jiménez de Azúa, Luis, *op. cit.*, p. 137

“En contraposición a la corriente Clásica a fines del siglo XIX, nace una corriente es la Escuela Positiva del Derecho Penal. este nuevo pensamiento trata de cambiar en forma definitiva el criterio que se tenía sobre el delito y trata de mostrar que este es un fenómeno o hecho natural resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos, considera al delito como algo fatal, forzoso, inevitable e independiente del querer del hombre.

Entre los principales exponentes del positivismo tenemos a Cesar Lombroso, creador de la antropología criminal, quien percibe a la conducta humana (desde luego al delito), como un resultado del factor biológico hereditario.

“Enrico Ferri considera al delito desde un punto de vista meramente sociológico al establecer que el factor de la delincuencia es el medio ambiente, pero es Rafael Garófalo quien nos da la definición natural del delito, al estimarlo como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida indispensable para la adaptación del individuo o la colectividad.

“Garófalo al igual que los otros positivistas, considera el delito como un fenómeno natural, pero mientras para aquellos la fuerza productora del crimen es biológica, psicológica, sexual, en fin, para él, al igual que par Ferri, el origen o las causas del delito nacen de la sociedad”.

Al comentar el maestro Ignacio Villalobos la definición sociológica dice. “No se puede investigar que es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella sola no existe el delito, sino a lo sumo buscar y precisar las normas de valoración, los criterios, las referencias conforme a las cuales una conducta se ha de considerar delictuosa.”¹³

Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo pero no es naturaleza esencial de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori una forma creada por la mente para asegurar y clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza. Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición, no pudiendo actuar sobre los delitos mismos, no obstante que esa era la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos, aunque claro esta que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, por las variantes de los delitos afectados.

Sin embargo no era posible cerrarse todas las puertas procediendo a priori sin advertirlo, afirmo que el delito es la violación de los sentimientos de piedad y

¹³ Citado por Castellanos Tena, Fernando. *op. cit.*, p. 214

probidad poseidos por una población en la medida indispensable para la adaptación de los individuos a la sociedad.

Difícil resulta elaborar un concepto del delito de carácter filosófico esencial valedero en todo lugar y época, pues el ilícito penal es una valoración desde el punto de vista del derecho y como el derecho es una obra del hombre en interminable evolución, es por ende indudable que el contenido del delito cambia en forma constante.

A este respecto considero necesario señalar lo expuesto por el penalista Raúl Carrancá y Trujillo quien manifiesta y sostiene que estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independiente de tiempo y lugar. "La ineficiencia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales humanas, que cambian según pueblos y épocas con la consiguiente invitación moral y jurídica política. Lo más que pondría decirse del delito así considerado, es que consiste en una negación del Derecho o en un ataque al Orden Jurídico (Pessina) y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio; o bien que es la acción punible (Mezger), lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera"¹⁴.

Sin embargo puede afirmarse que el delito es siempre un comportamiento seriamente lesivo, trastornador del orden.

Como es de apreciarse en los párrafos anteriores, las definiciones analizadas incluyen solamente factores causales explicativos no formulados desde el punto de vista del Derecho.

El delito formalmente concebido es el comportamiento punible; nuestro Código Penal en su artículo séptimo lo define como "el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales".

Esta definición como se ve es incompleta sin dudarlo pues no recoge todos los caracteres o requisitos constitutivos del delito, ya que en ella se alude única y exclusivamente a dos de sus elementos que son: Conducta y Punibilidad.

Por tal motivo la mayoría de los tratadistas de la materia se inclinan a su desechamiento; al respecto Ignacio Villalobos ha establecido "que estar sancionado a un acto con una pena no conviene a todo, lo definido ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias que revisten el carácter de nuevas faltas, las cuales se hayan sancionadas por la Ley con una pena, sin ser delito. Y no

¹⁴ Carrancá, y Trujillo Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1991, 16a. Edición, p. 419

señala como elemento un dato externo, usual en nuestros tiempos para la represión y por el cuál se podrá identificar el delito, con más o menos aproximación pero sin que sea inherente al mismo, ni por tanto útil para definirlo. Es decir que "el delito es un acto u omisión que sancionan las Leyes Penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por que los sancionan o cuál es la naturaleza de ese acto, para merecer los castigos o las sanciones penales".¹⁵

Si bien como se ha podido precisar en las anteriores líneas, no es fácil dar un cambio, resulta posible elaborar una definición que contenga los elementos esenciales, del ilícito penal, lográndose de esta forma un concepto jurídico substancial que tenga a bien permitirnos un desarrollo conceptual, por el estudio de cada uno de sus elementos y desde el punto de vista escrito del Derecho.

El delito. "es siempre un comportamiento contrario al orden jurídico, más como existen actos opuestos al derecho que no contienen ningún carácter delictivo, es necesario catalogarlas conductas delictivas, correspondiéndole a la Ley positiva fijarlas en tipos"; por consiguiente la tipicidad nos proporciona un indicio para determinar la ilicitud pena de un comportamiento, más sin embargo no basta la sola existencia en la integración del delito, es necesario además que su realización sea culpable; de tal suerte la culpabilidad viene a constituir otro elemento necesario para la integración del ilícito; pero como para ser culpable se requiere poseer conciencia y voluntad, este presupuesto de culpabilidad llamado imputabilidad, resulta necesario como soporte de aquello y en consecuencia desde del punto de vista jurídico substancial, este delito es recurriendo a la definición dada por Edmundo Mezger, "una acción típicamente antijurídica y culpable"¹⁶.

No todos los juristas de la rama penal, consideran configurado al delito por cuatro elementos a saber. Conducta o Hecho, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad, algunos como Eugenio Cuello Calón, agregan la penalidad al establecer que, "El delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible"¹⁷.

Sebastián Soler, agrega un elemento más que consiste en la condicionalidad objetiva, al definir el delito como "una acción típicamente antijurídica y culpable, pero que además se debe encuadrar a una figura legal según las condiciones objetivas de ella"¹⁸.

¹⁵ Citado por Castellanos Tena. *op. cit.*, p. 221

¹⁶ Castellanos, Tena Fernando. *op. cit.*, p. 221

¹⁷ Cuello, Calón Eugenio. *op. cit.*, p. 259

¹⁸ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina 1945. 1a. Edición, p. 399

¹⁹ Jiménez, de Azúa Luis. *op. cit.*, p. 139

Algunos otros autores incluyen a la imputabilidad como elemento autónomo. De ese modo surgen definiciones tetratómicas, pentatómicas exatómicas y hepatómicas como la que nos proporciona Jiménez de Azua, quien señala como "elementos del delito, el acto, la tipicidad, Antijuridicidad e imputabilidad".¹⁹

B) ELEMENTOS DEL DELITO

El primer elemento que se desprende de la definición es el que se refiere a el "Acto" el soporte natural del delito, y que este supone la existencia de un ser dotado de voluntad que la ejecuta.

Hay que hacer la aclaración que la aceptación, acto se entiende de una manera amplia que comprende el aspecto positivo acción y el negativo omisión.

De lo cual se desprende que puede definirse el acto de la manera siguiente. Es la manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda.

