

327
29



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" A R A G O N "

LAS REFORMAS RELEVANTES A LOS DELITOS
SEXUALES DE ENERO DE 1991.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RUIZ GONZALEZ MARIA DEL SOCORRO



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.

A MIS PADRES:

Con todo cariño, por su esfuerzo y apoyo
para lograr esta meta.

A MIS HERMANOS:

Antonio, Anselmo, Carmen y Ricardo
y en especial a Martha y Raymundo,
quienes siempre me impulsaron a culminar
mis estudios.

A todos mis sobrinos.

A todos mis familiares. con afecto.

Con respeto y afecto a la familia

Guzmán Martínez.

Con amor a una persona maravillosa.

Alberto.

A la familia Hernández Guzmán.

que siempre con su ayuda y ejemplo

me han motivado a la superación.

A mi asesor:

Licenciado José Hernández Rodríguez,
por su orientación y consejos
en la elaboración de este trabajo.

A mis compañera y amiga Lety,
quien siempre me ha brindado su
colaboración y amistad desinteresada.

A la E.N.E.P. " Aragón", valiosa institución
dedicada a formar mejores profesionistas para
el futuro.

A mis maestros por sus enseñanzas
y consejos.

Al honorable jurado.

LAS REFORMAS RELEVANTES A LOS DELITOS SEXUALES DE ENERO DE 1991.

INDICE.

INTRODUCCION.....pág. 1

CAPITULO I GENERALIDADES

a) SEXUALIDAD Y DERECHO PENAL.....pág. 3
b) LOS DELITOS SEXUALES EN EL CODIGO PENAL DE 1931.....pág. 6
c) DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO
PSICOSEXUAL.....pág. 12
d) BREVE RESEÑA HISTORICA DE LOS DELITOS SEXUALES.....pág. 16
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO I.....pág. 21

CAPITULO II EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y ABUSO SEXUAL.

I.- EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

a) CONCEPTO.....pág. 23
b) NOCION LEGAL.....pág. 25
c) ELEMENTOS.....pág. 27
d) CRITICA Y ESTUDIO.....pág. 28

II.- ABUSO SEXUAL.

a) DEFINICION.....pág. 34
b) CONCEPTO LEGAL.....pág. 35
c) FACTORES ESTRUCTURALES.....pág. 36
d) ANALISIS CRITICO.....pág. 38
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO II.....pág. 52

CAPITULO III ESTUPRO Y VIOLACION.

I.- ESTUPRO.

a) NOCION.....	pág. 54
b) DEFINICION LEGAL.....	pág. 55
c) ELEMENTOS.....	pág. 56
d) ENFOQUE MEDICO LEGAL.....	pág. 58
e) ESTUDIO CRITICO.....	pág. 59

II.- VIOLACION.

a) DEFINICION LEGAL.....	pág. 69
b) DESARROLLO HISTORICO.....	pág. 70
c) ESTRUCTURA.....	pág. 71
d) TRATAMIENTO MEDICO FORENSE.....	pág. 76
e) ESTUDIO JURIDICO DE LA VIOLACION.....	pág. 78

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO III.....	pág. 99
--	---------

CAPITULO IV ANALISIS CRITICO DE LAS REFORMAS DE ENERO DE 1991 AL TITULO XV DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

a) LOS DELITOS SEXUALES.....	pág. 101
b) LOS DELITOS SEXUALES A LA LUZ DE LAS REFORMAS DE 1991.....	pág. 102
c) PANORAMA Y CRITICA DEL TITULO XV DEL CODIGO PENAL VIGENTE EN RELACION A LOS DELITOS SEXUALES.....	pág. 106
CONCLUSIONES.....	pág. 115

INTRODUCCION.

La primera razón que me llevó a elaborar este trabajo fue el interés y el cariño por el Derecho penal.

En segundo lugar, el palpar en nuestro medio y en este momento, el enorme cambio social que ha venido operándose en la vida sexual y los cambios que se han presentando en la ley en torno a los delitos que afectan la esfera sexual de las personas.

Por lo que el tema central de el presente trabajo, consiste en realizar el estudio de las modificaciones que se presentaron en el Código Penal para el Distrito Federal, respecto a los delitos de carácter sexual, precisando así cuales son las reformas relevantes que se presentaron, con respecto a los mismos.

Se puede apreciar, que la problemática no es simple, en primer lugar no es posible pensar que el legislador penal pueda modificar el comportamiento sexual de la sociedad, pero si le corresponde a éste proteger aquéllos valores sociales que son indispensables para la existencia misma de la comunidad o para la convivencia pacífica de sus miembros; debiendo describir en forma clara y precisa las conductas que se consideren delictivas y que lesionen a la sociedad de este tipo de ilícitos. Dicha descripción debe ser necesaria y suficiente para la salvaguarda del bien que intenta proteger la ley, pero no se debe permitir que se cuelen aquellas que no lo hagan, pues tal y como sucede en el actual contenido al título Décimo Quinto del

Código Penal y que a nuestro muy particular punto de vista la ley dentro de los artículos que regulan la libertad y el normal desarrollo psicosexual, peca de injusta pues solo se limita a incrementar la punibilidad en la mayoría de las conductas que regula, olvidándose de realizar una descripción adecuada de las conductas que afectan a la sociedad y a las personas en particular en su ámbito sexual, ocasionando con esto la obscuridad de la ley que acarrea como consecuencia la aplicación de una ley penal injusta por los problemas que esto origina en la práctica.

Por último, es importante destacar la presión ejercida por grupos feministas y otras agrupaciones que han dirigido su inquietud a criticar los contenidos del derecho penal en materia sexual.

CAPITULO I GENERALIDADES.

a) SEXUALIDAD Y DERECHO PENAL.

Considerando que el sexo ha sido sujeto a la regulación y prohibición en diversos momentos históricos y en distintas formaciones sociales, lo cual no solo se ha efectuado mediante normas morales y religiosas, ya que el derecho penal ha regulado al respecto aquellas conductas que considera delictivas y que afectan la sexualidad de las personas.

Ahora bien para poder establecer de manera clara la relación que tiene la sexualidad con el derecho penal, es necesario precisar primeramente lo que se entiende por derecho penal y anotar además lo que es la sexualidad.

Así tenemos que de la diversa gama de conceptos que existen de lo que es el derecho penal, tomaremos en cuenta para nuestro estudio solo algunos de los más importantes.

"Derecho Penal.- Es la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social." (1)

"Derecho Penal.- Es una rama del derecho público interno cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de una comunidad combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro." (2)

"Derecho Penal.- Es el conjunto de normas jurídicas del derecho público que define los delitos y señala las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social". (3)

Puede entonces definirse al derecho penal como: el conjunto de normas jurídicas del derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas y medidas de seguridad que se aplican para lograr la permanencia social.

Siendo también necesario e importante tener presente la diferencia que hay entre lo que es sexo y sexualidad, términos que a futuro pueden acarrear nos confusiones para el mejor entendimiento del presente trabajo, pues debe tenerse en cuenta que son dos aspectos totalmente distintos.

Es así que el sexo lo constituyen *los caracteres fisiológicos y anatómicos que distinguen al macho de la hembra*; mientras que la sexualidad es *la manifestación, la expresión psicológica, social y cultural de lo aprendido en torno al sexo.*(4)

De acuerdo a lo anotado, resulta que la relación que tiene el derecho penal con la sexualidad es que este desea el control social de conductas desviadas que se consideren delitos y que se presentan en forma desorganizada en la sociedad esto es que trata de ocuparse de las conductas en la medida que sociológicamente se consideren como peligrosas para conservar los valores más importantes de la vida humana y lo que es más importante mantener el orden y armonía entre las personas en la sociedad.

Y respecto a la regulación de la sexualidad por el derecho penal siempre ha surgido la problemática de determinar cual es el objeto de protección penal que debe considerarse en las conductas que afectan la sexualidad de las personas, pues existe la interrogante de que si el derecho penal debe proteger valores éticos, en este caso la moral sexual, o debe optarse por el reconocimiento de la pluralidad y sancionar penalmente sólo aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro los valores sociales más importantes, en este caso la libertad y el sano desarrollo sexual de las personas.

Como puede apreciarse y en primer lugar no es posible pensar que el legislador penal pueda modificar, en lo sustantivo, el comportamiento sexual de la sociedad; podrá cuando más influir en ciertas modalidades de prácticas respecto a la conducta. Y en segundo lugar no es la función del legislador, quien debe limitarse a intervenir penalmente para proteger los bienes jurídicos más importantes.

Es así que el derecho penal a través de la norma penal tiene, indudablemente, como función motivadora la intimidación de los sujetos como medio de prevención de comisión de conductas ilícitas, pero debe tenerse en cuenta que no es la forma idónea para transformar la afectividad y la ideología de las personas y mucho menos la vivencia de su sexualidad.

Resulta entonces que al legislador le toca proteger aquellas valores sociales que son indispensables para la existencia misma de la comunidad o para la convivencia pacífica de sus miembros; y para ello debe determinar en forma clara y precisa las conductas que lesionan el orden social.

b) LOS DELITOS SEXUALES EN EL CODIGO PENAL DE 1931.

El mal suceso del Código Penal de 1929 determinó la inmediata designación por el Licenciado Portes Gil de una nueva comisión revisora, la cual elaboró el Código Penal de 1931, para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal; y que fue promulgada el trece de agosto del mismo año por el presidente Pascual Ortiz Rubio en uso de sus facultades concedidas por el Congreso por decreto del dos de enero del mismo año.

Sin embargo es importante hacer notar que el Código Penal de 1931 que es la base principal de nuestra actual legislación penal, fue redactado con una tendencia diferente a las tendencias utilizadas

en códigos anteriores, lo cual mostraba su originalidad, pero que a consecuencia de los cambios a los que se a enfrentado y que la hacen un tanto confusa y lo que le ocasionó la pérdida de su uniformidad y estilo legislativo que la caracterizaban.

Pero debido a las modificaciones que se han presentando en la legislación penal original ocasionan que exista una más dura represión para las personas que cometan este tipo de conducta delictivas, sin percatarse de que en México, el problema no es el de aumentar la severidad de las sanciones, sino el de evitar la impunidad de los hechos punibles.

Sin embargo debe aprovecharse la experiencia que se adquiere al respecto, para que en el futuro se pueda reformar todo lo que sea necesario, subsanando errores, y tratando de esclarecer el contenido de la ley penal, ya que toda reforma legislativa requiere de un análisis exhaustivo para evitar así consecuencias no deseables que redunden en una ley penal injusta.

Y lo que no sucede en la actualidad es que con los cambios presentados en el Código punitivo en materia de sexualidad ha tenido como consecuencia que su sentido se presente de una forma obscura y teniendo como resultado que su aplicación sea más difícil, de ahí que se observe la necesidad de una reforma integral a la ley penal y sobre todo por lo que respecta al tema que nos interesa.

Asi tenemos que es indispensable hacer mención que la legislación penal de 1931 fue elaborada teniendo en cuenta el Código español de 1928, siendo la fuente principal de orientación a nuestro

Código penal; y si consideramos que la ley debe establecerse de acuerdo a las costumbres y necesidades de la sociedad, es quizás esta la causa principal de incomprensión de nuestra actual legislación penal, ya que si bien es cierto que ha estado sujeto a modificaciones el mismo contiene todavía rezagos del sexo honor que estableciera la ley penal de 1931.

Además que el ordenamiento penal de 1931 fue elaborada teniendo como bases principales razonamientos de textos doctrinarios, así con opiniones de autoridades de la época con el propósito fundamental de simplificación y adaptación con arreglo racional y modernización, y conforme lo permitían las tradiciones sociales, sin embargo no debe pasarse por alto que estas ideas fueron adaptadas en los años treintas.

Siendo necesario para el estudio que más adelante se realizara sobre de ciertas figuras delictivas que afectan la sexualidad humana, nos parece necesario tener presente el contenido textual de los artículos del Título Décimo Quinto del Código Penal para el Distrito Federal del año de mil novecientos treinta y uno, denominado "Delitos Sexuales", y los cuales se transcriben a continuación:

TITULO DECIMO QUINTO.

DELITOS SEXUALES:

CAPITULO I.

"Art. 260.- Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber o con el consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico sexual sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos.

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

"Art. 261.- El delito de atentados al pudor solo se castigará cuando se haya consumado."

"Art. 262.- Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años casta y honesta obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño, se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos."

"Art. 263.- No se procederá contra el estuprador, sino por queja de la mujer ofendida o sus padres o a falta de estos de sus representantes legítimos; pero cuando el delincuente se casa con la mujer ofendida, cesará toda acción de perseguirlo."

"Art. 264.- La reparación del daño en los casos de estupro, se compensará el pago de los alimentos a la mujer, y a los hijos que hubiere. Dicho pago se hará en la forma y términos que la ley civil fije para los casos de divorcio."

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

"Art. 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años que por cualquier causa no esté en posibilidad de conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa."

"Art. 266 bis.- Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho veinte años y la multa de cinco mil a doce mil pesos."

A los demás partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo trece de este Código.

Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra de sus hijas. En los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que a ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión."

Concluiremos diciendo que el Código punitivo de 1931, contaba una técnica jurídica especial basada en razonamientos de los años treinta principalmente de estudiosos y doctrinarios de la época; por lo que mucho se dijo que esta legislación careciera de carácter normativo por tratarse de un manual de doctrina. Y careciendo además de la tarea principal de participar en la selección de guías y en la adaptación de los principios a la realidad social, constitucional y económica, por lo que el error de la legislación penal de 1931, radicó primordialmente en querer establecer una regulación más de lo

que lógicamente debió esperarse, y si tenemos que un Código no es ni debe ser tratado científico, además que el juez que debe de aplicarlo no necesita dar explicaciones teóricas que ha estudiado en la facultad de derecho, sino la aplicación práctica de ellas a los casos concretos. Todo esto resulta muy importante debido a que nuestro Código Penal vigente tiene todavía rezagos del ordenamiento penal de mil novecientos treinta y uno, es quizás esto el motivo principal de la incomprensión y complejidad en la práctica de nuestra legislación penal.

Es así que el problema jurídico Penal consiste principalmente en formar un catálogo de los delitos de acuerdo con la moral de cada época y de cada país; asimismo el no sujetar servilmente la ley a la realidad actual y a la fuerza de los hechos y de las costumbres imperantes, porque eso sería fomentar el estancamiento, el retraso y el retroceso de la sociedad, por último debemos señalar que la Ley debe consistir en una fuerza viva de orientación de progreso social.

**c) DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL
DESARROLLO PSICOSEXUAL.**

Resulta importante reflexionar sobre la nueva denominación al título décimo quinto del Código Penal para el Distrito Federal, sobre los delitos en materia sexual, conocidos anteriormente con el nombre de delitos sexuales, denominación que era un tanto errónea, tal como lo señalara el jurista González Blanco en su grandiosa obra "Delitos Sexuales", donde indica que no todos los delitos comprendidos en el

anterior título XV eran considerados como sexuales, al no lesionar el mismo bien jurídico, que en el caso sería el sexo, además que la denominación de delitos sexuales tenía trascendencia al instinto fisiológico, entendiéndose como tal el estímulo interior del funcionamiento del organismo y que impulsaba a los sujetos activos a la comisión de conductas castigadas por la ley, pero de acuerdo a la doctrina de que el derecho penal debe castigar la culminación de cierto delito. Además que han existido y existen más opiniones que señalan el nombre más adecuado que deben tener los delitos que afectan la esfera sexual, las cuales se han basado en el bien jurídico que se protege en las conductas que afectan la esfera sexual; así lo entiende Quintano que trata de delitos contra la honestidad o pudor individual a la vez que contra la libertad en general, por otro lado López Bolado sostiene que los bienes jurídicos que se protegen simultáneamente son la honestidad, el pudor y la libertad sexual; y además, indica Fontan Balestra que la verdadera protección de estos ilícitos recae sobre la honestidad y el pudor personal de la víctima, admite también en última instancia la libertad sexual como lesionada al existir un ataque al pudor no puede desconocerse que el hecho coarte asimismo la libre disposición.

Podemos así decir que la antigua denominación que se otorgaba a los delitos que afectaban la sexualidad humana era sin duda acramente censurada al descansar en un punto de vista meramente fisiológico y no jurídico, y lo cual era considerado por el legislador, pero la nueva denominación a este tipo de delitos tiene

como bien jurídico protegido es la libertad sexual o el normal desarrollo psicosexual.

Ahora bien cabe aclarar el aspecto que sobre la libertad que trata la nueva denominación a los ilícitos de carácter sexual, ya que si tomamos en cuenta que la libertad como bien jurídico tutelado por el derecho penal se presenta cuando constituya un derecho o un bien jurídico que sea posible de verse vulnerado por una infracción penal.

