



157
209

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

**"CONSIDERACIONES ECONOMICO-JURIDICAS, ACERCA DEL
DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.
PROPUESTA DE DEROGACION".**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

PATRICIA LOPEZ CALVILLO

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



ACATLAN, EDO. DE MEXICO.

1994.



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 la memoria de Mi Madre.

Sra. Carmen Calvillo Pérez

A tí que siempre sembraste en mi
la lucha, por tu apoyo y tu -
confianza, por tu gran amor y
comprensión y sobre todas las
cosas por darme la vida.

A mi Padre:

Quién con su aparente dureza
logró hacer de mi una mujer
digna y orgullosa de sí misma.

A mis hermanos:

Que con su apoyo hicieron posible la
culminación de mis estudios, y en -
especial a mi hermana Francisca que
con su protección y cariño se preocupó
por ver terminada mi carrera profesional.

A mi Hijo:

Pedro Erick López Calvillo.

Tú que eres el tesoro más grande y preciado que poseo, gracias por tu comprensión, tu cariño y admiración; con el deseo de que este esfuerzo y sacrificio que hemos compartido sirva de ejemplo en tu vida para que sigas preparándote, ya que tu vida inicia estudia, supérate y lucha por lo que quieres por tus objetivos, por todo aquello que has soñado, ten en mente que nada es fácil que cada día hay logros que obtener, y recuerda no corras da pasos firmes, no desesperes y llegarás siempre a tus metas.

Al Dr. Alfonso Garduño Romero.

Con respeto, admiración y cariño por contar con tu apoyo y - comprensión siempre que lo he necesitado, a ti que has luchado siempre por despertar en mí la superación, gracias.

Al Lic. Heberto Vázquez de la Rosa

Con admiración, respeto y cariño por haberme apoyado en la culminación del presente trabajo, y sobre todo por sembrar en mí, la esperanza de encontrar un futuro mejor.

Lic. Carolina Reyes Vázquez.

A ti que con tu amistad, apoyo y cariño, pasando tristezas y alegrías juntos, logrando motivarme para llegar a una meta; tú que luchaste por mantenerme con el deseo de concluir una carrera, te dedico este trabajo que considero es un esfuerzo de todos, sin embargo no hemos concluido, ahora iniciamos ya que tenemos el compromiso de seguir preparándonos y aprendiendo, porque únicamente con ello enfrentaremos los tropiezos de la vida, esperando siempre contar con una amiga como tú.

A la U.N.A.M., y con especial a la E.N.E.P. Acatlán.

Por haberme obsequiado la oportunidad de formarme
y haber recibido las invaluable enseñanzas de sus
distinguidos profesores.

Al Lic. MARIO E. ROSALES BETANCOURT

Mi gratitud imperecedera por
brindarme su valiosa colaboración,
Maestros como USTED dan lustre y
grandeza a México.

I N D I C E

PAG.

CAPITULO I.	EL DERECHO PENAL	
I.1.	CONCEPTO	1
I.2.	CARACTERISTICAS	5
I.3.	TITULAR Y DESTINATARIOS	8
I.4.	RELACIONES CON OTRAS DISCIPLINAS JURIDICAS.	9
CAPITULO II.	EL DELITO	
II.1.	NOCIONES DE DELITO	15
II.2.	ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS	17
II.2.1.	CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO ..	18
II.2.2.	TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	22
II.2.3.	ANTI JURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	26
II.2.4.	IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	31
II.2.5.	CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO	35

II.2.6. PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO	46
II.2.7. CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y SU ASPECTO NEGATIVO	50

**CAPITULO III. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL
DESARROLLO PSICOSEXUAL.**

III.1.1. ABUSO SEXUAL	53
III.1.2. NOCION LEGAL	53
III.1.3. SUJETOS Y OBJETOS	54
III.1.4. CLASIFICACION	59
III.1.5. CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECU- CION	59
III.1.6. TIPICIDAD	63
III.1.7. ANTIJURIDICIDAD	64
III.1.8. CULPABILIDAD	66
III.1.9. PUNIBILIDAD	67
III.1.10. CONSUMACION Y TENTATIVA	68

III.1.11. CONCURSO DE DELITOS	69
III.1.12 PARTICIPACION	69
III.1.13 PROCEDIBILIDAD	69
III.2. ESTUPRO	70
III.2.1. NOCION LEGAL	71
III.2.2. SUJETOS Y OBJETOS	71
III.2.3. CLASIFICACION	79
III.2.4. CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION	80
III.2.5. TIPICIDAD	83
III.2.6. ANTIJURIDICIDAD	81
III.2.7. CULPABILIDAD	84
III.2.8. PUNIBILIDAD	84
III.2.9. CONSUMACION Y TENTATIVA	86
III.2.10. CONCURSO DE DELITOS	86
III.2.11. PARTICIPACION	87
III.2.12. PROCEDIBILIDAD	87
III.2.13. REPARACION DEL DAÑO	88
III.3. VIOLACION	89
III.3.1. NOCION LEGAL	90

	PAG.
III.3.2. SUJETOS Y OBJETOS	90
III.3.3. CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION.	94
III.3.4. CLASES	99
III.3.5. TIPICIDAD	102
III.3.6. ANTIJURIDICIDAD	104
III.3.7. CULPABILIDAD	108
III.3.8. PUNIBILIDAD	110
III.3.9. CONSUMACION Y TENTATIVA	111
III.3.10. CONCURSO DE DELITOS	111
III.3.11. PARTICIPACION	114
III.3.12. PROCEDIBILIDAD	115
III.3.13. REPARACION DEL DAÑO	115

CAPITULO IV. HOSTIGAMIENTO SEXUAL

IV.1. NOCION LEGAL	117
IV.2. SUJETOS Y OBJETOS	119
IV.3. CLASIFICACION	121

	PAG.
IV.4. CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION.	122
IV.5. TIPICIDAD	125
IV.6. ANTIJURIDICIDAD	126
IV.7. CULPABILIDAD	127
IV.8. PUNIBILIDAD	127
IV.9. CONSUMACION Y TENTATIVA	128
IV.10. CONCURSO DE DELITOS	130
IV.11. PARTICIPACION	131
IV.12. PROCEDIBILIDAD	132
IV.13. OPINION DEL DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.	133
CONCLUSIONES	138
BIBLIOGRAFIA	139

CAPITULO I

EL DERECHO PENAL

I.1 CONCEPTO.