Ya se ha mencionado que el acto abarca tanto el hacer como el omitir, entendiéndose ese hacer y ese omitir por acción y omisión. La acción es el aspecto positivo y la omisión es el negativo de la conducta humana. La acción consiste en una actividad, en un hacer lo que no se debe hacer, o en su comportamiento que viola una norma que prohíbe. La omisión es una actividad negativa, es un dejar de hacer lo que se debe hacer, en omitir obediencia a una norma que impone un deber de hacer. Estas dos manifestaciones de voluntad que producen un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, dan origen a lo que se denomina resultado.

La acción es un hacer activo, corporal, voluntario y exterior, en tanto que la omisión es un no hacer activo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacer, cuando ese hacer es esperado y se tiene el deber de no omitirlo, por lo que causa un resultado típico penal. La omisión puede ser material o espiritual, según deje de ejercitarse el movimiento corporal esperado o según se ejecute, pero sin tener las debidas precauciones jurídicamente exigidas.

La omisión material da lugar a los delitos de simple omisión y a los delitos de comisión por omisión; y la espiritual a los llamados en el Código Penal culposos o sean los realizados por imprudencia o no intencionales.

Cuello Calón menciona que: "La acción consiste en la conducta externa, voluntaria encaminada a la producción de un resultado" ...Movimiento corporales, voluntarios dirigidos a la obtención de un fin determinado... Además declara este

prominente penalista que la acción exige para su validez: a) Un acto de voluntad, y b) Una actividad corporal consistente en la modificación o en el peligro de que se produzca dicha modificación y debiendo existir además una relación de causalidad entre estos dos elementos.

La omisión es: "Una manifestación de la voluntad que se exterioriza, en una conducta pasiva, en un no hacer y define la omisión como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Los elementos de la omisión son los siguientes: a) Un acto de voluntad. b) Conducta inactiva, y c) Deber jurídico de obrar.

De lo expuesto anteriormente resulta lo que se conoce con el nombre de delitos de comisión por omisión, consistentes éstos en la producción de un resultado delictivo de carácter positivo, mediante inactividad. "Mas concretamente es la producción de un cambio del mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer. Ejemplo: El caso de la madre que omite ligar el cordón umbilical del recién nacido y el del Padre que niega el alimento a sus hijos".²⁰

Karl Wolff, profesor de Insbruck muy acertadamente dice que: "la conducta humana se manifiesta en la acción o en su correlativa omisión. El movimiento corporal caracteriza a la acción, que consiste en un movimiento corporal consciente y espontáneo; sin embargo, señala Wolff, la acción perfectamente diferenciable de otras nociones del movimiento corporal, se singulariza, no tender a un resultado, literalmente con el pensamiento en un efecto. De aquí que dicho autor establezca estas diferencias entre acción, actividad, aspecto fáctico y hecho.

- a) Acción, movimiento corporal consciente que persigue un resultado.
- b) Actividad es un movimiento corporal consciente y espontáneo sin considerar el resultado.
- c) Aspecto fáctico, movimiento corporal como parte de la acción.
- d) Hecho, actividad más resultado.

De ésta manera "lanzar es una actividad, disparar contra alguien es una acción y matar a una persona de un tiro es un hecho."²¹

En relación con la omisión el maestro Eugenio Cuello Calón señala que: "La omisión es la conducta inactiva, pero para que haya omisión esta actividad ha de ser voluntaria.

²⁰ Cuello, Calón Eugenio, *op. cit.*, p. 261

²¹ Citado por Márquez Piñero Luis. *op. cit.*, p. 140

definirse la omisión como, en una actividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.²²

1. TIPICIDAD

Para Jiménez de Azua "la tipicidad es la correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la Ley, para cada especie de infracción".²³

Carranca y Trujillo dice que: "La tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto".²⁴

"El tipo se puede entender como la oración concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito".²⁵

Para el maestro Fernando Castellanos Tena: "No debe confundirse el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, y la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta, con la descripción legal formulada en abstracto".²⁶

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 crimen sine tipo*".²⁷

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 Antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal: "la tipicidad no sólo es pieza técnica, sino es como secuela del principio legalista, garantía de la libertad".²⁸

Para concluir lo referente a la tipicidad mencionaremos los diferentes tipos existentes:

- a) Normales y anormales: Los primeros se refieren a situaciones objetiva; en los segundos se trata de una valoración cultural o jurídica. El homicidio es

²² Citado por Márquez Piñero Luis, *op. cit.*, p. 263

²³ *Ibidem. op. cit.* p. 279

²⁴ Carranca, y Trujillo Raúl, *op. cit.*, p. 421

²⁵ *Ibidem. op. cit.* p. 314

²⁶ Castellanos, Tena Fernando, *op. cit.*, p. 223

²⁷ Carranca y Trujillo Raúl, *op. cit.*, p. 225

²⁸ Carranca y Trujillo Raúl, *op. cit.*, p. 425

normal. En el caso concreto consideramos que el delito de raptó es anormal, porque se requiere de una valoración subjetiva.

- b) Fundamentales o básicos, éstos constituyen la esencia o fundamento de otros tipos, ejemplo: el homicidio.
- c) Especiales que se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, ejemplo: el parricidio.
- d) Complementados, que se constituyen con una básica y una circunstancia, ejemplo: el homicidio calificado.
- e) Autónomos y subordinados, los primeros tienen vida propia, ejemplo: robo simple; en tanto los segundos dependen de otro tipo, ejemplo: el homicidio en riña.

2. ANTIJURIDICIDAD.

El derecho penal es garantizador y sancionador, su función es proteger y tutelar los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general. Sin negar totalmente el aspecto subjetivo se puede afirmar que la Antijuridicidad 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".²⁹

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

Sergio Vela Treviño menciona que, toda acción, "será punible, si es antijurídica. con ello se establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción de la misma con las normas del Derecho".³⁰

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

²⁹ Castellanos, Tena Fernando, *op. cit.*, p. 226

³⁰ Vela Trujillo Sergio, *Antijuricidad y Justificación*. Editorial Trillas. México, 1986. 2da. Edición. p.214

3. IMPUTABILIDAD

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

Según el maestro Carrancá y Trujillo, será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la Ley para poder desarrollar su conducta socialmente. "Todo aquel que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias de la vida social humana".³¹

Según Castellanos Tena, la imputabilidad es, "la capacidad de entender y de querer, en el campo del Derecho Penal".³²

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".³³

4. CULPABILIDAD

La culpabilidad es el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo o emocional y el otro intelectual; el primero, indica la suma de dos querer de la conducta y el resultado, y el segundo, el intelectual es el conocimiento de la Antijuridicidad de la conducta. Según el maestro Fernández Doblado: "para la doctrina actual la culpabilidad es la relación subjetiva entre el autor y el hecho punible y como tal su estudio debe analizar el psiquismo del autor, con el objeto de investigar cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado delictuoso".³⁴

La culpabilidad tiene dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del 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.