Es importante señalar que se entiende por libertad sexual "la libre disposición del cuerpo a efectos sexuales; esta libertad se lesiona cuando se presenta un acto ilícito que afecta la capacidad de elección en la esfera sexual; y que no sólo se presenta cuando se le obliga a la realización o tolerancia de algún otro acto de carácter lúbrico." (5)

Ahora bien, por lo que respecta al término de normal desarrollo psicosexual expondremos primeramente que el diccionario de las Ciencias de la Conducta define el desarrollo genital psíquico como "el desarrollo psicosexual, evaluado por la capacidad de amar a un nivel adulto, en oposición a la fuerza física."

Se crea la duda de precisar cual fue la intención de el legislador al tratar a los ilícitos del aspecto sexual con el nombre de delitos contra el normal desarrollo psicosexual, por lo que tendremos en cuenta la definición de cada una de las palabras que conforman la nueva denominación de los delitos que afectan la sexualidad.

De acuerdo a nuestro criterio nos parece necesario que quede establecido que es lo que se entiende por los términos normal, psicosis y sexual, para que en base a esto resulte más comprensible la nueva denominación que se otorga a los delitos que afectan el carácter sexual.

Teniendo entonces que el diccionario de la lengua española determina primeramente que es lo que se entiende por *normal*: Dícese de lo que se halla en su natural estado. *Psicosis*: Es la preconciencia de un acto. *Sexual*: Perteneciente o relativo al sexo, y para el mejor entendimiento tenemos que sexo es la condición orgánica, anatómica y fisiológica que distingue al macho de la hembra. (6)

Es así que teniendo en cuenta lo anterior, interpretamos que el normal desarrollo psicosexual se entiende como la evolución natural de la preconciencia del acto sexual.

Es entonces que el nombre que reciben los delitos que afectan la esfera sexual, es confusa respecto al aspecto de la libertad al no especificar a que aspecto de la libertad se esta refiriendo, pero que por lógica deducimos que se trata de libertad sexual propiamente dicha y que se entiende como anteriormente quedo establecida.

Siguiendo en la interpretación de la nueva denominación que tienen los delitos de aspecto sexual que se encuentran reglamentados en el Título XV del Código Penal para el Distrito Federal, tenemos que respecto a lo que debe entenderse por "normal", Marcela Martínez Roaro indica que:

" Los estudiosos de la sexualidad humana ante la dificultad de generalizar desde el punto de vista sexual lo que es bueno, sano o normal o lo que es malo enfermizo o anormal y por consiguiente determinar que es lo que se debe de aceptar y que es lo que se debe rechazar han optado por afirmar que toda conducta sexual debe ser sino aceptada si tolerada social e individualmente y jurídicamente, y agregamos que siempre y cuando no se violen los siguientes principios:

1.- LIBERTAD. Que quienes realicen una actividad sexual lo hagan voluntariamente, sin ninguna coacción.

2.- RESPETO. Que el ejercicio de la sexualidad no lesione a terceras personas bajo ningún aspecto.

3.- RESPONSABILIDAD. Que entre adultos, entendiéndose por tales, personas capaces de prever las consecuencias de su conducta sexual y evitarlas o afrontarlas. Esto implica la exclusión de los menores en las relaciones sexuales." (7)

Por último cabe indicar que la nueva denominación utilizada para los delitos que afectan la sexualidad de las personas se refiere al tratarse de los ilícitos cometidos y que afectan la libre disposición del cuerpo a efectos sexuales y la evolución natural de la preconcencia del acto sexual.

d).- BREVE RESERVA HISTORICA DE LOS DELITOS SEXUALES.

Arduo trabajo es encontrar información de los usos así como las costumbres sexuales, y sobre todo el poder determinar el transcurso

que han seguido la reglamentación de este tipo de ilícitos y que afectan la conducta sexual.

Así tenemos que durante siglos el derecho penal se utilizó para proteger la moralidad de las costumbres sexuales y en especial la honestidad de las mujeres; esto de acuerdo a los ciclos culturales y las ideas de la sociedad y al momento histórico.

En términos de gran generalidad en las variadas culturas de las grandes ciudades como fueron Grecia y Roma, guardaban una actitud elegante de indiferencia ante los problemas de la sexualidad desordenada, aunque resulta cierto que en la lenta evolución del derecho penal romano anterior al cristianismo se llegará a considerar como delitos la violación, raptó, incesto, adulterio, estupro, lenocinio, pero la represión a estos hechos era aplicada conforme a la moral sexual que era lesionada, así como a otros intereses estimados como valiosos.

Señala, Francisco González de la Vega que "al advenimiento del "cristianismo la ley castigaba la lujuria, es decir toda conjunción "sexual, toda costumbre sexual, toda costumbre carnal ilícita; y en "segundo lugar se reprimía como pecado con una severidad extrema "hasta el grado de sancionar la relación erótica fuera del estado "matrimonial con la pena capital, confundiendo los ataques contra "la moral o la religión del terreno sexual." (8)

Y sobre la época posterior hasta llegar a los tiempos contemporáneos poco se sabe, pero se puede afirmar que el derecho penal azteca se encontraba animado por la amenaza y castigo, donde

se presentaba una severidad absoluta en las penas y arbitrariedad inmensa en la imposición de ésta. Presentándose además en el catálogo penal y respecto a la conducta sexual ilícita figuras delictivas como el homosexualismo, aborto, comercio carnal con un casado o concubino, así como el usar indumentaria impropia para el sexo, etc. Observándose que históricamente han sido normas morales las conformadoras del humano proceder en el derecho, tenemos también que era considerada la conducta sexual ilícita si afectaba la moral y las buenas costumbres de la sociedad y que afectaban al pueblo.

Encontramos por ejemplo que los mayas llevaban a cabo una ceremonia llamada Caputzhil para señalar y celebrar la entrada a la vida sexual de los jóvenes.

Mientras que los totonacas pueblos de costa acostumbraban practicar el homosexualismo, en tanto que los aztecas lo consideraban como grave delito, la sanción para aquellos que lo practicaban era para los hombres y al tratarse del sujeto activo lo empalaban y al pasivo le extraían las entrañas por el orificio anal, y si eran mujeres la pena era la muerte por garrote. Además que los aztecas veneraban a la diosa Tlazolteotl que era la diosa de la carnalidad ante la cual celebraban por conducto del sacerdote confesión de los pecados de naturaleza sexual.

Por lo que hace a las costumbres sexuales ilícitas consideradas al momento de la llegada de los españoles quienes implantaron al pueblo conquistado una moral cristiana que se caracterizaba por la

repulsa a todo lo sexual, originando desorientación, pánico, humillaciones y vejaciones a la cultura mexicana.

Por otro lado y respecto a la forma de vida sexual en la sociedad mexicana y sus desviaciones en la época posterior al establecimiento de los españoles y que comprende el siglo XVIII y XIX, tenemos que se trataba de una costumbre sexual adquirida de los españoles.

Así puede apreciarse que históricamente y con el transcurso del tiempo han surgido normas jurídicas que regulan la conducta sexual desviada, pero las cuales no se han podido alejar de las normas morales de la sociedad.

Siguiendo con la secuencia histórica que hemos seguido y por lo que respecta a las costumbres sexuales en los años posteriores y hasta antes de la revolución de 1910, tenemos de las crónicas de los libros, que hubo un gran desarrollo en movimientos de origen político, así como las batallas suscitadas y el surgimiento de grandes y famosos personajes de la historia, lo cual era preocupación en ese momento histórico, sin preocuparse por el desarrollo del sexo y su reglamentación respecto en el comportamiento sexual de las personas, pero debido a la moral que caracterizaba este periodo se determina que el ejercicio de la sexualidad era aceptada solo dentro del matrimonio y para la procreación.

Así llegamos hasta la época contemporánea donde se han intensificado notablemente los estudios relativos a la vida sexual, antes considerados como dignos de censura, sin encontrarse la

solución a la problemática de resolver la impunidad de este tipo de delitos.

Sabemos que se ha recorrido un largo camino de lucha y sensibilización para frenar y regular los delitos que perjudican la vida sexual, panorama que se ha transformado a través de prácticas judiciales concretas, pero lo cual no ha solucionado aun la problemática que estos acarrearán, debido a que los cambios que se han presentado contienen un espíritu eminentemente social cuyo objetivo principal es el genuino ejercicio de la democracia, así como el de tratar de unificar las voluntades de mujeres mexicanas para proponer una estructura integral de protección a la libertad y al normal desarrollo psicosexual, y tener como resultado la disminución en la comisión de delitos que afectan la vida sexual.

**REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DEL
CAPITULO I**

(1) CASTELLANOS, Tena Fernando. Lineamientos elementales del derecho penal. 15a edición. México D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1981 pp. 19

(2) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1975, pp. 19

(3) PAVON, Vasconcelos Francisco . Manual del derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, 6a edición, pp. 17

(4) MARTINEZ, Roaro Marcela. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa, 4a edición, México 1991, pp. 34

(5) PELLEGRINI, Reinaldo. Sexología. Editorial Moratas, S.A. Madrid España, 1968, pp. 63

(6) Diccionario de la Lengua Española. Editorial Porrúa, México 1982, pp. 194 , 328, 432.

(7) MARTINEZ, Roaro Marcela. Ob. cit. pp. 46 y 47

(8) GONZALEZ, de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano.
Editorial Porrúa. 6a edición. 1990. pp. 315

CAPITULO II.

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y ABUSO SEXUAL.

I. EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

a).- CONCEPTO.

Tenemos que el surgimiento de la figura delictiva de hostigamiento sexual se debe primordialmente a las inquietudes de mujeres y grupos de la sociedad civil, por lograr disminuir la comisión de delitos de carácter sexual, situación que fue el tema principal en el Foro de Consulta Popular sobre delitos sexuales, celebrado en mayo de mil novecientos ochenta y nueve, y que al tratarse el tema de hostigamiento sexual se estableció que esta conducta humana proviene de tres acciones básicas y que a saber son:

PRIMERO.- La aceptación o rechazo de algún incidente o proposición sexual por persona superior jerárquicamente a la persona ofendida.

SEGUNDO.- La aceptación o rechazo de la víctima de la proposición.

TERCERO.- Las consecuencias positivas o negativas que recibirá la víctima por aceptar o rechazar la proposición que se refleja en el daño causado.

Resultando así que de estas consideraciones surgieron varios conceptos en torno a lo que se entiende por hostigamiento sexual y los cuales sirvieron de base para la creación del tipo delictivo de hostigamiento sexual, por lo que anotaremos las ideas al respecto de lo que en se entonces los estudiosos determinaron que es el hostigamiento sexual.

Tenemos primeramente el concepto elaborado por Patricia Bedolla Miranda y Blanca Elba García y García de la Facultad de Psicología de la U.N.A.M., al determinar que:

"El hostigamiento sexual, se considera como una imposición no deseada de conductas físicas o verbales de naturaleza sexual, en el contexto de una relación desigual de poder, este último derivado del estatus social superior que los hombres tienen en relación a las mujeres."

Por su parte la diputada Anderson Nevares de Rojas conceptúo al hostigamiento sexual de la forma siguiente:

"En la actualidad el hostigamiento sexual se puede describir como una imposición no deseada de requerimientos sexuales en el contexto de una relación desigual de poder, esta última derivada de la posibilidad de dar beneficios o de imponer beneficios."

Por otro lado la agrupación Red contra la violencia hacia las mujeres, siendo responsable Maria Elisa Villaescua, determinaron que el hostigamiento sexual viene a ser una conducta más de violencia en esta sociedad patriarcal. Definiéndolo como "el acoso, asedio, o chantaje sexual y todas aquellas acciones incluyendo actitudes

"diferentes, sutiles o violentas que han tenido un objetivo erótico sexual, que presionan, obligan o conducen a la persona ofendida a situaciones embarazosas, incómodas, violentas angustiantes o desesperantes coartando su libertad de acción o pensamiento."

Además que es importante tener en cuenta lo que el Diccionario de la Real Academia determina al respecto de lo que es el hostigamiento: "resulta que viene a ser un sinónimo de persecución, y como consecuencia y enfocado hacia el estudio que nos interesa tenemos que se refiere de una persecución sexual, la cual debe ser observada como aquella conducta donde el agente ejerce presión contra la víctima. Entendiéndose además que si el hostigar significa acosar, molestar, a uno sin descanso y que a su vez acosar es perseguir con empeño, resultando que el concepto de lo que es el hostigamiento sexual es entonces toda acción de presión que ejerce una persona sobre otra a efecto de obtener acceso carnal." (9)

b) . - NOCION LEGAL .

El artículo 259 bis del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y en toda la república en materia del fuero federal, publicado mediante reforma suscitada el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno, dispone:

"Art. 259 bis.- Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes domésticas o cualquiera otra que

implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días de multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

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

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

Como puede apreciarse de la simple lectura de este precepto la noción de este ilícito revela un comportamiento por parte del agente de naturaleza crónica con rasgos imprecisos y sobre todo subjetivo, que en la práctica puede ocasionar diversos problemas entre otros tenemos la imposibilidad material de poderlo probar.

No se desconoce que comportamientos como lo que preve este precepto existen y lamentablemente son muy frecuentes, aunque la inclusión de este delito en el Código Penal para el Distrito Federal, no es, por sí sola la solución al problema, el cual tiene diversos orígenes sobre todo de índole familiar y educacional; pero en ocasiones el afán del legislador por proteger a determinados sectores o grupos de la población en relación con determinados comportamientos provoca lejos de proteger, desproteger a la víctima.

Por lo que vemos que esta figura a pesar de ser una buena intención por parte del legislador para disminuir la cifra negra de la comisión de delitos de carácter sexual es difusa y se pierde en el

terreno de la realidad, lo que puede ocasionar serios problemas en la reglamentación de este tipo de ilícitos.

c) ELEMENTOS .

Podemos decir que los elementos que estructuran al delito de hostigamiento sexual son:

- 1.- Asedio reiterado con fines lascivos.
- 2.- Una posición jerárquica derivada de cierta relación.
- 3.- Que se cause un perjuicio o daño.

ASEDIO REITERADO CON FINES LASCIVOS.

Consiste en la intención del sujeto activo de perseguir repetidamente al ofendido con la intención de obtener como fin el placer sexual.

POSICION JERARQUICA.

Se entiende como tal, la relación de subordinación de una persona para con otra.

QUE SE CAUSE UN DAÑO O PERJUICIO.

Para que la conducta de hostigamiento sexual pueda ser castigada por la Ley debe presentarse un daño o perjuicio, cabe indicar al respecto que como consecuencia de este tipo de conducta siempre se

causará al ofendido un daño de carácter psicológico que en algunos casos resultan irreparables.

7.- CRITICA Y ESTUDIO.

Para realizar el estudio crítico respecto a esta nueva figura delictiva que regula el Código Penal para el Distrito Federal es necesario hacer mención de los elementos que la estructuran.

1.- SUJETOS.

ACTIVO.- De la descripción típica tenemos que podrá ser activo de este delito cualquier hombre o mujer que por su relación con el pasivo tenga subordinación sobre este y aproveche tal situación valiéndose de su posición jerárquica para realizar la conducta típica; y al no precisar la legislación, el sexo del sujeto entendemos que tanto el hombre como la mujer pueden ser activos en la comisión de este delito.

PASIVO.- Si consideramos que el texto legal se refiere "...persona de cualquier sexo...", e interpretando el mismo, será pasivo del ilícito de hostigamiento sexual la persona hombre o mujer que se encuentre bajo la subordinación del activo en cualquiera de las hipótesis que enuncia el artículo 257 bis del citado Código.

2.- OBJETO MATERIAL.

Viene a ser el sujeto pasivo, al cual ya nos hemos referido en el punto anterior.

3.- OBJETO JURIDICO.

Es la libertad y el normal desarrollo psicosexual o ambos. como se desprende del propio título Décimo Quinto, el cual fue reformado el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno, cuando surgió este nuevo delito.

Evidentemente se coarta la libertad de conducirse en el terreno de la sexualidad con este ilícito y puede también surgir una afectación en el desarrollo psicosexual del pasivo.

4.- CONDUCTA, Y FORMAS DE EJECUCION.

Esto es, el comportamiento que lleva a cabo el sujeto activo de asediar reiteradamente con fines lascivos al sujeto pasivo; y conforme al Diccionario de la Lengua Española, asediar en una de sus acepciones determina que es importunar a uno sin descanso con pretensiones, entendemos exactamente que en este delito el asedio consiste en importunar, molestar o agobiar al pasivo con fines lascivos.

Exige además la norma que este asedio se dé reiteradamente, esto es, repetidamente. De lo que se desprende que una sola vez, aunque resulte molestia para el pasivo no constituye la conducta típica que exige este tipo penal, toda vez que no se presenta en forma reiterada, exige también el tipo la existencia de un elemento típico subjetivo esto es la intención del sujeto activo o el conocimiento de una circunstancia determinada en el delito en estudio consiste en que

el asedio debe presentarse con fines lascivos, entendiéndose como tales el propósito relativo al placer sexual o de naturaleza erótica.