Para el hombre, quizá no exista otra rama del derecho de mayor trascendencia que la penal, cuyo estudio iniciamos. Su basamento sociológico, sus circunstancias ambientales, la propia índole de su naturaleza jurídica están en relación -- constante con el hombre, con su entorno vital y con sus acciones u omisiones. Entre los bienes jurídicos sometidos a la protección del derecho penal se encuentran los más preciados para el hombre, como la libertad, la dignidad, el honor, y la integridad física, el patrimonio de esta disciplina es de importancia fundamental en la formación de un jurista.

Sentado lo anterior como preámbulo necesario, comencemos por establecer la distinción entre el derecho penal subjetivo y el derecho penal objetivo. Se trata de una distinción tradicional, pues el derecho penal subjetivo es el derecho de castigar (ius puniendi), el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos actos o hechos (delitos) con penas y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esta noción se halla contenido el fundamento filosófico del Derecho Penal.

En sentido objetivo, el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan -- los delitos y las penas, concepto que encierra el fundamento del derecho penal positivo. (1)

Aunque un tanto escéptico sobre la utilidad práctica de los conceptos apriorísticos, el insigne maestro Jiménez de Asúa define al derecho penal como: el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora. El esclarecido penalista añade que el finalismo del derecho penal es uno de sus más esenciales caracteres, pues el derecho que se ocupa de conductas, no puede menos que tener un fin. (El Estado debe recoger y enfocar teleológicamente todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida; en el mismo sentido refiriéndolo a la idea del Estado, el propio Erik Wolf reconoce la idea del fin en el derecho). Toda la teoría del bien jurídico se vincula al concepto finalista de la ciencia jurídica; por ende, bien jurídico y norma constituyen los dos polos del eje del derecho penal. (2)

(1) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Tomo 1, parte general, volumen I, Bosch, S.A. Barcelona, 1975, pág. 7.

(2) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, 3a. ed., tomo 1, Losada, S.A. Buenos Aires, 1964, págs. 33, 36 y 38.

Para Francisco Pavón Vasconcelos, penalista mexicano, Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho Público Interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad, aplicables para lograr la permanencia del orden social. (3)

Para algunos autores, la potestad de castigar (ius puniendi) que tiene el Estado ante la comisión de actos delictivos es un deber, más que un derecho. Efectivamente, el Estado (en cuanto forma superior de organización de la sociedad) tiene ese deber, para que las personas y la vida comunitaria puedan cumplir sus fines propios. (4)

Carrancá y Trujillo explica: El Derecho Penal es tan viejo como la humanidad. Nació con ella, quizá antes que ella para los que admiten las regulaciones regidas por el instinto en el mundo animal; y ya que no puede decirse que fuera la primera de todas en el orden cronológico, tuvo en los orígenes un desarrollo muy superior al de las otras ramas del Derecho; lo que se comprende con sólo considerar la eficacia del medio coactivo que siempre representa la pena, para los hombres.

Se ha definido el Derecho Penal objetivamente como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que

(3) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Porrúa, S.A., México 1974, parte general, pág. 11.

(4) Del Rosal, Juan. Derecho Penal (lecciones), 2a. ed. Valladolid, 1954, pág. 19.

el poder social impone al delincuente (Cuello Calón); o como el conjunto de principios relativos al castigo del delito (Pessina); o como el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia (Liszt); o como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito, como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica (Mezger); o como el conjunto de normas que regulan el derecho punitivo (Renazzi, Canónico, Holtzendorff); o como el conjunto de aquellas condiciones libres para que el derecho que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó (Silvela). Sociológicamente considerado el Derecho Penal -escribe Manzini-, esto es, como fenómeno social, representa aquel conjunto de reglas de conducta sancionadas con el medio específico de la pena, que son el producto de la necesidad propia del Estado, de dar a la población una disciplina coactiva y una eficaz tutela, así como de asegurar la observancia del mínimo absoluto de moralidad considerado como indispensable y suficiente para la segura y civil convivencia en un determinado momento histórico.

Como se advierte, las anteriores definiciones ofrecen tres vértices de coincidencia, a saber: el delito, la pena y la relación jurídica entre ambos a virtud de la norma que asocia la una al otro. En suma, el Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante las

cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. Es una disciplina jurídica y social por mirar a las violaciones de la ley, a la defensa de la sociedad mediante la pena y las medidas de seguridad, y a la significación y valoración social y jurídica de la conducta humana.

En unos países se emplea la denominación "Derecho Penal" y en otros "Derecho Crimínal", según se tomen la pena o el delito como base de la definición. En México es usual la denominación primera. (5)

I.2 CARACTERISTICAS DEL DERECHO PENAL

Cabe afirmar que la ciencia penal, el derecho penal, tiene las características siguientes: a) Cultural (normativo), b) Público, c) Sancionador, d) Valorativo, e) Finalista y f) Personalísimo.

Es cultural (normativo) en tanto que, en la actualidad, los juristas suelen aceptar la clasificación de las ciencias en dos grandes bloques: culturales y naturales. Por un lado están las ciencias del ser (que incluyen las naturales) y por el otro las del deber ser (llamadas - culturales, en cuanto la cultura, fenomenológicamente hablando, es un repertorio de comportamiento o patrones de existencia de la sociedad), y en tre éstas se encuentra el derecho. (6)

(5) Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1991.17a. Edición. págs. 16 y 17.

(6) Jiménez de Asua, Luis. op. cit. pág. 34.