³¹ Carrancá, y Trujillo Raúl. *op. cit.*, p. 427

³² Castellanos Tena. *op. cit.*, p. 228

³³ Jiménez, de Azúa Luis. *op. cit.*, p. 143

³⁴ Citado por Castellanos Tena Fernando. *op. cit.*, p. 228

5. PUNIBILIDAD

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

C) ASPECTOS NEGATIVOS

Evidentemente si faltan algunos elementos esenciales del delito, éste no se integrara, en consecuencia si la conducta esa ausente no habrá delito a pesar de las apariencias.

La ausencia de conducta impide la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa la base indispensable del delito.

Una de las causas que impiden se integre el delito por ausencia de conducta, es la llamada actividad o inactividad involuntarias a que se refiere la Fracción I del Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

2. ATIPICIDAD

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

3. CAUSAS DE JUSTIFICACION

Podría ocurrir que la conducta típica este en oposición al Derecho y sin embargo, no sea antijurídica por existir una causa de justificación.

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

4. INIMPUTABILIDAD

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

El referido maestro castellanos Tena, señala como causas de inimputabilidad: El estado de inconsciencia (permanente o transitorio), el miedo grave y la sordomudez.

5. INCULPABILIDAD

La inculpabilidad significa la ausencia del nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, en el delito toda vez que existen individuos que no reúnen los dos elementos necesarios, el querer actuar y el conocimiento de lo antijurídico de la conducta.

6. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

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

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

- a) Excusa en razón de la mínima temibilidad, el robo que no excede de 10 veces el salario mínimo, cuando sea restituidor 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) Excusa en razón de la maternidad consciente, por ejemplo: "el aborto cuando el embarazo ha sido resultado de una violación".⁵³

⁵³ Citado por Castellanos Tena Fernando. *op. cit.*, p. 228

CAPITULO II

EL ABUSO SEXUAL

A) DEFINICION

Abuso quiere decir "uso indebido, excesivo o injusto".¹

Abuso sexual significa el trato injusto que tiene un individuo respecto a otro desde el punto de vista 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 ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

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

B) ELEMENTOS DEL TIPO DE CONFORMIDAD CON EL CODIGO PENAL, PARA EL DISTRITO FEDERAL EN VIGOR

1o. Consentimiento

2o. Propósito

3o. Cópula

4o. Acto Sexual

- Consentimiento, es la voluntad para aceptar determinado acto.
- Propósito, es el fin u objetivo que persigue el sujeto activo del delito que para este tipo consistiría en el hacer positivo de una persona en otra sin la intención de llegar a la cópula.
- La Cópula, será tratada ampliamente en el delito de violación de este trabajo recepcional.

¹ Diccionario Pequeño Larousse. México 1972. Edición vegésima cuarta p. 9

Ahora analizaremos el Acto Sexual.

- El Acto Sexual, es "la relación sexual completa de los dos sexos, denominada también coito".²

Este elemento forma parte de la estructura del artículo 365 Bis y 260 del Código Penal para el Distrito Federal, sin estar plenamente definido tal acto sexual, no obstante pensamos que es adecuado el establecimiento de dicho acto, pues el mismo para ser edificante, debe llevarse a efecto siempre con la voluntad de ambos participantes en el mismo.

Propondríamos que en su oportunidad, sea aclarado por el Código Penal para el Distrito Federal lo que se entiende por acto sexual para efectos de este delito, ya que igualmente da lugar a confusiones y a problemas de interpretación, en violación o lo pretendido por el Artículo 17 Constitucional, el cual habla de que la Justicia debe ser pronta y expedita.

Igualmente, consideramos que los legisladores deberían tener pleno conocimiento de la medicina legal, ya que en el delito descrito por el Artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal se habla de Cópula y de Acto Sexual, como si se tratara de situaciones que no tienen relación entre sí, no obstante es lógico que si hay nexo en ambos conceptos, ya que aunque se tratara de la cópula entendida como la define el Código referido, esta se encuentra ubicada fisiológicamente antes de la realización del acto sexual.

Asimismo el concepto de Acto Sexual inserto en el Artículo 365 bis del mencionado ordenamiento jurídico, vino a sustituir lo expresado en el numeral que hablaba del rapto en el que se hablaba de satisfacción sexual, por lo que en base al absurdo criterio del legislador mexicano, ambos conceptos (acto sexual y satisfacción erótico sexual), dan lugar a suponer que en el rapto y en el tipo de escrito por el numeral de referencia, tanto el sujeto activo, como el sujeto pasivo pueden ser del mismo sexo.

C) ANALISIS

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

"El título Décimo Quinto, ya derogado, se donominaba así "Delitos Sexuales Capítulo I. Atentados al Pudor, Estupro y Violación". Se trataba de una denominación genérica y, por lo tanto, mas amplia. Genérico como se sabe, en común a muchas especies. Hay un principio universal de derecho penal que se

² Diccionario Pequeño Larousse, *op. cit.*, p. 13

puede leer, incluso, en el diccionario cuando este explica lo que significa la palabra "Especificar", a saber: "La ley no significa todos los delitos". Por qué 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 sexual, y punto: ya que la libertad psíquica se da por entendida. Pero qué es exactamente el normal desarrollo psicosexual, con que 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 mal sano del puritanismo o de los complejos de la 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?. Cuál es la razón por lo que no los ha incluido en el Título Décimo Quinto?. Uno de los aspectos más criticable de ésta reforma, a mi ver, es el siguiente. Se derogan los artículos 267, 268, 270 y 271 (el 269 ya fue derogado por la reforma en 1985), todos ellos relacionados con el rapto; y no hay otra explicación si no 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 de la libertad con el propósito específico de realizar un acto sexual de su ámbito natural, de la libertad sexual para llevarlo al de la libertad labora?. Aquí el caso 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 esta sutileza, de fondo y forma, descanza mucho el 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 por 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 el consentimiento en caso de existir, está viciado y no es libre, por el incompleto desarrollo moral del pasivo y que en consecuencia es inoperante, por lo que se es sujeto pasivo del delito, sea que otorgue el consentimiento o no. El sujeto pasivo es calificado: Persona púber o impúber.

este delito, de nueva creación cuya denominación contiene varios defectos de técnica legislativa, toda vez que incluye en el texto una serie de fin de controversias, toda vez que no define claramente lo que deberá entenderse por abuso y más aún confunde dos términos vitales en la redacción del numeral, consistentes en acto sexual y cópula, ya que consideramos que para haber acto sexual es necesario la existencia de la cópula.

Continúa el autor explicando.

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

"El acto erótico-sexual es una acto diverso del acceso carnal y no consistente en palabras, ejecutado por el sujeto activo con o sobre o en la persona del pasivo, por ésta, con o sobre en la persona del activo, o en ambos sujetos, y "dirigido a excitar o satisfacer la propia concupiscencia 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 mujer o introducirle los dedos en la vagina, besar aplicando labios y lengua lúbricamente, etc. Procede la aparición 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 en que consiste el acto erótico sexual con el propósito de excitar la propia lascivia y con exclusión del ánimo de violar (caso 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 y no el consumado de atentado al pudor; por ejemplo tentativa de estupro (artículo 262 del Código Penal de violación artículo 265 del Código Penal), conforme al artículo 12 del multicitado ordenamiento.

“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 recto que frenan en las personas sus impulsos sexuales, nacientes o adultos.