5.- FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION.

Si bien se puede apreciar que la norma no señala cuales deberán ser los medios de ejecución, por los que resulta la configuración de este delito, pudiendo consistir en invitaciones, ofrecimientos, o amenazas todos ellos referentes a propósitos lascivos y únicamente cuando se presenta de forma reiterada.

6.- RESULTADO TIPICO.

Como se establece claramente en el segundo párrafo del artículo 257 bis, que este delito solo será punible cuando se cause un daño o perjuicio, el problema aquí consiste en determinar que daño o perjuicio refiere el legislador ya que bien podríamos decir que el único resultado sería la afectación psicológica o la pérdida del trabajo, o de un año lectivo de acuerdo a la persona de que se trate. De aquí podemos observar que si en tipo no exigiera como resultado un daño o perjuicio, estaríamos en presencia de un delito de mera conducta o formal, no siendo así se trata de un delito de resultado.

Pero además, subsiste el problema de demostrar y probar el resultado típico, al respecto tenemos que al no existir un resultado material, es difícil probar cuando se comete este ilícito si se aprecia que la carga de demostrar el resultado y como consecuencia la existencia del tipo de hostigamiento sexual corre a cargo de la víctima.

Resulta que el hostigamiento sexual se trata de una figura equívoca al parecer una tentativa más que un delito consumado, existiendo la interrogante que la conducta que describe el artículo 259 bis se trate en verdad de un ilícito, por lo que al respecto tenemos que la consumación de esta figura típica adolece como ya hemos anticipado de precisión y subjetividad que dificultan poder precisar con exactitud, su momento consumativo, de lo que se crea la necesidad de determinar en que momento se consuma el mismo pudiendo considerar que cuando un sujeto inicia el asedio con fines lascivos no se ha consumado aún el delito, y como el tipo exige que el asedio se dé reiteradamente, solo entonces se presenta la conducta típica, pero exige también la norma que dicho comportamiento llegue a causar daño o perjuicio por lo que interpretamos que no es, sino hasta que se produce un daño o perjuicio cuando se consuma este delito; y no antes.

Respecto a la tentativa tenemos que se puede determinar que no posible la integración del grado de tentativa en este delito, esto es si consideramos el orden de ideas expresadas en el punto anterior podemos decir entonces que el asedio reiterado, hasta en tanto no cause daño o perjuicio no se puede decir que es un hecho consumado y presentarse así la conducta delictiva de hostigamiento sexual. Esto es, que la norma expresa que sólo será punible el hostigamiento sexual cuando se de el resultado ya referido, puede entonces desprenderse que la intención de el legislador de que precisamente se castigará esta conducta delictiva cuando se haya consumado, aún

cuando se admitiera que puede presentarse el grado de tentativa en este ilícito, no será punible.

Siguiendo en la línea de estudio y crítica de la nueva figura delictiva tenemos que el hostigamiento sexual ha sido incorporado al Código Punitivo por iniciativa de diversas agrupaciones de mujeres y organizaciones de trabajadoras, de lo que resulta la necesidad de interpretar el contenido del dispositivo legal que regula la conducta de hostigamiento sexual, teniendo primeramente que puede surgir la interrogante respecto al orden numérico de colocación o ubicación de este ilícito en el Código Penal; porque el legislador ubicó a este ilícito dentro del artículo 259 bis, si consideramos que bis quiere decir dos veces, duplicado, repetido, si debiera haber incluido a esta nueva figura delictiva dentro de la numeración del título respectivo a los antes llamados delitos sexuales.

Además el legislador se contradice, al no seguir una misma unidad ideológica y no atiende a los principios fundamentales de la doctrina, ya que en esta figura refiere en su descripción a fines lascivos (término que explicaremos en un subtema posterior), cuando acaba de suprimir lo referente a la intención lasciva, que para el caso es lo mismo.

Si de por sí esta absurda figura de hostigamiento sexual es confusa, más lo es al contener elementos que la complican, ahora bien después de una atenta lectura al artículo en estudio resulta que el legislador solo ha querido proteger a la mujer que se encuentre

subordinada, pero debe considerarse que cualquier persona subordinada o no, puede ser hostigada sexualmente.

Y por lo que respecta a la penalidad, la Ley señala que la misma es hasta de cuarenta días de multa lo cual es reducido y francamente absurdo, por benévola al valorar el daño que sufre la víctima en aproximadamente quinientos nuevos pesos, siendo injusto que el activo pague económicamente y tan poco por su libertad ante un delito de esta naturaleza.

De lo referido anteriormente, podemos decir que de acuerdo al derecho penal este delito puede clasificarse de la siguiente forma: como un delito básico o fundamental, material o de resultado, alternativamente formado, de acción, de lesión, continuado, doloso, simple, unisubjetivo y plurisubsistente.

Cabe hacer notar que en relación a que si se trata de un delito material o de resultado, algunos penalistas piensan que se trata de un delito formal o de simple conducta, pero como la propia norma exige el surgimiento de un perjuicio o daño, debe entenderse como un delito material o de resultado.

Por lo que podemos decir que si bien la incorporación del hostigamiento sexual como conducta delictiva, podría permitir salvaguardar la integridad no sólo de las trabajadoras: sino de aquellas personas que en cualquier ámbito de sus relaciones sean asediadas por quienes ejercen jerarquía material o espiritual sobre ellas, ocasionándoles daños y perjuicios, no debemos pasar por alto que esta figura se encuentra fuera de la realidad pues no son solo

las mujeres que se encuentran sujetas a cierta relación de subordinación, quienes pueden ser víctimas del hostigamiento, ya que cualquier mujer subordinada o no, puede ser hostigada y no precisamente por persona de mayor jerarquía en el tipo de relación existente entre estas.

II.- ABUSO SEXUAL.

A) DEFINICION.

Compleja es la estructura del delito de abuso sexual descrito en el artículo 260 del Código Penal, pues yacen en ella diversas hipótesis típicas que tienen por base la ejecución de una misma conducta sobre el sujeto pasivo, esto es, "un acto sexual", sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula. La complejidad subrayada se evidencia cuando se tiene presente que el acto sexual puede típicamente ejecutarse: a) sin consentimiento de la persona víctima del delito; b) y con consentimiento de la persona ofendida cuando esta sea menor de doce años.

En términos generales por abuso sexual se entiende como las acciones corporales de carácter sexual o tocamientos obscenos realizados sobre el cuerpo de otra persona cuando se usare fuerza o intimidación. Además es importante señalar que la definición de abuso sexual que contempla el artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, proviene de la denominación alemana "Shändung, con

"respecto a este vocablo, el que tiene en la doctrina alemana un significado particular, en cuanto es referido al hecho de quien "abuse de persona incapaz (delito previsto en el No. 2 del artículo "176 del Código Penal Alemán y que significa abuso sexual)." (10)

Al respecto tendremos en cuenta la definición que a esta conducta determina Francisco González de la Vega al referirse al delito de atentados al pudor hoy llamado abuso sexual, como "...los actos corporales de lubricidad distintos a la cópula y no tienden directamente a ella, ejecutados en impúberes o sin consentimiento de personas púberes". (11)

Resulta entonces que es acertada la actual denominación que se hace a la conducta que describe y regula el referido precepto, ya que anteriormente se consideraba que en este delito era el pudor el bien jurídico que protegía la Ley tal y como se apreciaba de su denominación, pero actualmente y de acuerdo a los estudios que se han realizado tenemos que el objeto de la protección penal es la libertad sexual; que a nuestra opinión es acertado el cambio de nombre a esta conducta delictiva.

b) CONCEPTO LEGAL .

El artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal dice:

"Art. 260.- Al que consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella

un acto sexual o la oblique a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

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

Al respecto, cabe precisar que antes de las reformas, este delito se llamaba atentados al pudor, pero debe tenerse en cuenta lo que dice González Blanco al opinar que el pudor es "simplemente un sentimiento de desagrado que el objeto sexual experimenta hacia el sujeto que intenta gozarle sin su consentimiento". (12)

C) FACTORES ESTRUCTURALES .

- 1.- Acto sexual distinto de la cópula.
- 2.- Ausencia de propósito inmediato y directo de copular.
- 3.- Ausencia del consentimiento de la persona pasiva.

1.- ACTO SEXUAL DISTINTO DE LA COPULA.

Tenemos que sobre este punto , la característica en este delito consiste en la ejecución en la víctima de un acto sexual distinto a la cópula, y tomando en cuenta que antes de las reformas que ya hemos hecho referencia, se hacía mención que se realizará para la configuración de el delito de atentados al pudor la ejecución en la víctima de un acto erótico sexual distinto al ayuntamiento carnal que es la cópula, al respecto la mayoría de los autores consideraban que

el término de erótico-sexual, era redundante, puesto que erótico es precisamente lo sexual y lo sexual es lo erótico.

Entendiéndose así, que la palabra erótico a que hacía mención la antigua denominación resultaba innecesaria de ahí que podamos considerar que se entiende por acto sexual según lo afirmaba el jurista González de la Vega al referirse a los actos eróticos como "...aquellas acciones de lubricidad que resiente corporalmente la víctima tales como caricias, tocamientos o manejos realizados para excitar o satisfacer de momento al menos, la libidine, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual." (13)

Podemos comentar respecto a lo anteriormente expuesto, que el acto sexual típicamente relevante para integrar el delito de abuso sexual es el que se realiza sin el propósito de copular, o dicho con otras palabras y como se aprecia del artículo 260 del Código Penal sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, entran entonces todos aquellos actos que con base en la exteriorizada tendencia del acto deben ser valorados como libidinosos, fueren de índole superficial.

Además que no es necesario que el acto sexual, se efectúe directamente en los órganos sexuales de la persona ofendida, basta cualquier otro contacto epidérmico o físico para que se presente un acto sexual con intención lasciva.

Al respecto podemos determinar que el acto sexual es la conducta donde quedan comprendidos todos los actos de tipo sexual con

intención lasciva, y que según el Diccionario quiere decir el apetito desordenado por los placeres sexuales; pudiendo tratarse de tocamientos, frotamientos, caricias de carácter sexual, pero con intención lasciva y que lleva a cabo el activo sobre el pasivo, además puede ser una conducta típica el hecho de obligar al sujeto pasivo a que sea él quien realice el acto sexual sobre la persona activa, generalmente tales actos se realizan sobre zonas erógenas, como senos, labios, o genitales masculinos o femeninos.

2.- AUSENCIA DE PROPOSITO INMEDIATO Y DIRECTO DE COPULAR.

Consiste en la falta de intención de copular, el problema es probar la intención que es algo meramente subjetivo.

3.- AUSENCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA PASIVA.

Se entiende como la falta de voluntad por parte de la víctima para que realicen con ella un acto sexual o la obliguen a realizarlo.

d) ANALISIS CRITICO.

Es preciso señalar primeramente que respecto a la antigua denominación dada a este delito, fué Carrara quien por vez primera afirmó que la figura de la tentativa punible difícilmente puede configurarse en el ultraje violento al pudor, pues si los actos impúdicos han tenido comienzo. la tentativa desaparece por exceso ya

que tales actos representan una violación completa del derecho atacado, y conforme a los partes de las construcciones modernas en torno a la integración de la conducta típica, difícilmente puede negarse que en el delito de abuso sexual pueda configurarse la tentativa; pues mucho se ha dicho que la conducta que se describe actualmente como abuso sexual pueda presentarse como una tentativa de violación, al respecto Sebastian Soler nos habla de la distinción entre los actos de abuso deshonesto y de los que constituyen la tentativa de violación, indica que generalmente se acude a la dirección del ánimo del sujeto activo: si el propósito es determinado fin lúbrico, será abuso deshonesto, pero si el propósito es la realización de la cópula, hay tentativa de violación: "la dirección del ánimo es importante como en toda tentativa, pero es en los hechos donde debe ponerse de manifiesto esa dirección. Un sujeto con ánimo de violar, puede solo tocar un pecho de la víctima" (14) Por otra parte y respecto a este mismo tema, Celestino Porte Petit al hablarnos de la distinción entre los antes llamados atentados al pudor y la tentativa de violación, opina, que en los dos ilícitos el elemento objetivo "ejecución de actos sexuales" es el mismo y lo que les distingue es el fin con que se ejecutan: en el segundo es con el fin de copular; en el primero no lleva ese fin como propósito directo e inmediato.

Para Porte Petit la tentativa de violación, se configura por la violencia ejercida y no por los actos sexuales realizados.

Por su parte, Cuello Calón estima "...que la determinación de si el hecho constituye tentativa de violación presenta no escasas dificultades por las semejanzas que presenta con el abuso deshonesto violento, pues los actos externos en ambos delitos son los mismos pero se diferencian entre si en que en la tentativa de violación los actos realizados se encaminan al acceso carnal, existe ánimo de yacer, mientras que en los constitutivos del abuso deshonesto violento no se aspira a tal fin..." (15) .

De lo anterior podemos concluir que si bien pudiera confundirse el comportamiento de un abuso sexual con una tentativa de violación, lo mismo es fácil de demostrar que no es lo mismo pues la intención como ya se indicó es diferente, aunque resulta difícil probar cual fué la intención del sujeto activo al realizar un acto sexual distinto a la cópula, si tomamos en cuenta que el abuso sexual es un ilícito de difícil comprobación y existancia; pues como indica Jorge Daniel López Bolado que expresa: "...este delito ofrece características que en la mayoría de los casos dificultan la ubicación de la acción llevada a cabo, su comprobación y existencia y la imputabilidad del autor así como las circunstancias que lo rodean, y también por que no, la personalidad de la víctima." (16) El delito de abuso sexual es el menos grave dentro de este grupo de ilícitos; sin embargo resulta importante su análisis crítico, por lo que haremos mención primeramente sobre los elementos que conforman esta figura delictiva.

1.- SUJETOS.

ACTIVO.- Conforme a la descripción legal citada, el sujeto activo puede serlo cualquier persona física, sea hombre o mujer.

PASIVO.- Puede serlo también cualquier persona sin importar su sexo o característica alguna.

Esta indeterminación del sexo, unida a la naturaleza de los actos materiales que integran el delito brindan sobrados fundamentos para concluir que tanto las personas del sexo masculino como el femenino pueden ser sujetos activos o pasivos del delito.

El artículo 261 del propio Código Penal, hace mención especial al sujeto pasivo de este delito al señalar una penalidad agravada cuando este ilícito se cometa contra una persona menor de doce años de edad o en su caso una persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, y que no pueda resistirlo.

Al respecto de lo señalado anteriormente, podemos señalar lo siguiente: los sujetos idóneos para el sujeto activo al cometer este ilícito pueden ser los niños dada la inmadurez natural y debida a su corta edad y a su temor de decir lo que les sucede, resultando que el daño que se ocasiona a este tipo especial de personas es más serio al ocasionar alteraciones emocionales que con el tiempo y por falta de una atención adecuada pueda ocasionar trastornos psicológicos y afectar directamente a futuro el comportamiento en el terreno de la sexualidad y su desarrollo general.

Por lo que se refiere a las personas que no tienen capacidad de comprender el significado del hecho o que por alguna causa no puedan resistirlo, son personas que se encuentran en un estado de indefensión por un estado transitorio o permanente de enfermedad o meramente circunstanciales que hacen que la víctima se encuentre en un estado de inconciencia lo cual es aprovechado fácilmente por la persona activa que cometa este ilícito; de ahí la razón de ser la agravación de la pena que en estos casos será de seis meses a tres años de prisión o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

2.- OBJETO MATERIAL.

En este delito el objeto material es el propio sujeto pasivo que puede serlo como ya mencionamos cualquier persona o los dos casos especiales agravados, que son los menores de doce años de edad y aquellas personas quiénes no pueden comprender o resistir la conducta típica.

Al respecto y considerando que la frase que emplea el artículo 260 del ya multicitado Código Punitivo "ejecute en ella (*en la víctima*) un acto sexual" determina claramente que dicha frase indica conceptualmente que dicha persona es el objeto material de la conducta y que los actos que no se ejecuten en ella, son atípicos, en virtud del principio constitucional penal que prohíbe la analogía.

Empero. González de la Vega se inclina a considerar que "también las acciones corporales lúbricas que se hacen realizar a la víctima en su ofensor y las que se le hacen efectuar en un tercero como modo

contemplativo de excitar o satisfacer la libidine, son sublimes en el tipo penal." (17) Por nuestra parte, estimamos que aunque en buenos principios así debería ser, la realidad legislada no admite dicha interpretación pues elocuentemente se establece, que se trata de actos de tipo sexual que se ejecuten sobre la víctima, diferente sería y más adecuado sería si el tipo dijere, como debió haber dicho, ejecute en ella o con ella un acto sexual.

3.- OBJETO JURIDICO.