Es público en cuanto regula las relaciones entre el individuo y la sociedad, porque sólo el Estado es capaz de crear normas -- que definan delitos y que impongan sanciones en orden a la consagración -- del axioma liberal: nullum crimen, nulla poenas sine lege. (7)

Es sancionador, garantizador diría el maestro Jiménez de Asúa, porque el derecho penal no crea la norma, sino que la hace positiva a través de la ley, pero es el soporte insustituible para el ordenamiento -- jurídico general y está ligado, más que ninguna otra rama del derecho, a la efectiva eficacia de este ordenamiento. Ello no resta importancia alguna a la disciplina objeto de estudio, sino que sólo la sitúa en su verdadero parámetro, sólo supone la existencia de un principio positivo, lógicamente anterior a la ley penal.

Es valorativo porque la filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el derecho. El mundo de las normas -- debe asentarse en la realidad, pero el momento estrictamente -- jurídico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados valiosos o no valiosos y, consecuentemente, procurados o evitados. Por ende, la ley regula la conducta de los hombres y establece la conducta que deberán observar en relación con esas realidades, en fun-

(7) Jiménez de Asúa, Luis. op.cit. pág. 40.

ción de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos. El contenido de esas normas reguladoras de conducta, no comprobadoras de hechos, es una exigencia, un deber ser, mas no una realidad, un ser. El derecho penal, en general, funciona como sistema tutelar de los valores más altos, es decir, sólo interviene ante las transgresiones vulneradoras de los valores fundamentales de la sociedad.(8)

Es finalista (como se ha visto en la definición ya señalada, del maestro Jiménez de Asúa, y el comentario inherente a la misma), puesto que si se ocupa de conductas, lógicamente debe tener un fin (según Antolisei, este fin es el de combatir el fenómeno de la criminalidad). Pavón Vasconcelos distingue el fin del derecho penal en mediato e inmediato; el mediato tiene su objetivo en la correcta convivencia social, en tanto que el inmediato consiste en la represión del delito. (9)

Por último, es personalísimo si se tiene en cuenta que la pena se aplica únicamente al delincuente (en función de haber cometido el delito y sin salir de su esfera personal). - Así, conforme a este carácter, la muerte del delincuente extingue la responsabilidad penal, aunque pueda subsistir la ac

(8) Pavón Vasconcelos, op. cit. pág. 16.

(9) Pavón Vasconcelos, op. cit. pág. 16.

ción civil para la reparación del daño (por ejemplo, artículo 112 del Código Penal Español y 91 del Código Penal Mexicano).

I.3 TITULAR Y DESTINATARIOS DEL DERECHO PENAL

En cuanto al efectivo ejercicio de la facultad dimanante de la soberanía para definir los delitos, señalar las penas, establecer las medidas de corrección y de seguridad, e imponerlas y ejecutarlas, su único titular es el Estado, pues sin éste no hay derecho penal auténtico y verdadero. Empero, hay que consignar que su facultad punitiva tiene como límite intraspasable los derechos de la persona. (10)

Ahora bien, ¿quiénes son los destinatarios del derecho penal? Teniendo la norma penal una finalidad, es necesario averiguar a qué sujeto va destinada. En términos muy generales, la doctrina se ha diversificado en tres posturas:

- a) Aquellos que, como Ihering y sus numerosos seguidores, entienden que los preceptos del derecho penal van dirigidos exclusivamente a los órganos encargados de aplicarlos.
- b) Los que consideran a los ciudadanos sus auténticos y naturales destinatarios, ya que a ellos van dirigidos los mandatos y prohibiciones de las normas penales.

(10) Cuello Calón, op.cit. pág. 8.

- c) Aquellos que, como el maestro Cuello Calón, consideran que las normas penales se dirigen a todos los individuos del Estado (sean o no ciudadanos), imponiéndoles la ejecución u omisión de determinados hechos, entendiendo también que las normas penales se dirigen, igualmente, a los órganos encargados de la aplicación y ejecución de las mismas, a los que impone este deber (ésta es nuestra opinión). (11)

I.4 RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS DISCIPLINAS JURIDICAS.

Al señalar las características del derecho penal, se afirmó, entre otras, que era un derecho sancionador o garantizador (empleando la terminología de Jiménez de Asúa) y que esto no restaba, en absoluto, importancia y categoría a nuestra -- disciplina jurídica. Efectivamente, el derecho penal, por su propia naturaleza, es la salvaguarda de todo el basamento sociológico que constituye el fundamento de la comunidad organizada para la convivencia, es decir, la Nación. En estas condiciones no debe de extrañar, pues, la estrecha relación que existe entre el derecho penal y otras ramas del frondoso tronco de ese árbol, vital para toda sociedad, que constituye el derecho en general.

(11) Porte-Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de Derecho Penal, Parte General, Editorial Trillas, México 1990, 6a. Edición. pág. 9.

De esta manera, por ejemplo, resultan evidentes las relaciones del derecho penal con el derecho constitucional (llamado también por algunos autores derecho político), pues el primero encuentra buena parte de su razón existencial en el segundo, por ser éste de rango superior. En la República Mexicana existe una serie de preceptos constitucionales que guardan una estrecha conexión con el derecho penal (tanto sustantivo o material, como adjetivo o procesal), a saber los artículos 10, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 21, 22, y 23 de la Constitución. Entre ellos destaca el artículo que consagra en primer término (párrafo I) el principio de la irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna y consigna también (párrafo 3) el principio de legalidad o de exclusividad, convirtiéndolo en una garantía individual que expresa el dogma (indiscutido e indiscutible) de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. (12)

Del mismo modo, el derecho penal tiene estrecha relación con el derecho civil; en la antigüedad, el primero estaba, en gran parte, absorbido por el segundo. En el derecho romano, cierto número de hechos (hoy día valorados penalmente), co

(12) Pavón Vasconcelos, Francisco, op.cit. pág. 18; Constitución Política, Porrúa, S.A. 1979, pág. 13.

mo el *furtum* (hurto), la rapina (rapia), la iniuria (injuria), etc., eran regulados por el derecho privado. En el derecho --germánico, el *wergeld* (base de la penalidad) es la indemnización pagada por el delincuente o por su familia a la víctima - del delito o a sus parientes, y la reparación del daño del delito tenía carácter de pena. Transcurriendo el tiempo, el derecho penal se separa del derecho privado (no debe olvidarse - su característica de derecho público interno) y se constituye en rama jurídica autónoma; no obstante esta autonomía, el derecho penal mantiene estrecha relación con el derecho civil. (13)