“La persecución del delito es de oficio. Hubiera sido precedente lo que fuera de querrela necesaria, por la publicidad connatural o proceso de esta especie, lo que puede dañar para siempre la reputación de una mujer.

“El texto derogado decía a la letra: “al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos”. En su segunda parte: “Si se hiciera uso de la violencia física o moral; la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos”.

“A mí me parece absurdo que se haya quitado los elementos calificativos del sujeto pasivo; a saber; “púber” o “impúber”; porque ellos definían con toda claridad la naturaleza de tal sujeto. No es lo mismo, evidentemente, la falta de consentimiento en una persona púber que el consentimiento de una impúber, por que lo ha suprimido el legislador. Ahora el juez, frente al vacío de la Ley, deberá reflexionar en dichas circunstancias. Por otra parte yo entiendo que la pretensión de la intención lasciva es algo muy difícil de probar, aparte de que la lascivia es consubstancial al acto sexual de que se habla. La primera acepción de la palabra lascivia es la de “propensión a los deleites carnales”, que evidentemente se haya inmersa en el acto sexual de la especie; lo que significa que es un contrasentido sancionar determinado acto carnal ejecutado con intención lasciva. Luego vienen otras acepciones: una anticuada que tiene que ver con el apetito immoderado de una cosa y otra que es sinónima y afín de la impudicia, de la deshonestidad. ¿A cual acepción se ha referido el legislador del nuevo texto de Ley?. Lo lógico a mi juicio es suponer que la primera. Añádase que la palabra lascivia se identificada 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 cual en el nuevo se suprime. Me parece un desacierto porque la

ausencia de aquel propósito directo e inmediato desnaturaliza que el activo se proponga al acceso carnal, como consecuencia de la excitación de su libido y la del pasivo. En otros términos esto último, configuraría tentativa de diverso delito y no el consumo de atentado al pudor. Lo cierto es que en la ejecución del acto sexual a que contrae el nuevo artículo 260 hay, quiérase o no, y por lógico mandato de la naturaleza, un propósito, no importa que diluido o nebulosos; 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 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 el ascenso en los delitos sexuales, hubiese sido conveniente que no se alcanzara la libertad caucional.

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

"Se trata, como se ve (escribo estas líneas en marzo de 1991), de hacer y rehacer, de enmendar y remedar, de mover a veces sin ton ni son la enorme maquinaria constitucional del Poder Legislativo; obedeciendo uno, a fluctuaciones caprichosas del momento. Siendo que lo peor, ya lo observaba en su época Dorado Montero, es la moda legislativa que jamás atiende al fondo de la norma jurídico cultural. (V la nota 857) 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 el consentimiento de un tercero y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecuta en éste un acto sexual o bien obliga a ejecutarlo, ha realizado así actos encaminados inmediata y directamente a la realización de un delito que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente (me acojo aquí a la fórmula original de la tentativa en el Código del 31, pasando por alto la absurda reforma 85 al artículo 12; v. nota núm. 40a. a dicho artículo 12). Todo indica, por lo menos en principio que se trata de una violación en grado de tentativa; porque cómo averiguar si hubo o no propósito de llegar a la cópula? (yo corregiría esta deficiencia típica del vigente artículo 260). Esto me parece un contrasentido, pero aparte de que el legislador condiciona el tipo a la falta de propósito para llegar a la cópula (repito, ¿cómo saberlo?) señala al mismo tiempo que el sujeto activo ejecuta en el pasivo un acto sexual. Y esto es tentativa aunque mal explicada o peor legislada.

“Por último, y como alguien ya ha observado con 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. Por que el legislador hace especial mención de la violencia en 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 optara, como ya lo tengo dicho, por invocar el dispositivo modificador del tipo de tentativa sosteniendo que el sujeto activo quería violar o estuprar. Y esto último en virtud de que el engaño en el estupro es sin duda una forma o manifestación de la llamada violencia moral”.³

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

³ Carrancá y Trujillo Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, México 1991, 16a. Edición.

CAPITULO III

ESTUPRO

A) CONCEPTO

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 romper seducción. El vocablo latino estupro, equivale a estuprar violar por la fuerza a una doncella, quitarle su honor; contaminar, corromper, hechar a perder".²

En la actualidad, el artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal prevé lo siguiente: "Al que tenga cópula no persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.

El alcance de delimitación del concepto estupro, con independencia de su origen etimológico ha tenido variación, pues a través del tiempo se ha reducido al acceso carnal del hombre con una mujer, logrando el consentimiento mediante engaño.

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

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

"Al que tenga cópula con persona 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.

Hasta antes de la reforma objeto de este trabajo la definición que daba el Código Penal de referencia, hablaba de la seducción o engaño. El maestro Porte Petit, opinaba lo siguiente:

¹ Diccionario para Juristas. Ediciones Mayo. México 1981, 1a. Edición p. 561

² Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial UNAM, México 1985, Tomo IV

Si originalmente el estupro tuvo una amplitud tal que podríamos afirmar abarcaba cualquier delito de los que hoy se relacionan con la libertad o inmadurez de juicio en lo sexual, hoy en día se alude a otro aspecto que le otorga un sentido más 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 al calidad de la víctima, pues desde el momento en que la desfloración no es elemento indispensable del estupro, la honestidad viene a reemplazar dicha característica, porque podría acontecer que la simple fornicación se confundiera con el estupro”.³

El maestro González de la Vega, sostenía lo siguiente:

“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 llegue 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, no puede producirse voluntariamente para decidir sobre la realización de la cópula o no esté en posibilidad de resistir el propósito del activo en dicho sentido.

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

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

³ Cfr. Porte Petit, Celestino. *Derecho Penal*. Editorial Porrúa, México 1970. 13a. Edición. p. 219

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.

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

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

Al entender su aspecto evolutivo en las 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 concubito entre soltero y soltera virgen, o viuda honrada, sea voluntario o forzoso. La ley de Leovigildo, de los visigodos, establecía que si el agente era esclavo se le quemaba en el fuego. En la antigua legislación de Inglaterra, el estupro se castiga "con pena de muerte, cambiándose después por castración y pérdida de ambos ojos".⁵

B) ESTRUCTURA

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

"La cópula que significa atadura, ligamento, nexos unión, etc., se refiere al concubito o coito. En sí mismo, el concepto no ofrece problemas; pero la inquietud de los especialistas es si exclusivamente la normal (por vía vaginal) se contiene en este tipo penal, o si es admisible también la anormal o contra natura; la mayoría se inclina por desechar esta última, argumentando que la mujer que acepta esta relación anormal carece de castidad y honestidad, y por ende, jamás se colmará el estupro.

⁴ González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal de México*. Editorial Porrúa. México 1970. 10a. Edición p. 358

⁵ Porte Petit, Celestino. *Ensayo Dogmático sobre el delito de estupro*. Editorial Jurídica, Mexicana. México 1972. 2a. edición p. 10

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

El engaño es la maniobra que se produce con el propósito de que se haga aparecer como cierto lo que no es; obrar que, en el caso concreto, tiende por fin lograr la pretensión erótica."⁶

El bien jurídico que justifica el tipo penal a estudio, es la integridad sexual o inmadurez de juicio en los sexual que se presume le asiste a quienes tienen menos de dieciocho años de edad, aun cuando no hay uniformidad en los diferentes Códigos Penales, pues así como en España se habla de veintitrés años, hay otros ordenamientos penales en nuestro país, de cuyo reciente como los de Guanajuato (1978), Quintana Roo (1979) y Veracruz (1980), que señala 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, (este de 1981), señalan un mínimo de edad de catorce años.