El objeto jurídico protegido respecto de los mayores de edad es la libertad sexual, entendida como la posibilidad jurídicamente tutelada de aceptar o rechazar los actos sexuales distintos de la cópula y no dirigidos en forma directa, a la ejecución de esta, ahora bien por lo que respecta a los menores el bien protegido se estima que es la seguridad sexual esto es, la necesidad de proteger el correcto o normal desarrollo psicosexual evitando actos que aprovechando la inexperiencia, inocencia o indefensión de los referidos sujetos pueda ocasionar daño a su correcto desarrollo sexual.

Agregando además respecto a este punto que si bien algunos juristas afirmaban que el objeto jurídico en este tipo delictivo era el pudor de las personas, cuestión que ya ha sido ampliamente discutida por los estudiosos en la materia que opinan como lo hace el penalista Alberto González Blanco al afirmar que:

"el pudor, es simplemente un sentimiento de desagrado que el objeto sexual experimenta hacia el sujeto que intenta gozarle sin su consentimiento" (18)

De donde se aprecia que no es el pudor el bien u objeto jurídico protegido en el delito en examen, sino que el interés vital protegido en este ilícito es la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual para el caso de los menores.

Consideremos que de acuerdo a lo que indica Marcela Martínez Roaro al referirse a los atentados al pudor de que el objeto jurídico protegido de acuerdo a las disposiciones doctrinarias de estudiosos en la materia, se observa que en resúmen que no es uno sino varios los objetos jurídicos protegidos en esta conducta castigada por la Ley y que vienen a ser primordialmente la libertad sexual y la seguridad sexual.

4.- CONDUCTA.

En este delito la conducta típica consiste en ejecutar sobre una persona un acto sexual distinto a la cópula, u obligarla a realizarlo.

Pero existe aquí el problema de determinar y poder probar la intención del sujeto activo en esta conducta delictiva, por ser algo meramente subjetivo.

En opinión de diversos autores se acepta que no puede existir ausencia de conducta ya que como la Ley lo exige existe una doble concurrencia de dos elementos subjetivos que son la intención erótica

y la no intención de llegar a la cópula que a falta de alguno de estos exista tipicidad de la conducta.

5.- MEDIOS DE EJECUCION.

Sabiendo que el núcleo principal en el delito de abuso sexual es el acto sexual diferente a la cópula y que se ejecuta sin consentimiento de la persona y en caso de los menores con consentimiento pero como el, pasivo es una persona menor de edad su consentimiento carece de validez natural y , por ende nada vale y es igual que si no se hubiere presentado el consentimiento.

Ahora bien hablando de los medios que se presentan para la ejecución de este delito podemos decir que un medio para lograr el acto sexual típico puede ser la violencia, en cuyo caso la Ley establece una pena agravada contemplada en los numerales 260 y 261 del Código Penal para el Distrito Federal.

Otro punto importante en relación con la conducta típica y su forma de ejecución es el referente a precisar que puede manifestarse de dos maneras: una consistente en que el activo realice el acto sexual y otra en que el sujeto activo obliga al pasivo a efectuar dicha conducta, lo anterior implica que el acto sexual puede llevarlo a cabo el agente sobre el cuerpo del sujeto pasivo o que lo realice este, obligado por aquel.

6.- ELEMENTO OBJETIVO.

La conducta típica de este delito consiste en ejecutar en otro un "acto sexual", esta frase que hace amplia referencia al elemento objetivo, está sin embargo llena de sedimentos subjetivos y valorativos, pues resulta imposible en el delito de abuso sexual establecer la existencia de su elemento adecuado además que resulta imposible calificar un acto sexual con base en el simple comportamiento desligado de su resultado, por lo que sería conveniente que en cada caso concreto se realizara una valoración integral de la conducta y apreciar especialmente su motivación, y no tomar en cuenta el simple dato externo que carece de una base necesaria para formular una correcta valoración siendo necesario captar la voluntad del sujeto que realiza la conducta ilícita; pues el contenido del delito de abuso sexual solo perfila y descubre la función y finalidad externa del agente. El artículo 260 es preciso al determinar la existencia de un elemento subjetivo ya que su interpretación descubre que existe una especie en la conducta y en la ejecución del acto sexual que depende de la intención del agente.

Cabe indicar además que no es necesario para la consumación de este ilícito el sujeto activo satisfaga su libidinosidad, ya que basta solo que el acto sexual que sea realizado este precedido por una intención lasciva.

7.- ELEMENTO SUBJETIVO.

De lo expuesto anteriormente resulta que la esencia de el elemento subjetivo es el comportamiento que adopta el sujeto activo de realizar un acto sexual sin el propósito y diferente a la cópula, pero que lleva implícita la intención lasciva.

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

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

b) *La objetivista.*- De donde resulta que el delito de abuso sexual se tipificará cuando se efectúe una acción sobre el cuerpo de la víctima, aunque no sea con una finalidad lúbrica, si el autor tiene conocimiento de que ofende la libertad sexual de la víctima; es decir el delito lo constituye una acción de significado objetivo impúdico que ofenda al sujeto pasivo independientemente del ánimo del sujeto activo." (19)

De estas dos posturas concluimos que de acuerdo a nuestra opinión el elemento subjetivo consiste en la conducta realizada

encaminada al acto sexual que se presenta sin el propósito directo e inmediato de copular y con ánimo lúbrico.

De la exposición antes anotada podemos dar nuestra opinión y crítica en lo relativo a este delito, si nos remitimos y retomamos los elementos que conforman esta conducta delictiva podemos decir entre otras cosas que primeramente y de acuerdo con el resultado que se tiene de este ilícito después de las reformas suscitadas en el año de mil novecientos noventa y uno, tenemos que en el estudio del abuso sexual se desprende que la conducta realizada por una persona para que pueda encuadrar en el tipo penal correspondiente al delito en estudio debe contener los siguientes elementos: conducta, la existencia de un sujeto activo, y sujeto pasivo, el elementos subjetivo a que ya nos hemos referido que es la intención erótica y la no existencia del propósito de copular, así como la existencia de un bien jurídico tutelado que como mencionamos es la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual, y, los medios de ejecución que se emplean para la realización de la conducta castigada; de lo que resulta que la conducta que describe el artículo 260 del Código Punitivo para el Distrito Federal es antijurídica en tanto que la Ley la consagra como tal.

Cabe indicar que un aspecto importante del abuso sexual es que existen circunstancias agravantes específicas y que son cuando el activo emplea la violencia, sea física o moral según lo dispone la legislación en este caso se aumentará la pena hasta en una mitad en el mínimo y el máximo; por otra parte en el supuesto del artículo 261

se refleja claramente otra circunstancia agravante que se presenta cuando también se ejerce violencia física o moral, pero respecto de menores de doce años de edad o de personas que no pueden comprender o resistir la conducta criminal, al prever el artículo 261 que la pena será de dos a siete años de prisión.

Ahora bien por lo que se refiere a la culpabilidad este delito y si entendemos que el dolo en el delito de, abuso sexual se interpreta como la intención erótica de no llegar a la cópula lo cual elimina notablemente la existencia de una imprudencia o la preterintencionalidad. Es importante hacer una crítica respecto a la punibilidad en el delito de abuso sexual, si mencionamos que existen cuatro penas donde se distinguen las variantes que presentan y que son a saber:

1.- Pena de tres meses a dos años de prisión (artículo 260, primer párrafo).

2.- La pena si el delito se comete con violencia física o moral podrá aumentarse hasta en una mitad el mínimo y el máximo.

3.- Si el delito se comete en un sujeto pasivo menor de doce años de edad o sobre persona que por cualquier causa no puede comprender o pueda resistir la conducta típica, la pena será de seis meses a tres años de prisión o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo (artículo 261, párrafo primero).

4.- La pena que se presenta respecto del sujeto pasivo mencionado en el número anterior, pero cuando además emplea la

violencia física o moral la pena será de dos años a siete años de prisión (artículo 261, segundo párrafo).

Siguiendo la crítica del delito de abuso sexual tenemos además que se trata de un delito de lesión, y como ya mencionamos doloso que radica en la voluntad y conciencia del agente activo de consumir el hecho en que consistió el acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula.

Resulta entonces que se puede clasificar al delito de abuso sexual como un delito de acción, unisubsistente, o plurisubsistente instantáneo, de lesión, fundamental, autónomo, anormal y formado alternativamente

Así llegamos a nuestra crítica personal de donde tenemos que si bien la actual denominación resulta ser más aceptable que antes se usaba para tipificar a este tipo de conducta ilícita contiene varios defectos de técnica legislativa, toda vez que incluye en su texto una serie de aberraciones que generan por cuanto a su obligación se refiere un sin fin de controversias, toda vez que no define lo que debería de entenderse por abuso y más aún confunde los términos vitales en la redacción del numeral y que son el acto sexual y cópula. Ahora bien el tipo que regula el artículo 260 del ya multicitado Código como ya es bien sabido presentó cambio en su denominación, ya que el nombre que recibía antes de las reformas del año de mil novecientos noventa y uno, de atentados al pudor confundían su interpretación y originaba errores por lo que se refería a la palabra pudor, refiriéndose ahora la denominación

alemana de abuso sexual, donde el bien jurídico no es el pudor, sino la libertad sexual y en el caso de los menores de doce años la seguridad sexual.

Así mismo en los cambios suscitados se sistematizan circunstancias agravantes de las conducta aumentando la pena hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando el delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas, o si fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, este contra aquel el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o amasío de la madre del ofendido, en contra del hijastro. Además en el caso de que el delito se cometa por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen y por último en la situación en que fuere cometido por persona que tenga bajo su custodia, guarda o educación, a la persona del ofendido.

**REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DEL
CAPITULO II**

- (9) Diccionario Pequeño Larousse. 11a edición. México 1972. pp. 128.
- (10) FINZI, Marcelo y Nuñez Ricardo. El Código penal alemán. Volúmen I. Buenos aires, Distribuidores Editorial Palma, 1945. pp. 251
- (11) GONZALEZ, de la Vega. Ob. cit. pp. 342
- (12) GONZALEZ, Blanco Alberto. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa, México 1979, pp. 26
- (13) GONZALEZ, de la Vega. Ob. cit. pp. 342
- (14) SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Buenos Aires, Editorial Argentina 1970. P. 301
- (15) CUELLO, Calón Eugenio. Derecho Penal II. 9a Edición. España 1955, 566 pp.
- (16) LOPEZ, Bolado Jorge Daniel. Violación, estupro, abuso deshonesto. Buenos Aires Argentina ,Lernes Ediciones, 1971. pp. 144

(17) GONZALEZ, de la Vega. Ob. cit. pp. 350

(18) GONZALEZ, Blanco. Ob. cit. pp. 76

(19) LOPEZ, Bolado. Ob. cit. pp. 149

CAPITULO III.

ESTUPRO Y VIOLACION.

I. — ESTUPRO.

a) NOCION.- Debido al amplio uso histórico que se le ha dado a la palabra estupro en la doctrina y en la Ley, en la actualidad la noción de estupro reviste una restricta acepción penalística al considerar como tal el ayuntamiento carnal con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño.

Y si consideramos que la palabra estupro ha sido empleada con diversas significaciones erróneas como en el caso de usarla para entender en el sentido del caso de desfloramiento de virgen, donde se observa que el requisito necesario que se aprecian de esto es el signo de la desfloración.

Y a pesar de las múltiples opiniones de estudiosos en la materia que en nuestra opinión no aportan la noción correcta de lo que debe de entenderse por estupro, nos parece acertada la definición que abiertamente da el gran penalista Francisco González de la Vega al proponer la noción general de lo que se entiende por estupro siendo lo que ha continuación se transcribe:

"el estupro es la conjunción sexual natural, obtenida sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligadas por matrimonio y de conducta sexual honesta" (20)

La anterior noción que aporta González de la Vega debe ser adecuada al nuevo concepto que perfila el vigente Código Penal en su artículo 262, y que en el punto posterior se estudiará de donde se aprecia que ya no se exigen, como elementos que configurativos del tipo la seducción y la honestidad, términos ampliamente discutidos durante el tiempo y que se prestaba a que surgieran serias confusiones y problemas de interpretación.

b) DEFINICION LEGAL.

Este delito presentó cambios importantes con las reformas de enero de mil, novecientos noventa y uno, sobre todo porque cambia las características del sujeto pasivo que antes de los cambios mencionaba que el sujeto pasivo solo podía serlo la mujer de dieciocho años casta y honesta, pero si apreciamos el nuevo contenido de lo que es estupro en el Código Penal para el Distrito Federal tenemos:

El artículo 262 del ordenamiento legal en consulta define al estupro de la manera siguiente:

"Art. 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."

De dicha definición legal se obtienen los elementos constitutivos de este delito y que enseguida se mencionan y analizaran a continuación:

c) ELEMENTOS.

Si desintegramos la figura típica del estupro descrita en el artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal, se concluye que los elementos constitutivos del delito son:

- a) copular
- b) copular con persona mayor de doce años y menor de dieciocho
- c) obtención del consentimiento por medio de engaño.

a) copular.- según el Diccionario de la Lengua Española, significa "juntar o unir una cosa con otra." Y en su acepción trascendente del delito en exámen, se entiende que es unirse o juntarse carnalmente. Esta unión o ayuntamiento carnal a de tener un sentido más profundo que el que implica el simple contacto físico entre el miembro viril del sujeto activo con cualquier parte del cuerpo de su víctima, pues háyase intrínseco en el concepto la idea de acceso o penetración que simultáneamente origina momentáneo acoplamiento anatómico.

Y si consideramos que la cópula puede ser vaginal, anal u oral, situaciones que se estudiarán más ampliamente al momento de estudio del delito de violación.

Lo que si es importante señalar es que como indica el autor Mariano Jiménez Huerta que: "la cópula existe en el mismo instante en que se introduce el miembro viril en la abertura vulvar, anal o bucal...". (21) De donde resulta que no es preciso que se efectúe la cópula normal o que se produzca rotura del himen o desfloramiento y la completa penetración del pene en la vagina o en cualquiera de los orificios naturales en que pudiera presentarse.

b) copular con persona mayor de doce años y menor de dieciocho años.

El sujeto pasivo del delito de estupro ha de ser cualquier persona siempre y cuando presente el requisito que establece el tipo de que se trate de una persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Al respecto debemos hacer notar que antes de las reformas suscitadas en el año de mil, novecientos noventa y uno, la Ley establecía que el sujeto pasivo debía ser mujer casta y honesta menor de dieciocho años, situación que ponía en estudio la vida personal de la ofendida; además que no podían ser los varones considerados como sujetos pasivos del ilícito, pero de acuerdo a la situación actual de la sociedad, el legislador consideró prudente tener en cuenta que no solo las mujeres pueden ser víctimas de este delito.

c) obtención del consentimiento por medio de engaño.

Caracteriza el delito de estupro el hecho de que la persona víctima del delito preste su consentimiento para la cópula el cual, ha de entenderse como un hecho natural y nunca en su significado o valor jurídico además que no es preciso que sea expresado verbalmente

sino que puede manifestarse un comportamiento activo; sin embargo este consentimiento ha de ser obtenido por medio de engaño.

Así podemos citar el criterio respecto al tema que se trata del maestro Francisco González de la Vega que nos dice: "el engaño en el estupro consiste en una tendenciosa actividad de mutación o alteración de la verdad; presentación como verdaderos de hechos falsos o promesas mentirosas que producen en la mujer (actualmente cualquier persona) un estado de error, confusión o equivocación, por el que accede a la pretensión erótica de su burlador" (22)

d) ENFOQUE MEDICO LEGAL .

Teniendo en cuenta que la cópula es la esencia principal de la conducta en el delito de estupro, además que en los procesos judiciales, la comprobación de la cópula se obtiene, en la generalidad de los casos, por medio de la prueba pericial y por la naturaleza sexual de la conducta, se requiere de la intervención médica y de peritos especiales que demuestren así la existencia o ausencia de cópula, realizando una serie de exámenes como lo son del lugar de los hechos, examen físico de la presunta víctima, examen de las ropas, del presunto responsable, y además el examen psiquiátrico o psicológico de la presunta víctima y del presunto responsable, de los cuales el principal es el examen físico de la presunta víctima que comprende el estudio de todo el cuerpo, principalmente en los

genitales, que es de suma importancia para descubrir la verdad de los hechos.

e) ESTUDIO CRITICO.

Contemplando que en la legislación penal mexicana, el delito de estupro cuenta con características especiales por lo que se refiere al sujeto pasivo, quien debe ser persona mayor de doce años y menor de dieciocho, margen que interpretando la esencia de la conducta delictiva es que en este lapso de edad las personas que pudieran ser víctimas en este delito carecen de madurez para percatarse del engaño a la que se puede ver sujeta, además que es a una edad en la que es difícil de seleccionar responsable la conducta sexual a seguir.