Ambos derechos aspiran al mismo fin: regular las relaciones de los hombres entre sí y proteger sus recíprocos intereses. Para garantizar este respeto, establecen normas prohibitivas o imperativas, cuya infracción origina la imposición de sanciones. Para acreditar este fuerte nexo entre ellos, cabe invocar que el derecho penal tiene como fin proteger bienes jurídicos, que también son regulados por el derecho civil; además, en las legislaciones penales es frecuente la configuración de figuras delictivas construidas sobre

(13) Cuello Calón, op. cit. págs. 15 y 16.

conceptos civilísticos (propiedad, posesión, tutela, estado civil, etc.) (14)

A pesar de estos contactos, entre ambos derechos existen marcadas y consistentes diferencias. En el derecho penal, en virtud del principio de legalidad, los hechos ilícitos están fijados específica, expresa y taxativamente (en una palabra, tipificados), mientras que en el derecho civil normalmente se encuentran previstos (en la ley) de modo genérico e indeterminado. Otra discrepancia entre ambos ordenamientos se halla en el diverso carácter de sus sanciones; -- así, las de derecho civil son reparatorias, pretenden destruir el estado antijurídico creado, anular los actos antijurídicos y reparar el daño causado por éstos; a su vez, -- cuando son suficientes para la reparación del daño, la ley penal se abstiene de intervenir (ya que la violación jurídica no sale de la esfera civil), pero --en ciertos casos-- por la gravedad del hecho, por los sentimientos antisociales y de peligrosidad revelados por el agente, por la sanción pública que el acto ha originado en sí o por la imposibilidad de prevenir su ejecución y garantizarse contra ella de antemano, la sanción penal se hace necesaria. (15)

(14) Cuello Calón, op. cit. pág. 16.

(15) Márquez Piñero, Luis. Derecho Penal. Editorial Trillas. México 1992.2a. Edición, págs. 13 y 14.

También existen estrechas relaciones entre el derecho penal y el derecho internacional. La creciente y vertiginosa intercomunicabilidad entre todos los lugares del planeta y la consiguiente facilidad de desplazamiento ha hecho proliferar una especie de delincuencia internacional y, en consecuencia, la paralela necesidad de una represión del mismo tono (cada vez es más frecuente y eficaz la colaboración entre la policía de los distintos países (16) Las formas de criminalidad internacional (trata de mujeres y niños, pornografía, falsificación de monedas y documentos, narcotráfico, terrorismo, plagios o secuestros de buques y aeronaves, etc), requieren de una legislación penal adecuada, que va surgiendo quizás muy lentamente y que se realiza sobre todo mediante acuerdos y tratados internacionales, con lo que se crea lo que ya se denomina derecho penal internacional.

Entre las instituciones que ameritan esta estrecha relación entre el derecho penal y el derecho internacional, el ejemplo típico es la extradición, cuya reglamentación interesa por igual a ambas ramas del derecho, pero no se agota con este ejemplo, sino que se va ampliando progresivamente con otras instituciones, como la reincidencia internacional, el reconocimiento y efectividad de sentencias de tribunales ex--

(16) Cuello Calón, op. cit., pág. 16.

tranjeros, etc., siendo de elogiar en este sentido la gran labor desarrollada por la ONU. (17)

Finalmente, cabe señalar que, gracias a la cada vez más intensa relación que existe entre el derecho penal y los estudios de legislación comparada, países de muy reciente constitución (y subsiguiente incorporación al concierto de naciones civilizadas), cuyas leyes penales eran primitivas y atávicas, -- van formando códigos penales inspirados en las más avanzadas técnicas e ideas penales, con lo que prácticamente comienzan la elaboración de su legislación penal en el punto al que otros países más antiguos y civilizados llegaron tras larga evolución. (18)

(17) Quintano Antonio. Tratado de derecho penal internacional e internacional penal, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955 pág. 10.

(18) Amuchátegui Requena. op. cit. p. 60.

CAPITULO II

EL DELITO

II.1 NOCION DE DELITO

Existen tantas definiciones de delito, como corrientes, disciplinas y enfoques. Cada una lo define desde su perspectiva particular, de modo que cabe hablar de una noción sociológica, clásica, positiva, doctrinal, legal, criminológica, - etcétera.

En realidad, en este punto interesa fundamentalmente la noción jurídica del delito.

Desde un ángulo jurídico, el delito atiende solo a aspectos de derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de otra índole.

El delito, como noción jurídica, es contemplado en dos aspectos: jurídico formal y jurídico sustancial.

Se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una situación; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena.

La definición contenida en el Código Penal en su art. 70. es jurídico formal. De otra manera, la definición legal se equipara a la jurídico formal.

Consiste en hacer referencia a los elementos de que -- consta el delito.

Los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar al delito, de modo que -- existen corrientes: unitaria o totalizadora y atomizadora o -- analítica.

- a) Unitario o totalizadora. Los partidarios de esta - tendencia afirman que el delito es una unidad que - no admite divisiones.
- b) Atomizadora o analítica. Para los seguidores de esta - tendencia, el delito es el resultado de varios -- elementos que en su totalidad integran y dan vida al delito.

Según esta corriente, algunos autores estiman que el - delito se forma con un número determinado de elementos, otros consideran que el delito se constituye con dos elementos, -- otros más aseguran que se requieren tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con -

siete elementos. (1)

II.2 ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS

Sin riesgo a equivocación, podría decirse que este tema constituye la columna vertebral del derecho penal. Por otra parte, el adecuado manejo de los elementos permitirá entender -- aun comprender el delito que se estudia, llevaremos a cabo un análisis dogmático del mismo, comparando la teoría del delito -- con los elementos integrantes del injusto, tratando de poner -- los ejemplos mas claros para la debida estructuración didáctica.

Los elementos del delito son en el derecho penal lo que la anatomía es a la medicina.

En líneas anteriores se afirmó que como son diversos -- los criterios y corrientes respecto al número de elementos -- que se conforman al delito, aquí se analizarán los siete, que darán una perspectiva mejor para su comprensión.