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

C) ESTUDIO

Los elementos del estupro y de la violación son muy similares, por lo que el enfoque médico legal, lo haremos al hablar de la violación.

Esta es la opinión de Raúl Carrancá y Rivas.

"Este tipo de ninguna manera supera al anterior, ya que de por sí deficiente, además de que pasa por alto problemas de fondo, yo entiendo que la intromisión de un nuevo concepto como el de "persona que no tenga la capacidad de comprender el significado de hecho", ya se encontraba implícito en el de persona que "por cualquier causa" no pueda resistir la agresión sexual de la especie. No obstante, hay algo más serio. Persiste la contradicción, a mi juicio de forma y fondo, entre la parte primera y la parte segunda del precepto estudiado. En efecto, igual que el caso del artículo 260, es evidente el uso de la violencia, ya sea física o moral, si el agente agrede secularmente a otro que por cualquier causa no puede resistir la agresión, o bien lo obliga a ejecutar un acto sexual; por lo que resulta que hay un contrasentido en la parte final del Artículo que se critica cuando prescribe pena mayor" si se hiciera uso de la violación física o moral". Esto aparte de que en términos similares a los del artículo 260 se puede tratar, también aquí, de una violación en grado de tentativa.

⁶ González de la Vega. *op. cit.*, p. 36

“Ahora, en lo que corresponde al estupro, me parece mucho más grave el error del legislador al suprimir el concepto de seducción. Para tratar de explicar con mayor amplitud esta idea, que trabajo en la s notas anteriormente citadas, someto a la consideración de nuestros lectores el siguiente razonamiento. En primer lugar, ya se sabe que es de explorada jurisprudencia identificar el engaño con la falsa promesa de matrimonio; sin que se olvide, por supuesto, que en la antología jurídica penal si se me permite el término ocupan el mismo rango, como elementos normativos del tipo —o lo ocupaban— la seducción y el engaño, aunque siendo de naturaleza distinta. Pero en virtud de que el engaño se interpreta con no un dato objetivo, a saber, la falsa promesa de matrimonio, la seducción queda o quedaba allí como un elemento de importante fuerza intrínseca, subjetiva. Quiero decir, para probar la complejidad de la seducción, que se le puede confundir con la inducción, o si prefiere, con el hecho de introducir. Introducir es, como se sabe, instigar, persuadir, mover a uno. en otras palabras es ocasionar, causar, bien, pero si se recuerda que seducir es engañar con arte y maña, persuadir suavemente al mal cautivar el ánimo, se verá la diferencia, aunque pueda ser sutil, entre la seducción, y la inducción. Qué es lo que hizo Don Miguel de Mañara, cuya vida licenciosa y posterior conversión al catolicismo lo han identificado con el Don Juan de Tirso de Molina? Seducía o inducía a sus víctimas? Yo pienso que, por lo menos en muchos casos, las inducía, las movía hacia él, pero sin emplear el arte y maña de la seducción. Lo que pasa es que posiblemente el legislador, no ha sabido ver la diferencia, de una sutileza muy especial entre ambos elementos normativos, cayendo entonces en la trampa que a mi ver demuestra insensibilidad en el análisis lógico de confundir la seducción con el engaño sobre todo con engaño que equivale a la falsa promesa de matrimonio; y optando en consecuencia, por dejar en la nueva reforma nada más el elemento normativo del engaño, pero sin distinguir que en la seducción la normatividad es mucho más de fondo que en el simple engaño identificable con la falsa promesa de matrimonio. ¿Que lástima que el legislador o el autor de la reforma, no haya tenido la suficiente sensibilidad en la inteligencia, que allí también se la tiene, para apreciar dicho elemento cultural —el de la seducción— de honda trayectoria en el ánimo de los sucesores de Don Miguel de Mañara.

“Y he de agregar esto. Con el nuevo tipo penal imperfecto del artículo 262, que prescinde de uno de los elementos normativos fundamentales, el medio operativo se reduce al engaño, nada más el engaño objetivo, a la falacia, abandonando otros aspectos de la conducta que lo diga o no la ley harán acto de presencia por ipostergable imperativo de la naturaleza humana y en especial, de aquella de Don Juan tan dado a las delicadezas y minucias del alma, que con mucha frecuencia ignora el legislador o el reformador que pretende constreñir una conducta rica, riquísima en matices, al cause raquílico de una ley rígida y sin verdadera resonancia”.

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

Ahora bien, hasta en la zona de otros meridianos del espíritu, como el anglosajón, o el europeo nórdico, la seducción es un elemento de la conducta tanto del estuprador como del violador, ya que quien estupra viola en rigor a un menor de edad. No acaso Kierkegaard, en su notable Diario de un seductor (¡lo que pasa es que hay que leerlo!) incluye precisamente la seducción en las maniobras del conquistador de mujeres? Y en lo que toca a lo nuestro, o sea la cultura que nos pertenece, no el teatro de Calderón cuando de burladores de mujeres se trata, incluye igualmente la seducción? Y Lope de Vega, incomparable conocedor del alma humana, no penetra en esos rincones de la conciencia en que la seducción anida? Y así se puede ofrecer muchos ejemplos más, Don Ramón del Valle Inclán, en sus Sonatas, hace lo mismo: ¿que duda cabe, el Marqués de Bradomín, si se le permite el término es un espléndido seductor! Por cierto, Azorín y Gregorio Manón, que estudiaron la personalidad del Don Juan, llega a idéntica conclusión. Pero esto no lo comprenden quienes se encasillan en una dogmática rígida, helada, que traiciona al humanismo jurídico y se vuelve suma de incultura por más técnica que pregone”.⁷

“¡Han hecho pedazos la tradición normativa y cultural del artículo 262! En una absurda reforma, que se remota al año del 85, le quitaron el elemento normativo de la seducción. Ahora suprimen los elementos normativos, de valoración cultural a cargo del Juez, de la castidad y de la honestidad. ¡Que bien se ve que este texto fue reformado por algunos legisladores con enormes perjuicios morales y sexuales o, mejor dicho amorales y de sexualidad torcida! Si ya quitarle la seducción fue un verdadero atentado al tipo penal, ahora dicho atentado se confirma y agrava con una barbaridad aún mayor.