En todo lo que va de el estudio de esta figura delictiva hemos referido la forma tan radical en que ha cambiado la vida sexual del individuo. Es así que podemos referir que una persona a los doce años y a veces antes puede carecer de un conocimiento práctico de lo sexual, y de la experiencia en cuanto a que no ha realizado el acto sexual, pero no por ello desconoce lo que éste significa, por tener un conocimiento teórico sobre la cuestión, de ahí que surja duda si en verdad puede ser engañada una persona con esas características y en consecuencia no podemos aceptar que se proteja jurídicamente la libertad de la supuesta víctima, puesto que no existe la ausencia de

consentimiento ni medios violentos característicos de la violación que tutela la libertad sexual, tampoco puede admitirse la seguridad sexual como bien jurídico protegido . por que en este supuesto tendría que reglamentar la ley si tener límite en la edad, e incluir a todas las personas inexpertas aunque se tratará de personas mayores de edad, lo que si es cierto es que la víctima en este delito sufra daño en su correcta formación sexual o dicho de otra forma la persona estuprada se ve afectada por la edad que hace mención la ley, a su normal desarrollo psicosexual.

Ahora bien, para que una conducta concreta se considere típica del delito de estupro, debe reunir los elementos que conforman el tipo, y al faltar alguno de estos se presentaría la atipicidad.

Respecto a la penalidad la ley señala una sanción de tres meses a cuatro años de prisión, y si consideramos que antes de la reforma de mil novecientos noventa y uno, el código concedía una forma de extinción penal, cuando el estuprador se casaba con la mujer estuprada, no estaríamos en presencia de una situación innecesaria y difícil, pues a pesar de que podría ser la solución al problema, con el transcurso del tiempo traería serios problemas para los participantes de la situación y sobre todo de la ofendida, presentándose sin duda casos en que la víctima tuviera una vida de malos tratos.

Por cuanto hace al aspecto jurídico de la penalidad que se impone a los responsables de este delito, algunos autores consideran que la cesión de la acción penal constituía una excusa absolutoria, pero en realidad nosotros consideramos que no era más que el perdón

de la ofendida. sin encuadrar que se tratará de una excusa absolutoria, situación que al reglamentar la ley como sujetos pasivos y activos, indistintamente al hombre y la mujer, tuvo que desaparecer esta forma de extinción penal.

A continuación estudiaremos los elementos del tipo que conforman la conducta de estupro.

1.- SUJETOS.

Sujeto activo.- El sujeto activo en el estupro puede serlo tanto el hombre como la mujer.

Sujeto pasivo.- La norma precisa, claramente que puede ser sujeto pasivo del estupro el hombre o la mujer que tenga más de doce años de edad y menos de dieciocho.

De lo que se deduce que no toda persona puede ser sujeto pasivo de estupro, sino que se requiere el margen de edad que ya señalamos, dadas las actuales condiciones culturales podemos decir que ese margen no corresponde a las exigencias socioculturales de la época actual, porque en nuestros días un joven de esta edad tiene pleno conocimiento y madurez respecto a su comportamiento sexual.

Ahora bien, en la práctica y con respecto a esto último que señalamos, la simple declaración de la persona ofendida, no hace prueba plena para que el delito se tipifique por lo que nos permitimos citar a modo de ejemplo la siguiente tesis que menciona esa situación:

Instancia: Primera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 6A.

Volumen : LII

Página : 44

"ESTUPRO, VALOR DE LA DECLARACION DE LA OFENDIDA. La declaración de "la ofendida tiene determinado valor en proporción del apoyo que le "presten otras pruebas, pues aisladamente solo constituye un "indicio. En los delitos sexuales la declaración de la ofendida le "da mayor fuerza a ese indicio, sin ser bastante para ser prueba "plena; pero relacionado con otro, como la confesión del acusado, de "haber sostenido relaciones de noviazgo con su víctima, que era "señorita (cosa que estuvo negando hasta la diligencia de careo en "que convino haberla desflorado), y haber excitado su sensibilidad "sexual por medio de caricias y vencido el último reducto de su "resistencia con la promesa de hacerla su esposa, tal conjunto de "elementos constituyen la prueba circunstancial en que la ordenadora "fundó su sentencia."

PRECEDENTES:

VOL. LII, Pág. 44. Amparo directo 3806/61.- Francisco Gutiérrez Gastelum.- 5 de octubre de 1961.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Alberto R. Vela.

Además de la edad antes señalada por la Ley como características de tipo subjetivo que debería reunir el pasivo de estupro se encontraban la castidad y la honestidad, que eran dos nociones imprecisas confusas con otras ideas y que además resultaban difícil

de probarse; por lo que es acertada su omisión en el la descripción del delito de estupro.

2.- OBJETO MATERIAL.

En este delito lo es el sujeto pasivo que como ya se indicó se trata de cualquier persona mayor de doce y menor de dieciocho años.

3.- OBJETO JURIDICO.

Al respecto Alberto González Blanco nos dice: "que el objeto jurídico protegido en el estupro es la seguridad sexual, pues la represión trata de proteger la inexperiencia de la mujer (cualquier persona) que no ha logrado el desarrollo completo de su capacidad volitiva de acuerdo con la presunción que se establece al fijar la edad máxima para considerarla como sujeto pasivo" (23)

Por otro lado la opinión de Forte Petit respecto al objeto jurídico que se protege en el artículo 262 del Código Penal es la siguiente: "lo que la Ley tutela es la inmadurez de juicio en lo sexual, esto es el legislador considera que en esa edad la mujer (la persona) no tiene capacidad suficiente para actuar libremente, pues su consentimiento es viciado". (24)

Pero a pesar de las diversas opiniones que existen para determinar cual es el objeto jurídico que protege la Ley en el delito de estupro podemos decir que en general e interpretando lo que al respecto indican diversos autores, tenemos que en el estupro el bien jurídico protegido es la libertad sexual y el normal desarrollo

psicosexual; aunque para algunos tratadistas es la seguridad sexual o la inexperiencia en el ámbito sexual, pero si consideramos que media para el consentimiento otorgado del sujeto pasivo el engaño, es sin duda la libertad en el aspecto sexual lo que se ve afectada.

No obstante que en la actualidad, la Ley previene que cualquier persona, puede ser sujeto pasivo del delito en cuestión, encontramos un antecedente respecto a que el bien u objeto jurídico protegido en el ilícito de estupro es la seguridad sexual, tal y como lo indica la jurisprudencia que nos permitimos citar:

Instancia: Primera Sala
Fuente : Apéndice 1985
Parte : II
Tesis : 112
Página : 237

"ESTUPRO, EXISTENCIA DEL DELITO DE. En el delito de estupro, el bien jurídico tutelado por la ley, cuando esta no exige la donceller, no es la integridad himenal de la mujer, sino su seguridad sexual en atención a su edad, y, en tal concepto, el tipo puede configurarse aun que la ofendida ya no fuere virgen al momento de copular."

PRECEDENTES:

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. VI, Pág. 141. Amparo Directo 179/57. Teodomiro Soriano Gallardo. 19 de Septiembre de 1957. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Vol. XVI, Pág. 117. Amparo Directo 2789/58. Antonio Carrera Nava. 14 de Octubre de 1958. 5 votos. Ponente: Juan Jose González Bustamante.

Vol. XVII. Pág. 180. Amparo Directo 5516/58. Mariano Juárez Ortiz. 12 de Noviembre de 1958. 5 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Vol. XXIV, Pág. 58. Amparo Directo 1766/59. J. Encarnación Vázquez Padrón. 24 de Junio de 1959. 5 votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

Vol. XXVI, Pág. 51. Amparo Directo 7650/58. Lorenzo Juárez López y coag. 4 de Agosto de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

4.- CONDUCTA.

En el estupro es la acción humana típica consistente en la cópula normal que se entiende como la unión o ayuntamiento carnal que puede ser de dos tipos: la normal y anormal.

En general y como lo trata la mayoría de los estudiosos en la materia se entiende como cópula normal o idónea, la conocida como vaginal o vulvar que consiste en la introducción del miembro viril o pene en la abertura vaginal, aquí únicamente puede ser realizada por un hombre con una mujer; y respecto a la cópula anormal o impropia tenemos que es aquella que se realiza por vía no idónea esto es la introducción no se ejecuta por vía vaginal y puede ser de dos tipos oral y anal. La cópulas oral o bucal consiste en la introducción del miembro viril en la boca, puede realizarla un hombre con una mujer, o un hombre con un hombre; respecto a la cópula anal o rectal esta consiste en introducir el pene en el ano de otra persona, puede ejecutarlo el hombre sobre la mujer o sobre otro hombre.

Ahora bien podemos de ir entonces que la cópula existe en el mismo instante en que se introduce el miembro viril en la abertura vulvar, anal o bucal sin que sea preciso que se efectúe la cópula

normal, al respecto nos parece acertado que la Ley considere ampliamente el término de cópula.

5.- FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION.

En el estupro existe un medio especial de ejecución, que consiste en el engaño del sujeto activo sobre su víctima para obtener su consentimiento en la realización de la cópula. Solo mediante el engaño se puede realizar el estupro; jamás la violencia podría integrar un estupro, pues en este caso se estaría en presencia de una violación; y podemos precisar que engañar consiste en inducir a alguien a creer que resulta cierto lo que no es.

Esto es, el engaño en el estupro consiste en una tendenciosa actividad de mutación o alteración de la verdad, que producen en el sujeto pasivo confusión o equivocación lo que provoca su aceptación a la pretensión del sujeto activo de lo que resulta la comisión de la cópula.

Podemos decir que contemplado desde tiempos remotos en diversos pueblos el estupro ha sufrido diversas modificaciones e incluso en la actualidad son distintas las concepciones que se tienen al respecto.

En la legislación penal mexicana de diversos estados de la República, al concebir este delito, le dan diversos matices en cuenta al sujeto pasivo, sus características y medios de ejecución, así como por lo que se refiere a las penalidades.

En términos generales dicha figura típica adolece de débiles bases subjetivas que dificultan la interpretación en los casos

completos, además de su inoperancia práctica en muchos aspectos dados los cambios y evolución de tipo cultural ocurridos en el comportamiento humano.

Sin duda el hombre y la mujer de hoy son distintos de los que hace cinco o seis décadas, su pensamiento, comportamiento, necesidades son totalmente diferentes y por tanto no corresponden a principios éticos y fundamentos legales de otras épocas.

Y por cuanto hace a su terminología, la palabra estupro presenta hasta la fecha confusión, sin que exista unanimidad en el criterio de cada tratadista.

De acuerdo al estudio del delito de estupro y por lo que respecta al delito de violación, el cual se estudiará más adelante, existe una gran polémica por los tratadistas y estudiosos de la materia por establecer las semejanzas y diferencias que existen entre las conductas descriptivas de estupro y violación y al respecto nosotros anotaremos lo siguiente:

SEMEJANZAS ENTRE ESTUPRO Y VIOLACION.

- 1.- El estupro y la violación son delitos que afectan el comportamiento sexual.
- 2.- La conducta en el estupro y la violación consiste en: la cópula, que puede ser normal o anormal.
- 3.- El estupro y la violación, son delitos de acción.
- 4.- El estupro y ola violación son delitos unisubsistentes o plurisubsistentes.
- 5.- El estupro y la violación, son delitos instantáneos.

6.- En el estupro y la violación, no se da el aspecto negativo de la conducta.

7.- La violación y el estupro son delitos básicos o fundamentales.

8.- El estupro y la violación, son delitos autónomos o independientes.

9.- El estupro y la violación, pueden cometerse únicamente con dolo.

10.- En el estupro y la violación no hay condiciones objetivas de punibilidad.

11.- En el estupro y la violación, se realizan con el ayuntamiento carnal.

DIFERENCIAS ENTRE EL ESTUPRO Y LA VIOLACION.

1.- En la violación, los medios son la vis absoluta o fuerza física irresistible o la fuerza moral, y en el estupro el engaño.

2.- El bien jurídico que se protege en la violación, es la libertad sexual, distinto a el bien jurídico protegido en el delito de estupro.

3.- La violación es un tipo normal y el estupro un tipo anormal.

4.- El estupro se sigue a petición de parte, la violación se persigue de oficio.

II. - VIOLACION.

a) .- DEFINICION LEGAL

El Código Penal para el Distrito Federal define a la violación dentro del contenido de los artículos 265 y 266, de la forma siguiente:

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

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

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

ART. 266.-Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;y

II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

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

De las anteriores definiciones se desprende que la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito de violación.

De la descripción que da el Código Penal, para entender lo que es la violación se aprecia que el delito de violación se caracteriza por la ausencia total de consentimiento del pasivo y la utilización de fuerza física o moral.

Sin embargo, considerando que la violencia física o moral tienen desde la época antigua algunos estados o situaciones especiales en que se haya el sujeto pasivo y que dan lugar a que el agente tenga cópula carnal con persona sin la voluntad de ésta.

b) DESARROLLO HISTORICO.

La historia legislativa del delito de violación propiamente dicha revela que sus sanciones se han caracterizado por su rigor.

Así tenemos que en general de las fuentes de información se aprecia que el derecho romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como especie de los delitos de coacción y, siendo que de estos delitos de coacción se sancionaban precisamente con pena capital, siguiendo en la recabación de datos históricos sobre el delito de violación, encontramos también que la lex julia vis pública, esto dentro aún del derecho romano, le reservaba la penalidad de muerte a esta conducta ilícita, mientras que en el derecho canónico, según se considero el mismo delito tan solo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad; y en las mujeres desfloradas no podía cometerse, siendo su penalidad la aplicación de la pena de muerte.

"Los Códigos mexicanos de 1871 (art. 795) y de 1929 (artículo 860) reglamentaban igual el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de esta, sea cualquiera su sexo."

Además que este ilícito ha sido sujeto a innumerables reformas, hasta llegar a establecer el delito de violación como hoy lo castiga el Código Punitivo para el Distrito Federal en los artículos que lo reglamentan, siendo hoy en día el delito que ocupa gran importancia en el derecho penal.

C) ESTRUCTURA.

Haremos mención primeramente a los elementos que se desprendían del precepto original y que eran:

- 1.- Una acción de cópula (normal o anormal).
- 2.- Que se realizara sin voluntad del ofendido, y
- 3.- Que esa cópula se efectuara en persona de cualquier sexo.
- 4.- Empleo de violencia física o moral para obtener la cópula.

Sin embargo posteriormente y con reforma introducida, se suprimió la exigencia de que la cópula violenta, se realizase sin voluntad del ofendido, esto debido quizás se penso por parte de los legisladores, que la utilización de la violencia física o moral para realizarse la cópula obedece principalmente la ausencia de voluntad del ofendido, resultando entonces que se excluye de los elementos que estructuraban la conducta ilícita de violación, el que se realizara la cópula sin la voluntad del ofendido. Pero de acuerdo a las reformas suscitadas en enero de mil novecientos noventa y uno, podemos mencionar otro elemento que es el que se trata de introducir en cualquiera de las vías idóneas mencionadas por la ley; cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Así podemos comenzar por estudiar cada uno de estos elementos que conforman la estructura de el delito de violación.

I.- La acción típica.- En el delito de referencia la acción que se tipifica consiste en la cópula, pudiendo ser ésta normal o anormal, cualquier otro comportamiento o realización de actos sexuales que no constituya cópula será atípico de violación, aunque pueda ser conducta típica de otro delito.

En lo referente a lo que debe entenderse por cópula, se da por reproducido lo ya mencionado en el delito de estupro, pudiendo solo agregar que para efectos del delito de violación, como la norma no restringe su alcance, que ya se establece que puede tratarse de la cópula normal o de la cópula anormal; como se desprende del párrafo segundo del artículo 265 adicionado en las reformas de enero de mil novecientos noventa y uno, que hace mención específicamente al comportamiento, no contemplado anteriormente por la ley, y que hace referencia que 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.

De acuerdo, con lo referido al momento de estudio del delito de estupro, concluimos respecto a la cópula, que en su acepción general la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer, pero existiendo además la cópula anormal como aquella que se realiza por vasos no apropiados para la cópula o fornicación natural.

II.- Que se realice la cópula sin voluntad del ofendido, si se toma en cuenta que en la violación el sujeto activo emplea, como medio para vencer la resistencia de su víctima la violencia física o moral, por no existir voluntad por parte de la persona ofendida.

La violencia física según lo define Irma G. Amuchategui Requena, "Es la fuerza o agresión de hecho, ejercida por una persona. Se traduce es un ataque material y directo." (25)

Referida al delito de violación, dice el gran jurista González de la Vega, "consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido"(26)

Y además como indica Jiménez Huerta que "...la fuerza o violencia ha de recaer sobre la propia persona del sujeto pasivo y no sobre las personas o cosas que la circundan." (27)

Ahora bien, por lo que respecta a la violencia moral, si consideramos el concepto que da el artículo 373 párrafo segundo del Código Penal, diremos que existe cuando el delincuente amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarla, lo que aniquila la libertad y su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o en llevarla a una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenace.