Los elementos del delito son las partes que lo inte--- gran (dicho de otra manera, existen en razón de existir de -

(1) Amuchátegui Requena, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial Harla. México 1992. pág. 43.

los elementos), a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condicionalidad objjetiva.

Los elementos del delito son los aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que llegue a ser la negación de aquel; significa que anula o deja sin existencia al positivo y, por tanto, al delito (2).

II.2.1 CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir. Algunos estudiosos le llaman acción, hecho, acto o actividad.

Conducta. La conducta es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial), - activo (acción o hacer positivo), o negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado.

Como antes se precisó sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo; - por tanto, se descartan todas las creencias respecto a si los animales, los objetos o las personas morales pueden ser suje-

(2) Amuchátegui Requena. Op. Cit. pág. 45.

tos activos del delito.

Ante el derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: acción y omisión.

La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

La conducta se puede realizar mediante un comportamiento o varios, por ejemplo, para matar a alguien, el agente desarrolla una conducta a fin de comprar la sustancia letal, -- con otra prepara la bebida, con otra más invita a la víctima a su casa, y con una última le da a beber el brebaje mortal.

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. -- Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser simple o comisión por omisión.

Omisión simple. También conocida como omisión propia consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque

no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida. Comisión por omisión. También conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringen una norma preceptiva y -- otra prohibitiva, por ejemplo, abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se causa la muerte de éstos. (3)

AUSCENCIA DE CONDUCTA :

La vis absoluta consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

Matar por vis absoluta coloca al supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento, del cual se vale el auténtico sujeto activo.

Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el jurídico, puede ser responsable quien es "usado" como medio para cometer un delito, por ejemplo, presionar la mano de al quien sobre el gatillo para que dispare el arma y mate a --- otra persona.

La vis maior es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza.

(3) Márquez Piñero, Luis. Op. cit. pág. 18.

Cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor, existe el aspecto negativo de la conducta, o sea, hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto "agente", ni conducta, propiamente dicho; de ahí que la ley penal no le considere responsable.

Los actos reflejos son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio periférico. (4) Como el sujeto está impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos a voluntad, habrá delito.

Dado el estado de inconsciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo, algunos penalistas consideran que existirá ausencia de conducta cuando se realice una conducta típica; para otros, se trataría del aspecto negativo de la imputabilidad.

Esta forma de inconsciencia temporal también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta, si en estado hipnótico se cometiere un delito. Al respecto, existen diversas corrientes; algunos especialistas afirman que una -

(4) Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, t. IV Sopena, Barcelona, 1977, pág. 3606.

persona en estado hipnótico no realizará una conducta a pesar de la influencia del hipnotizador, si en su estado consciente no fuere capaz de llevarla a cabo. En este aspecto no hay unanimidad de criterios. Al efecto, el CPDF, en su art 15 frac. I, considera circunstancia excluyente de responsabilidad penal incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria, de suerte que aquí se contempla de manera más amplia la ausencia de conducta. (5)

II.2.2 TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.

Suele hablarse indistintamente de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquiera otra --- idea similar.

La ley penal y diversas leyes especiales contemplan -- abstractamente los tipos, los cuales toman "vida real" cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos.

De no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito, porque no lo es y, sobre todo, no se le podrá castigar. Más bien, se estará en

(5) Amuchátegui Requena. Op. cit. pág. 49.

presencia de conductas asociales o antisociales, pero no de delitos.

La criminología estudia comportamientos que por no estar contemplados en la ley penal, carecen de penalidad, como la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción u otros.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

Didácticamente, se puede decir que los tipos penales son las piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponde, con la aclaración de que no existen dos figuras iguales.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, elementos del tipo, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal, por ejemplo, el art. 395, frac I, CPDF señala, entre otros elementos del delito de despojo, que el medio con el cual deberá llevarse a cabo dicho delito sea cualquiera de los siguientes:

violencia, amenaza, furtividad o engaño. Si el agente emplease un medio distinto, aun cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por faltar uno solo de ellos.

La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad. En seguida se detallan dichos principios

- a) Nullum crimen sine lege No hay delito sin ley
- b) Nullum crimen sine tipo No hay delito sin tipo
- c) Nulla poena sine tipo No hay pena sin tipo
- ch) Nulla poena sine crimen No hay pena sin delito
- d) Nulla poena sine lege No hay pena sin ley.

La Carta Magna ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, en tanto no exista una norma o tipo que establezca el referido comportamiento que se pudiere imputarle. (6)

ASPECTO NEGATIVO: ATIPICIDAD

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la -

(6) Amuchátegui Requena. Op. cit. pág. 49.

atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito.

La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo penal, por lo cual da lugar a la no existencia del delito.

La conducta del agente no se adecua al tipo, por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, el objeto material, las peculiaridades del sujeto activo o pasivo, etc., por ejemplo, en el robo, el objeto material debe ser una cosa mueble; si la conducta recae sobre un inmueble, la conducta será atípica respecto del robo, aunque sea típica respecto del despojo.

Existe confusión en cuanto a otra figura: la ausencia de tipo, que desde luego es distinta de la atipicidad.

La ausencia de tipo es la carencia del mismo. Significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada.

En la legislación penal mexicana no existe el tipo de blasfemia, a diferencia de las legislaciones europeas; así, si en México alguien profiere insultos o denostación respecto de algún concepto o imagen religiosa, no cometerá delito,

por haber ausencia de tipo.

Si la ley no define un delito (tipo), nadie podrá ser castigado por ello.

El art. 288 del Código Penal del Estado de Sonora contempla el delito de chantaje; en cambio, en el del Distrito Federal no existe y, por tanto, ocurre la ausencia de tipo.

II.2.3. ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

La antijuridicidad es lo contrario al derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido por la norma.

Carnelutti señala: "antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo," y agrega: Jurídico es lo que está conforme a derecho. (7)

Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra al delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica.

(7) Carnelutti, Francesco, Teoría general del delito, Argos, Cali, s. d, págs. 18 y 19.