“Pero la imaginación del legislador no tiene límites, sobre todo cuando desconoce los fundamentos del Derecho Penal. En el texto original del Código del 31 el sujeto pasivo lo era la mujer. Hoy la nueva ley se refiere exclusivamente a una persona. De golpe se ha querido desprender el nuevo tipo de su tradición milenaria. El estupro, en Derecho, siempre ha sido el acceso carnal del hombre con

⁷ Carrancá. *op. cit.*, p. 655

una doncella, logrado con abuso de confianza o engaño —abuso que se ha identificado, y para mejorar el concepto, con la seducción.— También se han entendido como estupro, sobre todo en la legislación española y por equiparación legal, algunos casos de incesto. Por extensión, así mismo, se ha visto como estupro el coito con soltera núbil o con viuda, pero logrado sin el libre consentimiento de una y otra. En rigor esta interpretación extensiva, no muy clara, se ha atendido exclusivamente a un sujeto pasivo calificado más allá del requisito de ser mujer, sin mirar más a fondo de las circunstancias del hecho y de la culpabilidad. La tradición jurídica española, recogiendo las ideas precedentes, entiende por estupro stricto sensu, y prescindiendo de la calificación del sujeto pasivo en los términos arriba indicados, al acceso carnal con una doncella, conseguido por la seducción; no obstante, en la mayoría de los casos no se exige el requisito de la doncellez, bastando con que la estuprada tenga buena fama, sea soltera o viuda. Pero eso sí, que sea mujer.

En suma, de donde se ha sacado el desatino de que un hombre puede también ser estuprado?"⁸

Prosigue el autor en cita:

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

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

Moderación en la conducta que se lleva con personas del sexo distinto. El signo externo con que le distingue lo constituyen las palabras, ademanes, gestos, aficiones, costumbres sociales, afinidades y simpatías; etc., todo lo cual es valorado

⁸ Carrancá. *op. cit.*, pp. 655-656

socialmente a través de un concepto público. Mientras la castidad atiende al ser, la honestidad al parecer. Por ello mismo constituye también un elemento normativo de valoración cultural, que está caracterizado por su extremo relativismo con que lo que bien parece en un cierto medio cultural no lo parece en otro. Al juez corresponde la valoración de este elemento".⁹

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

⁹ Carrancá. *op. cit.*, p. 656

¹⁰ Cfr. Martínez Roaro, Marcela. *Delitos Sexuales*. Editorial Porrúa. México 1975. Primera Edición, pp. 188-189

CAPITULO IV

LA VIOLACION

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

A) NOCION

Rafael de Piña, 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 consentimiento".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

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

Artículo 265: Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión 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 la vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

¹ De Piña Vara Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial porrua, México 1981, p. 372

² Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo III, Editorial Porrua, México 1982, p. 250

³ soler, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. 1a. Reimpresión. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina, 1951, p. 342

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

B) DESARROLLO HISTORICO

EGIPTO

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

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.

GRECIA

Aquí al sujeto activo se sancionaba, con el pago de una multa y la obligación de casarse con la víctima si esta manifestaba su consentimiento, en caso contrario se le condenaba a muerte del violador.

LEY DE LOS SAJONES

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

EDICTO DE TEODORICO

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

INGLATERRA

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

ESPAÑA

Primeramente encontramos que en el Fuero Juzgo, se trata a la violación en el libro Tercero, Título Segundo y se establecen su primera ley que si la mujer perdió su virginidad, valor muy preciado en esa época, razón porque aquel que la violó

⁵ González Blanco, Alberto. *Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho positivo mexicano*. Editorial Porrúa, México 1974. p. 136

⁶ Maggiore, Guissepe. *Derecho Penal*. Editorial Themis Bogotá, Colombia, 1970, 3a. Edición. p. 196

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 atentar contra su dignidad.

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, tenga 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, y si la persona ofendida, fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa sera de cuatro mil o ocho mil pesos.

Por decreto de fecha 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de Enero de 1984, y que entró en vigor a los noventa 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 fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendida fuere impúber la pena de prisión será de seis a diez años.

Posteriormente fue modificado nuevamente el citado numeral quedando en la estructura que se señala a continuación.

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de 8 a 14 años. Adicionando un último párrafo el cual establece que se sancionará con prisión de 3 a 8 años, el que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la fuerza física o moral, sea cualfuere el sexo del ofendido.

Es de comentar que la conducta antes descrita debe de castigarse con mayor severidad, toda vez que el sujeto que realizare esa conducta tiene un alto índice de perversidad.

C) ESTUDIO JURIDICO

Clasificación del Delito de Violación que sera objeto de estudio posteriormente.

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 ese delito dentro del contexto jurídico social al cual pertenece por sus especialísimas características.

La Conducta en la Violación.

La conducta gramaticalmente significa "comportamiento"⁸

⁸ Larousse Usual. *op. cit.*, p. 76

El maestro Fernando Castellanos Tena, en su trascendente obra, *Lineamientos Elementales de derecho Penal*, indica que la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito y 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 pretéricas se consideró a los animales como delincuentes en tres diversas etapas de la historia, el fetichismo cuando se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas, el simbolismo donde se entendía que los animales no delinquirían, pero se les castigaba para impresionar y finalmente en la tercera etapa, solamente se sancionaba al propietario del animal dañoso.⁹

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

Asimismo, podemos decir que el delito de violación es ilícito formal, eminentemente de acción, razón por la cual ningún sujeto puede ser autor del delito de violación por omisión. Si no puede hablarse de autores del delito de violación por omisión, muy bien se puede ser responsable de este delito de 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 solo acto puede consumarse, por otro lado, algunos estudios de la materia suponen que la violación puede consumarse por varios actos y entonces nos encontramos con un delito plurisubsistente.

La violación y el resultado

En la actualidad la clasificación de los delitos de peligro y delitos de lesión, tiene una muy importante trascendencia. Los delitos de lesión son lo 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 hubiere puesto en peligro el bien jurídico protegido por el Derecho.

Así pues, el concepto de peligro viene a ser la posibilidad de conocer la posibilidad de un acontecimiento dañoso o conflicto determinado.

⁹ Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial porrua, México 1974, 8a. Edición p. 147

¹⁰ González Blanco, Alberto. *Delitos Sexuales*. Editorial Porrua, México 1969. 2a. Edición. p. 71

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,¹¹ afirma que para la existencia del delito, se requiere de una conducta o hecho humano, mas no toda conducta o hechos humanos, son delictuosos, sino que se requiere que estos sean típicos, antijurídicos y culpables.

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

El tipo es la creación legislativa, la descripción que hace el estado de una conducta en los preceptos legales.

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

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

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

En este delito el bien protegido por la Ley es fundamentalmente la libertad sexual, por ello el 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 está manera su resistencia o bien mediante el ejemplo de amagos, consentimientos psicológicos o amenazas de males graves, los cuales por la intimidación que producen o por evitar daños, le impiden resistir.

¹¹ Castellanos Tena. *op. cit.*, p. 165

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.

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.

MEDIOS DE COMISION DEL DELITO

Violencia física o moral.

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

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

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

El empleo de la fuerza material física, hace revestir al delito de un carácter muy grave por el extremo peligrosamente la libertad personal o integridad corporal.

En caso a la resistencia que es el elemento o factor objetivo de la fuerza, Francisco Carrancá exige que sea "seria y constante, entendiéndose por ser que exista realmente, es decir, que no sea engañosa y por constatare, que se mantenga desde que se inicien los actos violentos hasta su terminación".¹⁴ esta exigencia propuesta por el auto consideramos que es exagerada, toda vez que es suficiente que haya evidencias de que la víctima opuso resistencia par impedir la violación, si que tenga que probarse que ella se mantuvo desde que iniciaron los actos violatorios hasta la consumación.