Al aplicar al delito de violación anteriormente dicho, resulta que la violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza que por el temor que causen en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido. No es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños se refieran directamente al sujeto en que se pretende la realización lúbrica.

Es así que resulta que la ausencia de consentimiento aunada a la violencia es lo que denota diferencia a la violación de no confundirla o distinguirla del estupro, estando de acuerdo con lo referido por el jurista González de la Vega que dice "...por esto puede decirse que la violación es el robo sexual mientras que el

estupro, al menos en su modalidad engañosa, es el fraude sexual."(28)

Como un antecedente inmediato a las reformas materia de este trabajo y con respecto al punto que se trata, encontramos apoyo en la siguiente tesis:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 8A
Tomo : VIII NOVIEMBRE
Tesis : VI. 20. 517 P
Página : 333
Clave : TC062517 PEN

"VIOLACION, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. Los elementos que
"constituyen el delito de violación lo son: a) La cópula, que es
"cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual, con
"eyaculación o sin ella, y sin importar el sexo; b) Empleo de
"violencia física que es la fuerza material en el cuerpo del
"ofendido que anula su resistencia, tales como golpes, heridas,
"ataduras o sujeción por terceros u otras acciones de tal ímpetu
"material que obligan a la víctima, contra su voluntad, a dejar
"copularse; o bien de violencia moral, que no es otra cosa más que
"el empleo de amagos o amenazas de males graves que, por la
"intimidación que produce, impiden resistir el ayuntamiento; y, c)
"Ausencia de voluntad del ofendido, es decir, la falta de
"consentimiento del agraviado para el ayuntamiento carnal."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo en revisión 457/90.- Ismael González Hernández.- 6 de febrero de 1991.- Unanimidad de votos.- Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.- Secretario: Humberto Schettino Reyna.

D) TRATAMIENTO MEDICO FORENSE .

Considerando que el delito de violación es uno de los que más requieren de la medicina forense, la cual ayuda a resolver los problemas de tipo médico, científico y técnico que se presentan con motivo de este ilícito.

Al respecto deben de realizarse una serie de exámenes como los siguientes:

- 1.- Exámen del lugar de los hechos.
- 2.- Exámen físico de la presunta víctima.
- 3.- Exámen de las ropas.
- 4.- Exámen del presunto responsable.
- 5.- Exámen psiquiátrico o psicológico de la presunta víctima.
- 6.- Exámen psiquiátrico o psicológico del presunto responsable.

Dentro de esos exámenes haremos mención a los que a nuestro parecer resultan ser los más importantes.

Exámen físico de la presunta víctima.

Consta de un estudio minucioso de todo el cuerpo; falsamente puede creerse que solo debe examinarse la zona genital, sino que es necesario el de todo el cuerpo.

Exámen de ropas.

Debe hacerse un exámen minucioso de la presunta víctima. Mediante estudios de laboratorio, los peritos en criminalística podrán encontrar manchas de sangre, semen y otras sustancias que revelen datos para determinar la identidad y responsabilidad del presunto culpable del delito, asimismo del análisis de las propias ropas pueden hallarse huellas de violencia que puede ser muy importante para el esclarecimiento de los hechos.

Exámen físico del presunto responsable.

Es necesario como el de la propia víctima, porque con esto se podrá demostrar la culpabilidad o inocencia del sujeto.

Exámen psiquiátrico o psicológico de la presunta víctima.

Resulta necesario porque en caso de ser víctima del delito, es natural que después y como consecuencia del hecho criminal puede encontrarse ante un desequilibrio mental transitorio o permanente.

Exámen psiquiátrico o psicológico del presunto responsable.

Es necesario realizar este exámen para poder aportar datos valiosos en la investigación tanto para descubrir la verdad de los hechos, como para saber si se trata de una persona con salud y equilibrio mental pues de esto dependerá también que se trate de un imputable o de un inimputable.

La importancia de todos los exámenes a realizar y los cuales ya referimos anteriormente radica en que sirven para descubrir la verdad de los hechos, al aportar datos científicos y técnicos que

esclarecen las dudas y resuelven los problemas jurídicos; ya que mediante ellos se puede precisar la existencia del delito.

C) ESTUDIO JURIDICO DE LA VIOLACION.

Como se considera a la violación como el más grave de los delitos contra la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual debido a que la víctima de este tipo de ilícito además del daño directo que recibe por la violencia sexual, se ve afectada psicológicamente lo que origina en muchas ocasiones problemas serios a futuro. Siendo que este delito a sido objeto de innumerables reformas, este delito ocupa actualmente un lugar preponderante en el derecho penal. Los estudios e investigaciones al respecto son múltiples como son importantes tanto en el aspecto jurídico y legal como en el aspecto social, psicológico e incluso el económico, aunque, fundamentalmente el origen de todo delito parte de la educación, pues de estas surgen valores inculcados al sujeto, la forma como ha de ver la vida y su respeto a los demás. Excepto patologías específicas todas las situaciones mencionadas se pueden prever y resolverse mediante una educación adecuada, con la cual se evite incluso la sobre población, generalmente ocasionada por ausencia de los más elementales principios derivados de una educación deficiente.

En seguida, se hará un estudio jurídico legal de este delito, controvertido y altamente dañino.

NOCIÓN LEGAL.

El artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal señala:

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

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

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

Considerando esta definición se analizará cada elemento que integra la figura típica del delito de violación.

SUJETOS DE LA VIOLACION.

Según César Augusto Osorio y Nieto, al referirse al estudio de los sujetos que intervienen en el delito de violación dice lo siguiente:

"Se estima que el sujeto activo del delito de violación puede ser cualquier persona del sexo masculino, pues en la opinión

"personal la violación de mujer a varón no es factible de realizarse por la naturaleza propia de los hechos, y la imposición de los actos lésbicos por cualquier medio aún violento no integra cópula. El sujeto pasivo del delito no requiere ninguna condición o cualidad especial, cualquier sujeto sea cual fuere su sexo, edad o cualquier situación puede ser pasivo del delito de violación, por tanto es un sujeto común no calificado." (29)

Respecto de la anterior transcripción, nos permitimos diferir en cuanto a la parte final de la misma, pues el autor al referirse a "cualquier situación" no podemos nosotros saber que quiso decir con eso, podemos tal vez, deducir que se quiso referir a "situación económica" pues no podemos pensar en otra cosa, ya que de otra forma simplemente no encajan esas palabras, dentro de la definición que nos da el mencionado autor. Por otra parte, también maneja erróneamente que el sujeto activo puede ser cualquier persona del sexo masculino, ya que conforme a la descripción legal, en el delito de violación puede ser sujeto activo cualquier persona, sea hombre o mujer; sin embargo, al igual que Osorio y Nieto, diversos tratadistas opinan que la mujer no puede ser sujeto activo porque es incapaz de imponer la cópula por medio de violencia dada su naturaleza física. Con todo esto no debe perderse de vista que la violencia en tal delito puede ser moral y ocurrir que la mujer amenace con un mal determinado al hombre con quien pretende copular, y así puede presentarse la figura típica; además que con la reforma de febrero de mil novecientos ochenta y nueve el Código Punitivo adiciona un segundo párrafo,

actualmente tercero, en su artículo 265, donde indica la posibilidad de violación en la que el sujeto activo sea la mujer, en virtud de que dicha adición establece sanción para quien introduzca un instrumento distinto al miembro viril, por vía anal o vaginal, y no necesariamente el hecho de copular, situación que se estudiará al examinar la conducta típica.

Respecto al sujeto pasivo coincidimos con este autor en que puede serlo cualquier persona sea hombre o mujer.

Erróneamente se cree que solo la mujer puede ser sujeto pasivo de este delito lo cual debe desecharse; asimismo se cree que solo la mujer virgen puede ser sujeto pasivo, lo que también resulta falso. Y en relación con el sujeto pasivo existe una situación especial, según sus características y condiciones específicas, se trata de una situación especialmente tipificada conocida en la doctrina como violación ficta, impropia o equiparada que regula el artículo 266 del cuerpo legal ya multicitado el cual establece:

"ART. 266.- Se equipara la violación y se sancionará con la misma pena:

I. Al que sin violencia realice cópula con una persona menor de doce años de edad; y

II. Al que sin violencia realice cópula con una persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa que no pueda resistirlo.

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

En este caso especial, el sujeto pasivo debe ser una persona menor de doce años de edad, o quien no tenga la capacidad de comprender o no pueda resistir la conducta. En ambos casos, la Ley elimina el medio violento y considera suficiente la minoría de edad o la incapacidad de resistirlo. Por lo que respecta a la minoría de edad la Ley considera que dicho consentimiento es inválido, y por lo que atañe a la incapacidad de comprender o la imposibilidad para resistir la conducta delictuosa tampoco se requiere de un medio violento pero dicho consentimiento es inválido por tratarse de personas que se encuentran transitoria o permanentemente afectadas por alguna situación que les impide manejarse de manera voluntaria y consiente, son casos de imposibilidad a oponerse a la cópula, por estados de anomalía mental o inconciencia.

Por otro lado surgen varias cuestiones interesantes en atención al sujeto pasivo de violación en las situaciones siguientes:

- Violación entre cónyuges.
- Violación entre concubinos.
- Violación de prostitutas.
- Violación de cadáveres.
- Violación de animales.
- Violación de objetos.

Violación entre cónyuges.- En opinión de diversos autores, la mujer casada no puede ser sujeto pasivo de violación dicho de otra manera no es configurable la violación entre cónyuges, porque según la opinión de algunos estudiosos el vínculo matrimonial los obliga a mantener relaciones sexuales, por lo que el marido puede "ejercer ese derecho" aún en contra de la voluntad de su esposa, así lo sostienen en su opinión diversos autores como lo son: Abarca, Carrara, Carrancá y Trujillo, Cuello Calón, Garraud, González Roura, Maggiore, Manzini, entre otros; sin embargo nosotros nos adherimos a la opinión del sector de tratadistas que opinan que sí puede configurarse la violación entre cónyuges, y aún más con las reformas suscitadas en el año de mil novecientos noventa y uno, pues el bien jurídico tutelado es la libertad sexual que está sobre encima e independientemente a cualquier otra situación. Al respecto encontramos apoyo para sustentar este criterio en la reciente tesis que nos permitimos citar a continuación:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 8A
Tomo : IX JUNIO
Tesis : VI. 1o. 215 P
Página : 444
Clave : TC061215 PEN

"VIOLACION ENTRE CONSORTES. PUEDE EXISTIR PORQUE EL EJERCICIO DEL
"DERECHO A COPULAR NO PUEDE OBTENERSE MEDIANTE LA VIOLENCIA. EL
"delito de violación previsto en el artículo 267 del Código de

"Defensa Social para el Estado de Puebla, existe entre consortes, "pues basta que la cópula se imponga por medio de la violencia "física o moral, para que quien la ejercita se haga acreedor a la "sanción correspondiente. De ahí que, resulta irrelevante que el "sujeto activo sea esposo de la ofendida, pues tal carácter no purga "la falta de voluntad de ésta para realizar el acto sexual, ya que "precisamente el bien jurídico que tutela dicho ilícito lo es la "libertad sexual, la cual si bien se encuentra restringida dentro "del matrimonio, la negativa de la mujer para acceder a la relación "sexual que debe al esposo, de ninguna manera autoriza a éste a "ejercer su derecho por medio de la violencia, pues sostener lo "contrario implicaría, por una parte hacer una distinción donde la "ley no la señala, y por la otra hacerse justicia por sí mismo, "ejerciendo violencia, lo cual se encuentra prohibido en el artículo "17 constitucional."

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo en revisión 93/92.- Jesús Sánchez Castillo.- 23 de abril de 1992.- Unanimidad de votos.- Ponente: Eric Roberto Santos Partido.- Secretario: Martín Amador Ibarra.

Violación entre concubinos.- Aquí cabe hacer mención a las mismas razones que para el caso de los cónyuges, pues la relación existente entre concubinos no da derecho a que uno de ellos realice la cópula con el otro en contra de su voluntad.

Violación de prostitutas.- Se trata de un punto muy discutido dado que para muchas personas por la naturaleza de sus actividades de las prostitutas, no pueden ser sujeto pasivo de este delito, pero en opinión de algunos estudiosos de la materia, si consideramos que el bien jurídico es la libertad sexual puede entonces que este tipo de personas sean víctimas de una violación en el caso de que se le force a copular cuando o con quien no lo desee, de lo que se desprende que una prostituta también puede ser sujeto pasivo del delito de violación.

Violación de cadáveres.- En este caso es imposible que se considere como violación la desviación sexual que lleva por nombre necrofilia que consiste en obtener el placer sexual mediante la realización de la cópula en cadáveres, ya que es absolutamente indispensable que el sujeto pasivo sea titular del bien jurídico en este caso la libertad sexual y un muerto carece de ésta; en todo caso se configuraría el delito de profanación de cadáveres contemplado en la fracción II del artículo 281 del Código Penal para el Distrito Federal.

Violación de animales.- En esta situación resulta que jamás podrá ser sujeto pasivo de violación un animal pues como ya hemos referido el bien jurídico que tutela ley penal en el delito de violación es la libertad sexual de las personas.

Violación de objetos.- Con menos razón podríamos afirmar que fuese posible la violación de objetos o cosas inanimadas, debido a la situación referida en las dos situaciones anteriores.

OBJETOS DE LA VIOLACION.

Objeto material. Es el sujeto pasivo o sea, cualquier persona física sin importar su sexo ni calidades o características determinadas.

Objeto jurídico. Se trata de la libertad sexual de las personas o el normal desarrollo psicosexual.

En el caso concreto, podrá serlo sólo la libertad sexual el bien afectado o simultáneamente la libertad y el normal desarrollo psicosexual en el caso de la libertad sexual se observa con claridad la contrariedad a la voluntad de la víctima, quien no otorga su consentimiento y sobre ella se ejerce violencia física o de tipo moral. Y por lo que respecta al normal desarrollo psicosexual del sujeto pasivo, en este caso muy especial en la violación equiparada que se presenta contra menores de doce años, quienes pueden verse afectados a futuro para tener un comportamiento normal de carácter sexual, aunque no puede eximirse de esta situación a las personas mayores quienes también pueden sufrir cierto daño psicológico y

afectar su desarrollo psicosexual. Es importante hacer notar que anteriormente ya se hablaba de que el bien jurídico protegido por la legislación penal en el delito de violación era la libertad sexual, tal y como lo señalan las tesis que a continuación nos permitimos transcribir:

Instancia: Primera Sala
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 6A
Volumen : XIII
Página : 170

"VIOLACION. El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de "violación, está constituido por la libertad sexual, y no por la "honestidad y la castidad, que son elementos constitutivos del de "estupro, pero no del de violación, y estando demostrado que tanto "el acusado como el coacusado, realizaron el acto sexual en ausencia "del consentimiento de la ofendida, la circunstancia de que ésta se "hubiera encontrado bajo los efectos del licor ingerido, no "desvirtúa la culpabilidad jurídico penal en que incurrieron, ya "que, en todo caso, la situación de hecho relativa a la pretendida "ebriedad, sólo daría posibilidad para que la autoridad responsable "y el Agente del Ministerio Público -en su caso-, hubieran hecho el "encuadramiento del delito, equiparando a la violación la "circunstancia de que la ofendida se hubiera encontrado privada de "sentido; pero de todas formas, su conducta antijurídica sería "constitutiva del delito de violación sexual, que, como se dijo, se

"caracteriza porque el sujeto activo del delito realiza una agresión
"contra la libertad sexual de la parte ofendida."

PRECEDENTES:

VOL. XIII, Pág. 170. Amparo directo 1414/57.- Antonio García Almeida.- 16 de julio de 1958.- 5 votos.- Ponente: Luis Chico Goerne.

Amparo directo 1416/57.- José de la Cruz Jerónimo.- 16 de julio de 1958.- 5 votos.

Instancia: Primera Sala
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 6A
Volumen : XXV
Página : 117

"VIOLACION. El delito de violación no protege la virginidad ni la
"honestidad, sino la libertad sexual."

PRECEDENTES:

VOL. XXV, Pág. 117.

Amparo directo 1531/59.- Martín Chávez González.- 30 de julio de 1959.- 5 votos.- Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Los anteriores criterios se ven robustecidos con la tesis más reciente que existe al respecto y cuyo contenido es el siguiente:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 8A
Tomo : IX ABRIL
Tesis : VI. 2o. 617 P
Página : 679
Clave : TC062617 PEN

"VIOLACION, EXISTENCIA DEL DELITO DE. El bien jurídico tutelado por "el tipo delictuoso de violación no es la castidad o la honestidad, "sino que lo constituye la libertad sexual; por lo que el "desfloramiento no resulta un presupuesto indispensable para la "configuración del ilícito, siendo suficiente para ello el "ayuntamiento carnal sin el consentimiento del sujeto pasivo o con "éste, en los casos en que el mismo se encuentre viciado."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo en revisión 3/92.- Eustorgio Fernández Espinoza.- 23 de enero de 1992.- Unanimidad de votos.- Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.- Secretario: Humberto Schettino Reyna.

CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION.

Conducta típica.- La conducta típica consiste en copular ya que cualquier otro comportamiento o realización de actos sexuales que no constituya cópula será atípico de violación, aunque puede ser conducta típica de otro delito. Así entendemos a la cópula como la define el artículo 265 del Código Punitivo como la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía anal u oral, independientemente de su sexo, muy a pesar que la Ley con las reformas de mil novecientos noventa y uno introduce otro comportamiento que sin ser propiamente cópula la Ley lo equipara y sanciona como la violación. De lo que podemos concluir que para que

se de la existencia del delito de violación, es suficiente que se presente la cópula, independientemente de otras circunstancias y al respecto apoyamos el anterior criterio en la tesis que transcribimos

a continuación:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 8A
Tomo : IX MAYO
Tesis : II. 3o. 36 P
Página : 564
Clave : TC023036 PEN

"VIOLACION, EXISTENCIA DEL DELITO DE. Para la configuración del "delito de violación no es necesario que se produzca desfloramiento "en el sujeto pasivo, pues la esencia del tipo requiere como "presupuesto la cópula, de tal suerte que si por ésta debe "entenderse la introducción del miembro viril en el orificio vulvar, "el ilícito se actualiza con ese acontecimiento, aun cuando desde el "punto de vista fisiológico no se hubiere culminado el acto sexual."

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 455/91.- José Rocha Medina.- 23 de septiembre de 1991.- Unanimidad de votos.- Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo.- Secretario: Francisco Javier Rebolledo Peña.

Amparo directo 636/90.- José María Camargo Martínez.- 10 de enero de 1991.- Unanimidad de votos.- Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo.- Secretaria: Edith Alarcón Meixueiro. (Octava Epoca, Tomo VII-Junio, página 459).

Amparo en revisión 30/89.- Bruno López Ornelas.- 6 de abril de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo.- Secretario: Javier Ramos González. (Octava Epoca, Tomo III, Segunda Parte-2, página 871).

FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION.

La violación es uno de los delitos en los que la norma señala el medio de ejecución requerido, como la violencia la cual puede ser física o moral.

Entendiéndose como tales, primero la violencia física es la fuerza ejercida directamente sobre alguien o algo; y por lo que respecta a la violencia moral consiste en intimidar a alguien a través de la amenaza de un mal grave. En la violación, se configura cuando se realiza mediante violencia física o cuando se trata de la violencia moral.

Generalmente, la violencia física se emplea cuando la víctima es una persona desconocida, mientras que la violencia moral se usa cuando se trata de personas conocidas o ligadas por algún vínculo de parentesco.

CLASES DE VIOLACION.

De la idea general que expresa el Código Penal de lo que debe entenderse por violación, se crea la necesidad de establecer los distintos tipos de violación que existen para la mejor comprensión del tema, por lo que tenemos los siguientes tipos de violación:

- 1.- Violación propia o genérica.
- 2.- Violación equiparada impropia o ficta.
- 3.- Violación agravada.
- 4.- Violación fraudulenta.

Se hace la aclaración que los artículos a haremos referencia, están contenidos en el Código Penal para el Distrito Federal.

Violación propia o genérica.- Es la que constituye el tipo básico contenido en el artículo 265.

Violación equiparada, impropia o ficta.- Es aquella en que no ocurre la cópula por miembro viril o dicho de otra forma es aquella que se obtiene con consentimiento de la víctima y se trata de dos situaciones:

Equiparación por instrumento distinto del miembro viril, consiste en la cópula violenta en la cual se introduce por vía anal o vaginal un elemento o instrumento distinto del miembro viril y cuya penalidad es menor a la que corresponde a la violación genérica, según lo establece el segundo párrafo del artículo 265.

Equiparación al no existir medio violento, es la violación en que se obtiene cópula con una persona que no puede comprender o resistir la conducta criminal y que contempla el artículo 266.

Violación agravada.- Es la que por razones específicas tiene una penalidad mayor y puede ser de cuatro tipos:

Tumultuaria.- Ocurre cuando dos o más sujetos activos cometen el delito, artículo 266 bis.

Entre parientes.- Es la que comete alguno de los parientes a que refiere el artículo 266 bis, fracción segunda.

Cometida por un funcionario o empleado público o por un profesional.- En atención a la calidad del sujeto activo esta violación se agrava con una pena que se acrecenta como lo establece la fracción tercera del dispositivo antes señalado.

Equiparada con violencia.- Es la que establece la última parte del artículo 266 del mismo ordenamiento.

Violación fraudulenta.- No la contempla el Código Penal pero si algunos Códigos estatales como los de Aguascalientes, Michoacán, etc.

Este tipo de violación ocurre por la suplantación de persona, el sujeto activo engaña al pasivo o se aprovecha de su error.

Podemos entonces decir que los elementos constitutivos de esta figura típica son: a) la cópula.- y b) la violencia física o moral o la edad menor de doce años del sujeto pasivo u otras causas que impiden a éste conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistirse, esto último en el caso de la violación ficta. Cabe

mencionar que puede existir atipicidad en el delito de violación cuando falte alguno de los elementos típicos.

Respecto de todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que el delito de violación es antijurídico lo cual se ve claramente de lo que es contrario a derecho; esto es adecuándolo a la situación es contrariar la voluntad y libertad de una persona para copular con ella, por lo que no pueden existir ninguna causa de justificación de las que establece la legislación penal para eximir al sujeto activo de su responsabilidad; pero si se presentan en el delito en estudio agravantes en cuatro casos que ya referimos al estudiar las clases de violación situación es que se reglamentan en el artículo 266 bis fracción I que prevé un el caso en que se presenten una pluralidad de sujetos activos en donde resulta que cuando fuere cometido la violación en esta situación se aumentará la penalidad; dicha agravación obedece debido a que reviste de mayor gravedad la conducta y menos posibilidad de defensa para el sujeto pasivo.

Ahora bien por lo que respecta al tipo de culpabilidad que se presenta en el delito de violación tenemos que se da el dolo o intencionalidad esto es el reproche penal que puede fijarse en este delito solo puede ser intencional; así, no es posible pensar en una violación no dolosa, por otro lado la consumación en este tipo de delito, se produce en el momento de realizar la cópula por lo que no es necesario la eyaculación ni el orgasmo. Además en este tipo de conducta ilícita puede darse un concurso de delitos ya sea formal o

material como el caso en que con diversas conductas se produzcan distintos resultados típicos, ejemplo el caso del delito de violación y lesiones o el delito de violación y homicidio, etc.

Asimismo resulta importante hacer referencia a las diversas penalidades en el delito de violación y que se aplican de acuerdo a las determinadas circunstancias y a las distintas magnitudes de gravedad y que a saber podemos clasificar la punibilidad de este ilícito de la forma siguiente:

1.- genérica o propia, pena de ocho a catorce años.

2.- equiparada por instrumento distinto al miembro viril, pena de tres a ocho años.

3.- equiparada, ficta o impropia, consumada en persona menor de doce años o persona incapaz de comprender y resistir sin violencia, pena de ocho a catorce años.

4.- equiparada, ficta o impropia con violencia, pena de ocho a catorce años y hasta una mitad más en su mínimo y máximo.

5.- cometida entre parientes, pena hasta de una mitad más en su mínimo y máximo.

Cabe señalar que puede hacerse referencia a que existe una pena accesoria como es el caso de la pérdida de la patria potestad y la tutela en el caso de los parientes, o la destitución del cargo o el

empleo o suspensión por cinco años en el ejercicio de dicha profesión para el caso del empleado o funcionario público o profesional.

Como se aprecia que la conducta delictuosa de violación ha sido y es severamente castigada no solo por la Ley que como sabemos que ha aumentado la penalidad de este delito a partir de las reformas de mil novecientos noventa y uno, ya que antes de acuerdo a la penalidad que se establecía los sujetos responsables de este tipo de ilícito podían alcanzar libertad provisional lo cual en opinión de diversos estudiosos en la materia consideraban injusto por tratarse del delito más grave contra la libertad sexual.

Por otro lado en la violación, la reparación del daño comprende el pago de alimentos para los hijos y la madre como lo establece el artículo 276 bis del referido Código Penal, para el caso en que resulten hijos como consecuencia de este ilícito.

Teniendo en cuenta que un delito de gravedad como es la violación surgen problemas de daño psicológico, que en muchos casos permanece por siempre es necesario y ha sido propuesta por diversas agrupaciones de mujeres el pedir el tratamiento psicológico de las víctimas y familiares de éstas.

Podemos concluir que se puede clasificar al delito de violación como: un delito de acción, unisubsistente o plurisubsistente, formal, instantáneo, de lesión o daño, unisubjetivo o plurisubjetivo, básico o fundamental, autónomo y subordinado (violación equiparada y

tumutuaría). de formulación casuística, normal, y formado alternativamente (tipo de medio empleado y sujetos).

Respecto a esta clasificación y por lo que hace específicamente de que se trata de un delito instantáneo tenemos sustento en la siguiente tesis que a continuación citamos:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 8A
Tomo : IV SEGUNDA PARTE-1
Tesis : 60
Página : 577
Clave : TC011060 PEN

"VIOLACION, ES DELITO INSTANTANEO Y NO CONTINUADO. La ejecución de "diversos delitos de violación en contra de la misma menor, no puede "estimarse como continuación del primero de los cometidos, porque se "trata de un delito instantáneo en el que al consumarse se realizan "todos sus elementos constitutivos, que lesionan bienes jurídicos de "personalísima naturaleza, como es la tutela de la libertad sexual "en los púberes y la seguridad sexual en los impúberes; por tanto, "tales conductas delictivas no forman la unidad de un sólo delito, "porque no recaen sobre intereses jurídicos corporeizados en cosas u "objetos de naturaleza real que admitan la continuación, aun en el "caso de ataques sucesivos al mismo bien jurídico, materializados en "objetos pertenecientes a diversas personas."

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 717/89.- Gilberto Ascencio Teodoro.- 26 de octubre de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: Guillermo Velasco Félix.- Secretaria: Gloria Rangel del Valle.

**REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DEL
CAPITULO III**

- (20) GONZALEZ, de la Vega. Ob. cit. pp. 357
- (21) JIMENEZ, Huerta. Derecho penal mexicano. 4a edición. México D.F., Editorial Porrúa, 1982. pp. 234
- (22) GONZALEZ, de la Vega. Ob. cit. pp. 371
- (23) GONZALEZ, Blanco. Ob. cit. pp. 96
- (24) PORTE, Petit Celestino. Ensayo dogmático sobre el delito de estupro. 4a Edición. México D.F., Editorial Porrúa, 1985. pag. 16
- (25) AMUCHATEGUI, Requena Irma G. Derecho penal. México D.F., Editorial Harla, 1971. pp. 304
- (26) GONZALEZ, de la Vega. Ob. cit. pp. 391
- (27) JIMENEZ, Huerta. Ob. cit. pp. 262
- (28) GONZALEZ, de la Vega. Ob. cit. pp. 397

(29) OSORIO y Nieto César Augusto. La averiguación previa. 5a edición. México, D.F., Editorial Porrúa, 1978. página 204

CAPITULO IV.

ANALISIS CRITICO DE LAS REFORMAS DE ENERO DE 1991 AL TITULO XV DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

a) LOS DELITOS SEXUALES.

Hasta antes del año de mil novecientos noventa y uno, el Código Penal contemplaba en su Título Décimo Quinto diversas conductas delictivas bajo la denominación de delitos sexuales, entendiéndose por las mismas como *"aquellas conductas de comportamiento sexual desordenado, que afectaban la sexualidad de las personas"*, denominación totalmente impropia y mal utilizada, porque de la lectura de esta parte del citado Código se podía desprender que lo que se intentaba proteger era la naturaleza de la conducta del delito, en este caso la sexualidad y no como debió haber sido el bien jurídico tutelado, que de acuerdo lo que ya hemos estudiado sería la libertad sexual y en algunos casos el normal desarrollo psicosexual, aunque ciertos autores agreguen que podría protegerse como bien jurídico en este tipo de delitos la seguridad sexual de la víctima. Con respecto a lo anterior, indica Jiménez Huerta en su obra "Derecho Penal Mexicano", al referirse a esta situación, que esa postura legislativa era inapropiada ya que de acuerdo a la línea a seguir por el Código Penal para regular las conductas que se consideren delitos, es que en la mayoría de sus títulos adopta, como base para la

denominación del grupo o familia de delitos que en cada título regula, la del bien jurídico que se protege; situación que no ocurría con la anterior denominación a los delitos que afectan la esfera sexual de la conducta humana.

b).- LOS DELITOS SEXUALES A LA LUZ DE LAS REFORMAS DE 1991.

Con las reformas al Código Penal del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno, se considera que el bien jurídico que debe protegerse en los delitos que afectan la esfera sexual de las personas es la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

Dentro de este título se agrupan las figuras típicas que tienen como factor común el que el bien jurídico que se protege es la libertad sexual, y en algunos casos el normal desarrollo psicosexual.

De antemano cabe destacar que el Código Penal para el Distrito Federal en su Título Décimo Quinto contempla siete figuras delictivas, a saber: hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro, violación, privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, incesto y adulterio; pero que a nuestro muy particular punto de vista las más importantes a estudiar dentro de este capítulo por su trascendencia que representan en la sociedad, son: el hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación; además que son estos ilícitos los únicos que afectan el bien jurídico de la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual.

En el nuevo capítulo de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, se consideró de gran importancia incluir el ilícito de hostigamiento sexual, tipo preventivo que limita el acoso sexual a que se ven sometidas muchas personas en sus ámbitos laborales, escolares, y otros que se presenten como consecuencia de una relación de subordinación, por superiores jerárquicos como medida de presión, lo que les impide un desarrollo interpersonal en un ambiente de cordialidad y respeto.

En el tipo de atentados al pudor, se realizó un cambio muy importante de su denominación, ya que la palabra pudor originaba errores de interpretación; pues los legisladores para dar nombre a el delito en cuestión se apoyaron en la denominación alemana de abuso sexual, tema que tratamos en nuestro segundo capítulo, ahora bien, podemos concluir, con esto que actualmente queda perfectamente expresado cual es el bien jurídico protegido en este ilícito, que como ya referimos, es la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual de la víctima, y no el pudor como se indicaba antes de las reformas de mil novecientos noventa y uno.

Por otro lado por lo que respecta al delito de estupro se reestructura, eliminando las características que se exigían al sujeto pasivo de ser mujer y además con las cualidades de ser casta y honesta, ya que originaban en la práctica el cuestionamiento de la vida y costumbres de la víctima, cuando lo relevante en esta conducta delictiva es de realizar la cópula, engañando a una persona menor, o en el caso del nuevo tipo, según la reforma, aprovechar es abusar de

la autoridad de otra persona, además que el delito de estupro deja de tener el carácter de proteger sólo a la mujer, ya que en la actualidad se protege , tanto al varón como a la mujer, a partir de los doce y hasta los dieciséis años de edad. Es necesario reconocer que la figura anterior respondía a valoraciones antiguas pero tal como ahora está formulada parece que excede la necesidad de actuación penal. La figura se apoyaba en la creencia que una mujer adolescente, inexperta no estaba en condiciones de decidir libremente y era fácil víctima de engaño en materia sexual.

En los tiempos actuales la cuestión de que si hay menor libertad de decisión sexual a esa edad es discutible, pero lo es mucho más la amplitud de la nueva descripción, en efecto, parece ridículo acusar a una joven de diecinueve años de estupradora por haber tenido cópula con un joven de diecisiete años a quien engañó diciéndole que lo quería para luego abandonarlo; esta situación sería típica si no fuera por la nueva y debatible cuestión que se presenta por lo que hace al concepto de cópula. Nos parece que en casos como estos y aunque el activo fuera un joven de diecinueve años y que engañe a su novia, siendo su proposito el de copular con ella, es inadmisibile que se lesione en esta situación la libertad y el normal desarrollo psicosexual sino más bien lo que se encuentra en juego serían los sentimientos de las personas.

Se rompe además, con la tradición que otorgaba al sujeto activo la posibilidad de casarse con la ofendida, no recibiendo por ello pena alguna, considerando que era propiciada por una prisión de los

padres sobre la menor ofendida, sacrificándola so pretexto de recobrar el "honor familiar" mancillado , a un matrimonio que meses después originaría una mujer maltratada. Asimismo y respecto a esta situación y para asegurar en primer lugar que la voluntad de la víctima sea escuchada y respetada, se agregó el párrafo que dice: "para efecto del perdón, se deberá tomar en forma prioritaria, la decisión del ofendido".