Se distinguen dos tipos o clases de antijuridicidad; - material y formal.

a) Material. Es propiamente lo contrario a derecho, - por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad.

b) Formal. Es la violación de una norma emanada del Estado. De acuerdo con Jiménez de Asúa, constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad, por lo que considera no tiene caso esta distinción. (8)

ASPECTO NEGATIVO: CAUSAS DE JUSTIFICACION

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circuntancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificativa.

No resulta fácil precisar una noción de algo que es un aspecto positivo, pero lleva implícita una negación. Este aspecto se destaca porque es muy común la confusión para entender cómo la antijuridicidad (aspecto positivo) puede tener - a su vez un aspecto negativo, cuando aquella es en sí una negación o contraposición al derecho.

(8) Jiménez de Asúa. op. cit. p. 108.

En ese orden de ideas, lo anterior debe entenderse como sigue.

La antijuridicidad es lo contrario al derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraría (antijuridicidad), pero, excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación.

De manera genérica, el Código Penal las denomina circunstancias, entre ellas las de justificación; a su vez, la doctrina las separa y distingue. También suele denominárseles eximentes, causas de incriminación o causas de licitud. (9)

CAUSAS DE JUSTIFICACION EN PARTICULAR

La legislación penal mexicana contempla las siguientes

(9) Márquez Piñero, Luis. Op. cit. pág. 20.

- * legítima defensa
- * estado de necesidad
- * ejercicio de un derecho
- * cumplimiento de un deber
- * obediencia jerárquica, e
- * impedimento legítimo. (10)

Casos especialmente tipificados. El CPDF, además de la forma genérica que contempla el estado de necesidad, regula -- dos específicos: el aborto terapéutico y el robo de indigente.

El Aborto terapéutico Llamado en la doctrina también Aborto necesario, consiste, de acuerdo con el art. 334 del propio código, en lo siguiente: "no se aplicará sanción: cuando - de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo és te el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

En tal caso, el estado de necesidad ocurre en función - de sacrificar un bien (la vida del producto de la concepción) para salvar otro, que es la vida de la madre, quien corre peligro. Para algunos, este caso plantea dos bienes jurídicos de jerarquía diversa, de modo que es mayor la vida de la madre -

(10) Amuchátegui Requena. op. cit. pág. 58.

que la del producto; para otros, ambos bienes son de idéntica valía, y para otros más el bien superior es la vida del producto (derecho canónico).

Algunos juristas consideran que dicha hipótesis pertenece al aspecto negativo de la punibilidad, representado por las excusas absolutorias.

Robo de indigente. También conocido como robo de famélico, es propiamente el robo producido por un estado de necesidad, contemplado en el art. 379 del CPDF de la manera siguiente: "No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

Este precepto ha sido criticado por adolecer de limitaciones y deficiencias. Se trata del robo de cosas que puedan satisfacer alguna necesidad apremiante, no sólo alimentos, si no también objetos que resulten indispensables en un momento dado para salvar un bien jurídicamente tutelado, como medicamentos, agua, oxígeno, ropas e incluso dinero. El análisis y crítica correspondientes se harán al estudiar los delitos en particular, dentro del tema de robo. (11)

(11) Amuchátegui Requena, op. cit. pág. 60.

II.2.4 IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.

La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

Las acciones liberae in causa son aquellas libres en su causa y consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal; por tanto, la ley lo considera responsable del delito, por ejemplo, quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí. Se llaman así porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto. (12)

ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD:

INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputa

(12) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1993. 32a. Edición, pág. 184.

bilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Concretamente, puede decirse que las causas de inimputabilidad son las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.

Trastorno mental. El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psicológicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Solo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

Conforme a la legislación penal mexicana, el art. 15 - del CPDF establece:

"El delito se excluye cuando:

I El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

III Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro -

no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico -- siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 Bis de este Código;

VIII Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores - son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X El resultado típico se produce por caso fortuito.

II.2.5 CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

Ya se dijo que el delito es una conducta que debe ser - típico y antijurídico; ahora se estudiará el otro elemento necesario para integrarse en su totalidad el delito: la culpabilidad.

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta reali

zada.

Para Vela Treviño, "la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del --- acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta." (13)

Para precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías: la psicológica y la normativa.

Teoría psicológica. La teoría psicológica funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo.

El adecuado análisis de la culpabilidad presupone el del sujeto por cuanto hace el elemento volitivo.

Teoría normativa. Según esta teoría, la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a --- quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

De acuerdo con los lineamientos del Código Penal vigente, los grados o tipos de culpabilidad son: dolo, y culpa.

(13) Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad. Teoría del delito, - Trillas, México, 1985, pág. 337.

DOLO :

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso.

Elementos. Los elementos del dolo son dos: ético, -- que consiste en saber que se infringe la norma y volitivo, -- que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

Especies Fundamentales. El dolo puede ser: directo, - indirecto o eventual, genérico, específico e indeterminado.

Directo. El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico, por ejemplo, el agente desea violar y lo hace.

Indirecto o eventual. El sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes, por ejemplo, alguien quiere lesionar a un comensal determinado para lo cual coloca una sustancia venenosa en la sal de mesa, al saber que podrán salir lesionados otros sujetos.

Genérico. Es la intención de causar un daño o afecta--

ción, o sea, la voluntad consciente encaminada a producir el delito.

Específico. Es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba. Jiménez de Asúa critica esta denominación y considera más apropiada la de dolo con intención ulterior.

Indeterminado. Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado por ejemplo, colocar una bomba para protestar por alguna situación de índole política; el sujeto sabe que causará uno o más daños, pero no tiene intención de infligir alguno en especial.

Cabe insistir en que el dolo es un proceso psicológico, que se traduce en la intención de querer un resultado típico.

La culpa es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable. La doctrina le llama delito culposo, imprudencial o no intencional.

Elementos. Los elementos de la culpa son las partes - esenciales de que se integra, a saber son

- a) Conducta (acción u omisión)
- b) Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes
- c) Resultado previsible y evitable
- d) Tipificación del resultado, y
- e) Nexo o relación de causalidad.