¹² Pequeño Larousse, *op. cit.*, p. 198

¹³ Pequeño Larousse, *op. cit.*, p. 1066

¹⁴ Carrará, Francisco. *Programa de Derecho Criminal*. Traducción José Torres, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1958, Tomo II. pp. 254-255

VIOLENCIA MORAL

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

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.

D) TRATAMIENTO MEDICO FORENSE

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

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

Jiménez de Azúa sostiene que la cópula no reviste indicios de antijuricidad, si no se pone en relación con el medio y explica que, "el acceso carnal no interesa al derecho punitivo si no va acompañado de violencia".¹⁵

Raúl Carrancá y Trujillo considera que cópula "es la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente normal de éste".¹⁶ Existe según el mencionado autor --cópula lato sensu-- cuando dicha introducción sea en el ano o en la boca. "No se requiere para el coito que el acto carnal alcance su perfección fisiológica, ni la desfloración de la víctima, pudiendo tratarse de una introducción incompleta".

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

¹⁵ Cfr. Jiménez de Azúa, Luis. *op. cit.*, p. 199

¹⁶ *Op. cit.*, p. 89

¹⁷ *Op. cit.*, p. 201

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

González de la Vega piensa que "fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura como en los normales".¹⁸

Continúa el importante autor "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, en el delito de violación el elemento material cópula, en que radica la acción típica, consiste en cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual normal o contranatura, con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, del referido acto y con independencia, también de las consecuencias posteriores a la cópula."¹⁹

Lo anterior expuesto 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 obtenga la persona con quien va a ayuntar pues con el mencionado maestro lo señala conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o la modo como se opere.

E) ESTUDIO ANALÍTICO

1. SUJETOS DEL DELITO

En todo delito se presentan dos personas, la que actúa, que en el presente trabajo recepcional estableceremos, en el objeto de nuestro estudio; puede ser el hombre o la mujer y el sujeto pasivo quien es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido, el ofendido es la persona, que reciente el daño causado por la infracción penal. Generalmente entre el sujeto pasivo y el ofendido es la misma persona, pero a veces se trata de personas diferentes, tal hecho ocurre en el delito de homicidio,

¹⁸ González de la Vega, *op. cit.*, p. 321

¹⁹ *Ibidem.*

en donde el sujeto pasivo o víctima es a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

SUJETO ACTIVO

Como se sabe, la mayor parte de sujetos activos del delito de violación, son hombres, aunque en el presente trabajo deseo indicar que también puede ser una mujer quien actúa en este especial delito, en los casos de violación equiparada.

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

Sebastián Soler sostiene "que si el acceso carnal quiere decir entrada o penetración, la mujer está imposibilitada para ser sujeto activo en el delito de violación."²⁰

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

SUJETO PASIVO

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

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

Esta es la opinión de Carrancá

"El sujeto pasivo del delito puede serlo cualquiera, sin distinción de sexo. Si es mujer puede estar desflorada o no estarlo, ser casada o soltera, de buena fama

²⁰ Soler Sebastián. *op. cit.*, p. 344

²¹ González Blanco. *op. cit.*, p. 385

pública o no, incluso puede ser una prostituta. No es constitutivo del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando moderadas violencias, pues ello es un ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima; en cambio, si cabe esta especie de violación cuando el marido pretende la cópula en conjunción anormal o contra natura.

“Objeto jurídico del delito; la libertad sexual de las personas. Delito doloso, de lesión. Es configurable la tentativa”.

“La novedad en el tipo actual es que se aumente el mínimo y el máximo de la sanción, en las dos hipótesis que contemplala ley. Ahora bien, el profesor Carrancá y Trujillo, sostiene que “no es constitutiva del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando moderada violencia, pues ello es un ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima...” Yo no comparto la tesis precedente y par razonarla mas a fondo presento los siguientes argumentos. El matrimonio, a mi juicio, es un contrato; sui generis, si se quiere, pero es un contrato. Una prueba de lo que digo la tenemos en el divorcio afecta al vínculo matrimonial hasta poder incluso disolverlo. En Derecho se le define como la unión perpetua y legal de un varón con una mujer para la reproducción de la especie, el cuidado y educación de los hijos, el mutuo auxilio y la más perfecta realización de los fines de la vida humana. En México y en los términos de los artículos 139 a 265 del Código Civil, es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencias permanentes, para el cumplimiento de todos los fines de la vida. Lo que significa, por ejemplo, que el homosexualismo, las degeneraciones sexuales contra natura, etc., son causa de nulidad y disolución de ese contrato. Lo anterior prueba que dichas aberraciones van contra el fin de la institución matrimonial. Por lo tanto el ejercicio sexual normal, natural, es substancial al matrimonio, de tal suerte que la negativa al mismo constituye de hecho y de Derecho un abandono de las obligaciones inherentes a los cónyuges; mas esto no significa que el cónyuge pueda empleando la violencia física o moral obligar a la esposa a tener acceso carnal.

“Todo lo anterior adquiere especial relieve desde que el 31 de julio de 1984 nos enteramos, por la prensa, de que el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta constituye un delito en un número cada vez mayor de países, de los cuales hay que excluir a los árabes y los iberoamericanos. De acuerdo con un estudio del Instituto Max Planck, de Frburgo, tanto en los países socialistas como en los escandinavos la ley protege a la mujer a quien su marido force al coito en contra de su voluntad. En los Estados Unidos, asimismo, se realizan estudios jurídicos importantes sobre el problema de la violación en el matrimonio. En Inglaterra se anunció, el 9 de octubre de 1984, que la Asociación de mujeres

contra la violación pública un estudio según el cual una de cada siete mujeres casadas de Londres opinaba que había sido violada por su marido. Igualmente se sostenía allí que un 80 por ciento de 2 000 mujeres consultadas son partidarias de que se juzgue a los maridos "violadores" pero hay que agregar que la legislación británica, hasta la fecha, no considera que el marido pueda ser acusado de violar a su esposa. Al margen de ello hay un dato interesante, en 1938 se presentaron en la Gran Bretaña 1.324 denuncias por violación.

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

Podemos afirmar en consecuencia que los delitos sexuales en general, están regulados inadecuadamente, por lo que no dudamos que en oportunidad sean reformados de nueva cuenta.

²² Carrancá. *op. cit.*, pp. 659-660

CAPITULO V

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

A consecuencia del Artículo anterior el juzgador deberá efectuar un verdadero esfuerzo para encuadrar la conducta del sujeto activo ya que en la redacción no se anotó que es abuso sexual, la cual se tendrá que señalar, en la redacción del numeral en cita aunque si bien es cierto se deduce que hay un abuso, porque se habla de un acto realizado sin consentimiento del sujeto pasivo.

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 un 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 meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos.

Observemos 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 establecía: "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 quinientos pesos." y el actual Código Penal en vigor en el Distrito Federal establece:

Artículo 262.— 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.

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 hipótesis y más aún ya no se prevé el hecho de que si el estuprador se casaba con la estuprada no se procedería contra aquel, es decir que cesaba en consecuencia toda acción 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 platicar el supuesto de que un hombre pueda ser estuprado como muy atinadamente determina el Doctor Raúl Carrancá y Rivas, tal como en el capítulo respectivo, ya lo mencionamos.