Por lo que respecta al delito de violación, por la diversidad de interpretaciones que se hacen al vocablo cópula, fué considerado indispensable definirlo dentro del tipo, y al respecto el Código Penal vigente en su artículo 265 párrafo segundo establece:

"... 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...".
estableciéndose así que dicho ayuntamiento carnal presentado en cualquiera de las formas mencionadas es penalizado.

Así también, se modifica el artículo de referencia en su tercer párrafo, al contemplar expresamente la punibilidad relacionada con la introducción por vía anal o vaginal de cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril, ejecutada con violencia física o moral, ya que en la reforma de mil novecientos ochenta y nueve, se establecía que sería de uno a cinco años de prisión. lo cual resulta incongruente con la afectación del bien jurídico que se tutela, actualmente la punibilidad mencionada asciende a prisión de tres a ocho años.

Ademas se sistematizan las circunstancias agravantes de los tipos de abuso sexual y violación, tomando en consideración, para ello, la frecuencia con la que los sujetos activos de dicho ilícito antes mencionados las realizaban.

Podemos comentar que de acuerdo con la nueva sistematización de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual resultó irrelevante considerar al delito de incesto ya que no encuadra en esta clase de delitos por ser otro el bien jurídico que se tutela en esta conducta. Asimismo se adiciona el artículo 365 bis que regula el llamado delito de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, delito este, que con algunas variantes, viene a ser lo que antes era el delito de raptó.

**c) PANORAMA Y CRITICA DEL TITULO XV DEL CODIGO PENAL VIGENTE EN
RELACION A LOS DELITOS SEXUALES.**

Actualmente el título décimo quinto del Código Penal para el Distrito Federal, recibe el nombre de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, denominación un tanto comentada por diversos estudiosos en la materia, que coinciden en considerar el avance que esto representa y sobre todo para proteger a la sociedad de este tipo de conductas.

El título décimo quinto, como ya dijimos sufrió transformaciones empezando por su propia denominación. Acertadamente y concordando con

la mejor técnica legislativa que establece que los títulos de la parte especial deben expresar el bien jurídico protegido en el mismo, por lo que se sustituye el nombre de "delitos sexuales" por el de "delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual".

Y si consideramos que dichas modificaciones han sido consecuencia a las propuestas feministas y juristas, que dieron lugar a éstas y como se puede observar que dichas reformas no han tendido a la despenalización sino que han aumentado las punibilidades e incrementado las conductas delictivas. El hecho que el patrón de las reformas mencionadas sea de una mayor represión, es consecuencia de diversos factores. Pero principalmente se debe a la desproporcionada baja punibilidad prevista originalmente para este tipo de ilícitos, lo que aunado a la recurrencia de estos ilícitos en el Distrito Federal, hicieron necesaria la elevación de la pena.

Ahora bien, retomando un poco la información del punto anterior realizaremos nuestra crítica respecto al contenido en los artículos que regulan las conductas delictivas de hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación que a nuestro muy particular punto de vista son los cambios más importantes que se presentaron en las reformas ya multicitadas, y que requieren de estudio.

Así podemos decir en primer lugar con respecto a la nueva figura de hostigamiento sexual, que de la lectura del precepto correspondiente, se desprende que de esta redacción desafortunada, se le asocia una muy baja punibilidad de cuarenta días de multa. Pero lo más importante de destacar es que no se castiga el asedio u

hostigamiento con fines lascivos, más bien se castiga a quien valiéndose de su relación jerárquica, causa un daño o perjuicio a su subordinado porque no quiso responder a ese asedio. La situación de que ahora las mujeres están protegidas contra el asedio de los hombres, no podía ser de otra manera ya que la Ley Penal no puede suplir todas las carencias culturales y educacionales, pues solo le compete al legislador penal sancionar las conductas más graves, y las que lesionan o ponen en peligro los valores sociales más importantes. Por lo que queda en duda de que la conducta prevista por el artículo 259 bis sea tan grave para ser considerada como delito.

Tenemos también que el actual artículo 260 sanciona al que, sin consentimiento de una persona y sin propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo. A renglón seguido preve una agravante de la punibilidad para el caso del uso de la violencia. Se presenta aquí una regulación superpuesta, ya que la segunda hipótesis de que obligue a ejecutar lleva implícita en si misma el uso de la violencia, no es posible "obligar" sino es mediante violencia física o moral. Y como ya referimos anteriormente el delito que se regula en este precepto deja de llamarse atentados al pudor para denominarse abuso sexual, obteniendo con esto el despojar a esta conducta de sus connotaciones moralizantes que la prevenían al entrar en estudio lo que se entendía por pudor. Por lo que podemos decir que respecto al abuso sexual nos parece que está de más la adición de un segundo párrafo al artículo 260 del Código Penal pues se entiende de la descripción principal en este caso, el primer

párrafo que al no existir consentimiento u obligar a realizar un acto sexual al ofendido, queda implícito algún tipo de violencia, por lo menos moral, en nuestra opinión se debería manejar una sola pena para este ilícito, inclinándonos por la de mayor cuantía, pues dado el resultado podemos equiparar los dos tipos de violencia, ya que sea una o la otra, el resultado es el mismo: lesionar la libertad sexual.

Por lo que respecta al estupro se suprime la mención de que el sujeto pasivo fuera precisamente mujer y tuviera las características de ser casta y honesta, entendiéndose que se configura actualmente este ilícito con el tener cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho obteniendo su consentimiento por medio de engaño; suprimiéndose también el elemento que debía contener esta figura delictiva de que debía presentarse aparte del engaño, la seducción término este último que la doctrina precisa que en el lenguaje jurídico viene a ser lo mismo que el engaño.

Así podemos decir que si anteriormente lo que protegía la legislación penal en este tipo era el resultado de la inexperiencia de las mujeres adolescentes pero actualmente se crea el cuestionamiento de que si actualmente exista menor libertad de libertad sexual en las personas mayores de doce años y menores de dieciocho, pues debido a la actual situación de la sociedad entra en tela de duda si una persona a esa edad sea inexperta en su comportamiento sexual.

Por lo que respecta a la violación nos parece acertada la idea de que en un delito de tan relevante importancia se haya incrementado

la penalidad, pues de acuerdo a la anterior punibilidad y con las reglas contenidas en la legislación penal, el sujeto que cometía el delito de violación podía alcanzar libertad provisional, pero en virtud de las reformas a las que hemos hecho alusión en la actualidad, y dentro de este grupo de delitos, es el ilícito que más fuertemente es castigado por la Ley.

No podemos dejar de tomar en cuenta que en la práctica este delito presenta una grave dificultad de poder probarse por la naturaleza de la conducta ya que es insuficiente el examen físico que se realiza a la víctima y el victimario, para poder establecer que en realidad se presentó la conducta ilícita de violación; además que pueden presentarse casos en los cuales, el sujeto pasivo viene a ser casi siempre una mujer que por motivos de rencor o venganza acusa injustamente a una persona de haber cometido tan grave delito. No obstante lo anterior reiteramos que compartimos el criterio con respecto al incremento de la pena, aunque también expresamos que por este solo hecho el índice de frecuencia de este delito se vea reducido, pero para los casos en que se llegue a tipificar el ilícito en cuestión, la pena que sea conducente será del todo acertada, dado el bien jurídico tutelado.

Por otra parte, y por lo que hace al sujeto pasivo, se considera que la violación es un delito impersonal porque puede ser cometido en cualquier persona hombre o mujer, tal y como se desprende de la actual legislación penal en su artículo 265 al señalar en su tercer párrafo que puede cometerse la violación cuando se introduzca por vía

vaginal o anal, cualquier elemento por medio de la violencia física o moral. sea cual fuere el sexo del ofendido, al respecto encontramos un antecedente en la tesis visible en la página setenta y seis, Tomo ciento treinta y dos, Quinta Epoca del Semanario Judicial de la Federación, cuyo texto es del tenor siguiente:

"La legislación del Distrito Federal y la del Estado de Puebla "extienden su protección no solo a mujeres que son víctimas de "fornicación violenta, sino aún a los hombres que lo son de "ayuntamiento homosexual masculino, como se deduce de la descripción "legal del tipo correspondiente al delito de violación".

Abundando en esta figura, cabe indicar que en el año de mil novecientos ochenta y nueve se introduce en este mismo artículo la figura de introducir por vía anal o vaginal y con violencia cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, con una punibilidad de uno a cinco años de prisión. La actual reforma es acertada, pero tímida, al elevar la punibilidad de tres a ocho años de prisión. Asimismo el legislador se siguió olvidando de prever la figura equiparada, es decir, la conducta que se realiza sin violencia en menor de doce años y persona que no puede resistir o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, situación esta última que se ha introducido en las reformas en estudio. Es decir, que si un hombre adulto tiene cópula sin violencia con una niña de tres años se considera violación, pero si le introduce un palo por decir algo, en su ano o vagina sin violencia es un simple abuso sexual con una punibilidad de seis meses a tres años de prisión, o

tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo. La desproporción entre la punibilidad y el bien lesionado es evidente pues esta segunda conducta es tan grave o lo es más que el de tener cópula.

Hasta el año de mil novecientos ochenta y nueve de estaban previstos tres supuestos de violación equiparada: tener cópula sin violencia con persona menor de doce años, tener cópula con persona que no este en posibilidad de resistir la conducta delictuosa y tener cópula con persona que no este en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales. En esa situación se modifica el artículo 266 y se elimina el último de los supuestos mencionados, subsistiendo como caso de violación equiparada, solamente los dos primeros. La supresión se justificó con el derecho de los inimputables a tener relaciones sexuales, ya que de lo contrario toda cópula con incapacitado mental sería violación; además el legislador hizo una valoración positiva del acto sexual. La actual reforma reincorpora el tercer supuesto de equiparación: al que sin violencia realice con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, al respecto comentamos que esta formula resulta más obscura que la anterior, pues el significado de cópula en ésta se entiende que será la potencialidad reproductora de la víctima.

Lo cierto es que el legislador ha cambiado de parecer y que considera que para toda persona que no esté en plena posesión de sus facultades mentales las relaciones sexuales son perjudiciales. A esto

debe aunarsele las diferentes consecuencias según el sexo de quien no pueda comprender el significado del hecho. Como ya se dijo, la definición de cópula incorporada al Código impide que haya violación en la que el sujeto activo sea mujer y el pasivo un hombre. Así podemos opinar que en la violación, el legislador debió haber señalado expresamente que la conducta que describe el artículo 265 de la Ley de la Materia, debe entenderse como violación, pues en su primer párrafo nos describe la conducta, en el segundo nos define que se debe entender por cópula y en el tercero podemos decir que nos señala una modalidad de la conducta antes descrita, pero jamás maneja el término violación, no obstante que al inicio del título décimo quinto, primer capítulo de la legislación penal para el Distrito Federal.

Por último, cabe destacar la importancia de dichos delitos en la vida real, pues se trata de actos que afectan con intensidad y que dejan un daño a la víctima, generalmente irreversible afectación no solamente a nivel individual pues trasciende al grupo familiar y seres queridos y en general se considerarán siempre como un mal a nivel social. Ese malestar general se traduce en rechazo, repulsión, miedo y , en más de una ocasión en un deseo de venganza que lleva a las personas víctimas y familiares principalmente a hacerse justicia por propia mano; además que es frecuente el daño psicológico que permanece durante largo tiempo en la víctima directa y, a veces incluso por toda la vida.

De las reformas indicadas puede apreciarse que los legisladores se limitaron solo a aumentar la punibilidad en esta clase de ilícitos y en especificar incorrectamente ciertas circunstancias dentro de esas conductas; pero el tema no debe darse por concluido pues hay muchos puntos por discutir, más aún en esta clase de delitos que merecen una atención especial, tanto desde el punto de vista de su estudio como desde el ángulo de la práctica en lo cual hay mucho por hacer aún, dado el incremento que tiene dichos ilícitos y que afectan seriamente a la sociedad incluso al grado de frenar su desarrollo normal.

En este orden de ideas, volvemos a reiterar nuestro apoyo a las reformas en comento, por lo que hace al incremento de la pena, pero al mismo tiempo externamos nuestra inquietud con respecto a que el legislador debe a futuro ser más explícito al describir las conductas delictivas materia de este trabajo; pues de acuerdo al contenido actual de las mismas resulta difícil la aplicación justa de la Ley Penal, debiendo tener en cuenta que toda reforma legislativa requiere un previo análisis para evitar consecuencias no deseadas, pues las leyes deben estudiarse a fondo y primero establecer las causas que originan los delitos, las condiciones sociales y económicas y morales que las determinan, y una vez establecido las causas reales, entonces se procederá a la implantación de los castigos.

Para finalizar el presente trabajo solo nos resta formular las conclusiones conducentes, mismas que expresamos a continuación:

CONCLUSIONES .

1.- Se entiende que la relación que existe entre el derecho penal y la sexualidad es de que el primero se encarga de describir y regular aquellas conductas que afectan la libertad y el normal desarrollo psicosexual de las personas, esto con el fin primordial de lograr la permanencia social.

2.- El significado conferido por la sociedad a las manifestaciones sexuales, no ha sido a través del tiempo el mismo, por lo que hay que atender al lugar y al momento de una sociedad para saber la valoración que otorga a las diversas actividades sexuales.

3.- Concluimos que los delitos que atacan la esfera sexual del individuo causan lesiones a, su libertad sexual y a su correcta formación sexual, o normal desarrollo psicosexual, por lo que resulta acertada el nuevo nombre que se da a este tipo de ilícitos.

4.- De acuerdo al bien jurídico que se protege, y que se desprende con la nueva denominación al el Título Décimo Quinto Penal del Código Penal para el Distrito Federal, se consideran como delitos que afectan la libertad y el normal desarrollo psicosexual solo a los delitos de hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación.

5.- De el estudio y critica de las cuatro figuras típicas que se indica afectan la libertad y el normal desarrollo psicosexual, se concluye que:

En terminos generales el legislador debe proteger aquellos valores sociales que son indispensables para la existencia misma de la comunidad o para la convivencia pacifica de sus miembros; y para ello debe describir en forma clara y precisa las conductas que lesionen o pongan en peligro el bien juridico que indique la ley, es decir no debe considerar aquellas conductas que no lo hagan, pues las a las reformas presentadas en materia sexual, carecen de técnica legislativa lo que a ocasionado que se dificulte su interpretación que se ve reflejado en las contradicciones que se dan en la práctica.

6.- Es indispensable una modificación en la terminología empleada por nuestro Código Penal, o en su defecto una reforma integral de su contenido.

7.- Concluimos que es necesaria una mayor y correcta educación sexual a las personas, y optamos que esto se haga por conducto de los medios masivos de comunicación, que en la actualidad realizan todo lo contrario.

8.- Podemos así concluir que la regulación de el derecho penal no es la solución total al problema para suprimir la existencia las conductas ilícitas en comportamiento sexual.

9.- De acuerdo al contenido de los artículos que castigan el desordenado comportamiento sexual de las personas. y que reciben actualmente, delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, la ley no aporta nada para su solución, al contrario, hace más complicada su interpretación y como consecuencia que exista una legislación penal injusta.

10.- Por último concluimos que toda reforma legislativa requiere de un análisis previo exhaustivo para evitar así consecuencias no deseadas que redunden en una ley penal injusta.

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

- 1.- Amuchategui Requena Irma G. Derecho Penal. Editorial Harla. México, D.F. 1973. 418 pp.
- 2.- Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1986. 50a edición. 958 pp.
- 3.- González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1970. 6a edición. 469 pp.
- 4.- González Blanco Alberto. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa. México 1979. 6a edición.
- 5.- González Quintano José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 2a edición. México 1991. 435 pp.
- 6.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Omeba. 1a edición. Tomo XXIII. Argentina 1969. 1040 pp.
- 7.- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1985. 5a edición. 417 pp.
- 8.- Martínez Roaro Marcela. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa. México 1991. 4a edición. 355 pp.
- 9.- Pavón Vasconcelos Francisco. Comentarios de Derecho Penal. (parte especial) Editorial Porrúa. México 1985. 5a edición. 369 pp.
- 10.- Osorio y Nieto César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. México 1985. 473 pp.
- 11.- Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1985. 7a edición. 538 pp.

12.- Porte Petit Candaudap Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de estupro. Editorial Porrúa. México 1985. 5a edición. 87 pp.

13.- Porte Petit Candaudap Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de violación. Editorial Porrúa. México 1985. 6a edición. 233 pp.

14.- Solís Quiroga Héctor. Sociología Criminal. Editorial Porrúa. México 1987. 3a edición. 325 pp.

15.- Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 4a edición. México 1983. 654 pp.

LEGISLACIONES UTILIZADAS

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. 9a edición. México 1993. 186 pp.

2.- Código Penal para el Distrito Federal. 51a edición. México 1993. 338 pp.

3.- Código Penal para el estado de México. Editorial Porrúa. México 1988. 242 pp.

4.- Código Penal Anotado. Carrancá y Trujillo. Editorial Porrúa. 20a edición. México 1993. 990 pp.