Cada elemento de la culpa se explica por sí mismo, de modo que no se detallarán, por ser entendibles.

Clases

Consciente. También llamada con previsión o con representación, existe cuando el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.

Inconsciente. Conocida como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no prevé el resultado típico; así, realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable. Dicha culpa puede ser: lata, leve y levísima.

- a) Lata. En esta culpa hay mayor posibilidad de prever el daño.
- b) Leve. Existe menor posibilidad que en la anterior.
- c) Levísima. La posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores.

Algunos autores, como Jiménez Huerta, llaman a la preterintención también ultraintención, la cual consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado. Existe intención de causar un daño menor, pero se produce otro de mayor entidad, por actuar con imprudencia (con las reformas del código penal de enero de 1994, las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente, por lo que esta figura únicamente se toca teóricamente como ilustración).

Elementos de la preterintención. En el delito preterintencional se encuentran los elementos siguientes.

- a) Intención o dolo de causar un resultado típico, de manera que el sujeto solo desea lesionar y toma el arma para cometer el delito.
- b) Imprudencia en la conducta. por no prever ni tener cuidado, la acción para lesionar ocasiona un resultado distinto.
- c) Resultado mayor que el querido. La consecuencia de la intención y de la imprudencia ocasiona la muerte de modo que se produce un homicidio preterintencional.

ASPECTO NEGATIVO: INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por -- faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene -- una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Por lo anterior, cabe agregar que el delito es una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable.

Las causas de inculpabilidad son las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento, a saber.

- a) Error esencial de hecho invencible
- b) Eximentes putativas
- c) No exigibilidad de otra conducta
- ch) Temor fundado
- d) Caso fortuito.

ERROR ESENCIAL DE HECHO INVENCIBLE

- a) Error. Es la falsa concepción de la realidad; no -- es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado, o incorrecto.
- b) Ignorancia. Es el desconocimiento absoluto de la realidad o la ausencia de conocimiento.

Error de hecho. El error recae en condiciones del hecho; así, puede ser de tipo o de prohibición. El primero es un error respecto a los elementos del tipo; en el segundo, el sujeto cree que no es antijurídico obrar.

Error esencial. Es un error sobre un elemento de hecho -- que impide que se dé el dolo.

Error esencial vencible. Cuando subsiste la culpa a pe sar del error.

Error esencial invencible. Cuando no hay culpabilidad. Este error constituye una causa de inculpabilidad.

Error accidental. Cuando recae sobre circunstancias ac cesorias y secundarias del hecho.

Aberratio ictus. Es el error en el golpe. De todas -- formas se contraría la norma. Ejemplo: alguien quiere matar a una persona determinada pero a quien priva de -- la vida es a otra a causa de imprecisión o falta de pun- tería en el disparo.

Aberratio in persona. Es el error sobre el pasivo del delito. Igual que en el anterior, se mata pero en este caso, por confundir a una persona con otra.

Aberratio in delicti. Es el error en el delito. Se -- produce otro ilícito que no era el querido.

Conclusión: es causa de inculpabilidad, solo el error -

de hecho, esencial invencible.

EXIMENTES PUTATIVAS

Son los casos en que el agente cree ciertamente (por error esencial de hecho) que está amparado por una circunstancia justificativa, porque se trata de un comportamiento ilícito.

Legítima defensa putativa. El sujeto cree obrar en legítima defensa por un error esencial invencible de hecho.

Legítima defensa putativa recíproca. Dos personas pueden obrar por error esencial invencible de hecho; ante la creencia de una agresión injusta y obrar cada una en legítima defensa por error.

Legítima defensa real contra la legítima defensa putativa. Puede ocurrir también una conducta típica resultante de obrar una persona en legítima defensa real contra otra que actúa en legítima defensa putativa. Habrá dos resultados típicos y dos excluyentes de responsabilidad; al primero le beneficiará una causa de justificación y al otro una causa de inculpabilidad.

Estado de necesidad putativo. La comisión de un deli-

to puede existir cuando alguien, por error esencial de hecho invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad. Para algunos autores, cuando los bienes jurídicos (el sacrificado y el salvado) son de igual jerarquía, consideran que se trata de su estado de necesidad como causa de inculpabilidad.

Cumplimiento de un deber putativo. El sujeto puede -- creer que actúa en cumplimiento de un deber a causa de un --- error esencial de hecho invencible.

Ejercicio de un derecho putativo. Esta figura será -- factible si se produce un delito bajo un error de la misma - naturaleza de los casos anteriores, cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho.

Obediencia jerárquica. Cuando se analizaron las cau-- sas de justificación se estudió la presente. Esta será causa de justificación cuando el inferior produzca un resultado tí-- pico en cumplimiento de una obligación legal, y será causa de inculpabilidad cuando sepa que la conducta es ilícita, pero - por temor obedece a la disciplina, pues se coacciona la volun-- tad.

NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Quando se produce una consecuencia típica, por las cir-

cunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco, etc., de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

TEMOR FUNDADO

Nosotros consideramos que el temor fundado es el que consiste en causar un daño, al creer el sujeto fundamentalmente que se halla amenazado de un mal grave y actúa por ese temor, de modo que se origina una causa de inculpabilidad.

CASO FORTUITO

Consiste en causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito -- con todas las precauciones debidas. Esta es la noción legal contemplada en la frac. X del art. 15 del CPDF.

En realidad, para algunos autores, el caso fortuito es una causa de inculpabilidad, mientras que para otros es una excluyente de responsabilidad ajena a la culpa, pues se obra con precaución y al realizar un hecho lícito; así, se produce un resultado solo por mero accidente, lo cual deja absolutamente fuera la voluntad del sujeto.

Conforme al criterio de Carrancá y Trujillo, el mero ac

cidente puede provenir de fuerzas de la naturaleza o de fuerzas circunstanciales del hombre. (14)

Coincidimos plenamente con el punto de vista de aquellos - que afirman la innecesaria inclusión de dicha fracción, en la que se contempla como excluyente la circunstancia del accidente involuntario.