D) 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, indolentemente de su sexo.

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

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 implicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendida fuera impúber, la pena de prisión será de seis a diez años.

De la simple lectura del artículo, se observa que existe dos párrafos agregados que define a la cópula y la llamada violación instrumental es tratada como un delito privilegiado debiendo ser tratado al contrario como un delito calificado.

La que nos resulta incomprensible entender es la razón por la cuál 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 el normal desarrollo psicosexual debería definirse claramente el concepto cópula.

D) POSTURA PERSONAL

Para fijar claramente nuestra posición ideológica respecto al aspecto modular 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 (vagina), elemento femenino".

"...Pero que diferencia hay entre 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 sinnúmero 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 médicos legistas, es una aberración técnica y aceptar este concepto plenamente erróneo, sería tan absurdo como concebir un "concepto médico", de justicia, consistente en suponer 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 de cópula y como estamos conscientes de la dificultad que existe para que los legisladores mexicanos acepten propuestas de pasantes de Derecho, proponemos como 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..."

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

CONCLUSIONES

PRIMERA

Fue un acierto la creación del tipo de hostigamiento sexual, ya que es práctica muy común, que entre los jefes haya la tendencia de que, explotando su posición, molesten a sus subordinados; generalmente para acosarlos y obtener de esa manera el acceso carnal respectivo.

SEGUNDA

Lo discutible del tipo mencionado líneas arriba, es el concepto subordinación, ya que también se puede presentar, que un subordinado o subordinada, lleven a cabo el hostigamiento sexual, con el superior jerárquico, para mejorar su posición laboral.

TERCERA

En consecuencia, proponemos que sea reformado el artículo 259-bis, para que se establezca, que el hostigamiento sexual puede presentarse en cualquier circunstancia, sin necesidad de la relación laboral y de la situación de subordinación.

CUARTA

La penalidad impuesta al delito de hostigamiento sexual, es ridícula ya que con el pago de cuarenta días de salario mínimo, el hostigamiento sexual queda en relación con la sociedad a la que pertenece, como si nada hubiese ocurrido y en realidad su conducta puede traer consecuencias graves para la víctima y es por ello que la valoración del daño moral causado, es inequitativa.

QUINTA

La redacción del artículo 262 del código penal para el Distrito federal dará lugar a una serie de problemas de aplicación del derecho, en virtud de que no da un concepto de cópula lo que trae como consecuencia que se preste a confusiones con el concepto que establece el artículo 265 del citado ordenamiento.

SEXTA

La regularización actual del estupro es muy adecuada, ya que actualmente no es previsible que el estuprador y la víctima puedan casarse, situación muy lógica, en virtud de que un matrimonio entre víctima y estuprador, dicha unión estará condenada sin remedio al fracaso.

SEPTIMA

Ignoramos la razón por la cual el legislador no definió en el tipo de estupro lo que debe entenderse por cópula, por ello en el cuerpo del trabajo recepcional, proponemos que el artículo 262 del código penal para el Distrito Federal debe decir, "Para los efectos de este artículo cópula es la introducción del miembro viril por vía vaginal."

OCTAVA

El tipo descrito por el artículo 265 del código penal para el distrito Federal, define lo que debe entenderse por cópula, pero dicha noción discutible pues un concepto medico se convirtió en jurídico, como es la cópula por lo que el legislador con dicho concepto, trato de ahorrar tiempo, en aras de menor esfuerzo y lo ideal hubiera sido prever conductas que antes se consideraban delitos de violación sin serlo jurídicamente hablando.

NOVENA

Un importante acierto del legislador fue el reformar el artículo 265 primer párrafo última parte del código fiscal para el Distrito Federal, pues aumento la penalidad de 8 a 14 años, toda vez que en ninguna modalidad de la violación, puede permitir la libertad bajo fianza, como ocurría antes de la reforma del 21 de enero de 1991.

DECIMA

La penalidad impuesta a la violación cometida en personas que libremente no se pueden conducir, es plenamente adecuada, por la gravedad que esta situaciones trae consigo el ilícito.

DECIMA PRIMERA

Podemos concluir que, las reformas a los llamados en su oportunidad, delitos sexuales, fueron hechas muy precipitadamente por tener graves y lógicas anomalías y defectos de técnica jurídica.

DECIMO SEGUNDA

Debe reformarse el código penal para el Distrito Federal, en virtud de que resulta obsoleto, proponemos que en la reforma intervengan verdaderos estudiosos de la materia que proporcionen sus conocimientos y luz para que las reformas sean adecuadas viables y además lógicas.

BIBLIOGRAFIA

- Carrancá y Trujillo Raúl. Carrancá y Rivas Raúl. *Código penal anotado*. México 1991. 16a. Edición.
- Carrancá y Trujillo Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1991. 16a edición.
- Carrara Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Traducción Editorial Themis. Bogotá Colombia. 1985 Tomo II. 10a edición.
- Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. México, 1974. 8a edición.
- Cuello Calon Eugenio. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Boschj. Barcelona España 1952, 1a Edición y 1975 10a. Edición.
- De Pina Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa. México 1981.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1981.
- Diccionario para Juristas. Ediciones Mayo. México 1981.
- Diccionario Pequeño Larousse. México 1972. Edición vigésima cuarta.
- González Blanco Alberto. *Delitos Sexuales*, editorial porrúa México 1974. 3a edición.
- González Blanco Alberto. *Delitos Sexuales en La Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1974. 3a. edición.
- González de la Vega Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial. Porrúa. México 1970. 10a. Edición.
- Jiménez de Azua Luis. *La ley y el delito*. Editorial Themis. Bogotá, Colombia 1964. 5a. edición.
- Jimenez Huerta Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo III editorial Porrúa. México 1982. 5a. edición.
- Maggiore Giuseppe. *Derecho Penal*. Editorial Themis. Bogotá Colombia. 1970, 5a. edición
- Marquez Pineiro Rafael. *Derecho Penal*. Editorial Trillas. México 1990 2a. edición.

Martinez Murillo Salvador. *Medicina Legal*. editorial librería de Medicina. México 1972. 10a. edición.

Maertinez Roaro. Marcela. *Delitos Sexuales*. Editorial Porrúa. 1975. 1a. edición.

Porte Petit Celestino. *Derecho Penal*. Editorial Porrúa. México 1970, 13a. edición.

Porte Petit Celestino. *Ensayo Dogmático Sobre el delito de estupro*. Editorial Jurídica Mexicana México 1972. 2a. edición

Porte Petit Celestino. *Ensayo Dogmático sobre el Delito por Violación*. Editorial Regina. México 1960. 5a. Edición.

Soler, Sebastián. *Derecho Penal, Argentino* Primera Reimpresión Tomo III, tipográfica Argentina 1991.

Vela Treviño Sergio. *Antijuricidad y Justificación*. Editorial Trillas. México 1986. Edición.

Vallardo Berrón Fausto E. *Introducción al Estudio del Derecho*, 1a. edición. México. 1961.

LEGISLACION

Código Penal el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México 1992, 50a. edición.