II.2.6 PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

Frecuentemente se confunden las nociones que en seguida se distinguirán, toda vez que, a pesar de emplearse indiscriminadamente como voces sinónimas cada una de ellas tiene - un significado propio. Tal distinción servirá para manejar - de manera adecuada la terminología respectiva.

Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma.

La punición consiste en determinar la pena exacta al - sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto. (15)

Pena es la restricción o privación de derechos que se im

(14) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, Código Penal anotado, Porrúa, México, 1985, pág. 116.

(15) Rodríguez Manzanera, Luis. Penología. SUA, UNAM, México, 1989. pág. 18.

pone al autor de un delito. Implica un castigo para el deliniente y una protecc*ión* para la sociedad.

De manera genérica, el término sanc*ión* se usa como sinónimo de pena, pero propiamente, aquel corresponde a otras ramas del derecho y llegar a ser un castigo o carga a que se hace merecedor quien quebranta una disposici*ón* no penal.

La sanc*ión* es propiamente impuesta por una autoridad administrativa, por ejemplo, multa, clausura, etc. Debe tenerse presente que no se podrá imponer una pena si previamente no -- existe una ley que la establezca (Nulla poena sine lege).

Respecto a la punibilidad como elemento del delito. Algunos autores sostienen diversas posturas; así, para unos es un auténtico elemento de delito, mientras que para otros es solo la consecuencia del delito. Recuérdese que el art. 7o. del CPDF enuncia: "delito es la acci*ón* u. omisi*ón* que sancionan las leyes penales", pero también cabe recordar que existen delitos carentes de castigo. Independientemente de la postura que -- adopte cada quien, se incluye su análisis como elemento, a fin de conocerlo y manejarlo correctamente.

En principio puede decirse, a manera de fórmula, que -- a delito igual pena igual. Si A mata, la pena imponible será igual a la que se impondrá a B, quien también mató: sin embarque

go, existen tres variantes que modifican la penalidad: arbitrio judicial, circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes.

El arbitrio judicial es el margen señalado por la ley en cada norma que establece una pena, al considerar que ésta tiene un margen de acuerdo con un mínimo y un máximo, dentro del cual el juez podrá imponer la que estime más justa.

Lo anterior significa que el juzgador impondrá la pena que a su arbitrio considere más adecuada. Para ello, tendrá en cuenta lo establecido en los arts. 51 y 52 del CPDF. Al respecto,

Las circunstancias atenuantes o privilegiadas son las consideraciones del legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se pueda disminuir, por ejemplo, homicidio en riña o duelo.

Las circunstancias agravantes son las consideraciones del legislador contenidas en la ley para modificar la pena y agravarla por ejemplo, homicidio con premeditación, alevosía, ventaja o traición.

Dichas variantes obedecen a las circunstancias o factores que la propia ley tiene en cuenta para variar la pena, con

lo cual trata que la pena se ajuste al caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias especiales y de modo que la pena sea más justa.

ASPECTO NEGATIVO: EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

En la legislación penal mexicana existen casos específicos en los que ocurre una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, pero, por disposición legal expresa, no punible.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN LA LEGISLACION MEXICANA

Esta ausencia de punibilidad obedece a diversas causas, como se verá en cada caso concreto.

Excusa por estado de necesidad. Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad, por ejemplo: robo de familiar (art. 379 del CPDF) y aborto terapéutico (art. 334 del CPDF).

Excusa por temibilidad mínima. En función de la poca

peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento (art. 375 del CPDF).

Excusa por ejercicio de un derecho. El caso típico se presenta en el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación (art. 333 del CPDF).

Excusa por imprudencia. Un ejemplo de este tipo de excusas es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada (art. 333 del CPDF).

Excusa por no exigibilidad de otra conducta. Uno de los ejemplos más comunes es el encubrimiento de determinados parientes y ascendientes y de otras personas.

Excusa por innecesariedad de la pena. Esta excusa es aquella en la cual cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona que hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena (art. 55 del CPDF).

II.2.7 CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y SU ASPECTO NEGATIVO

Aunque en este caso se trata de otro elemento del deli

to, dada su naturaleza controvertida, pues la mayoría de los autores niegan que se trata de un verdadero elemento del delito, se ha incluido en el tema de la punibilidad por su relación estrecha con ésta.

Al igual que la punibilidad, la condicionalidad objetiva no es propiamente parte integrante y necesaria del delito, éste puede existir sin aquellas.

La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que se pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, y para otros más constituyen un auténtico elemento del delito.

Jiménez de Asúa, quien los denomina condiciones objetivas de punibilidad, afirma: "... son presupuestos procesales a los que a menudo se subordinan la persecución de ciertas figuras de delito..." (16)

En realidad, las condiciones objetivas son, elementos del tipo; a veces tienen que ver con la intencionalidad del -

(16) Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*. Editorial Sudamérica --- Buenos Aires, 1980. pág. 112.

sujeto, otras son aspectos referentes a la perseguibilidad, --
etcétera.

La ausencia de condicionalidad objetiva llega a ser el -
aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad. -
La carencia de ellas hace que el delito no se castigue.

CAPITULO III

LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.

III.1.1 ABUSO SEXUAL

Este delito es el menos grave dentro de este grupo de ilícitos; sin embargo, resulta frecuente su comisión y muy bajo el número de denuncias, por lo que existe una elevada cifra negra.

III.1.2 NOCION LEGAL

El art. 260 del CPDF define esta figura típica de la manera siguiente:

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

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

Respecto a su denominación, vale precisar que antes de las reformas publicadas en el D.O.F. el 21 de enero de 1991 es este delito se llamaba atentados al pudor. Otras legislaciones tanto nacionales como extranjeras, conocen este delito como el de "abuso deshonestos". "actos libidinosos", etc. En seguida se analizarán los elementos de que se integra tal figura típica.

III.1.3 SUJETOS Y OBJETOS EN EL DELITO DE ABUSO

SUJETOS

Activo. Conforme a la descripción legal citada, en el delito de abuso sexual, el sujeto activo puede serlo cualquier persona física, sea hombre o mujer.

Pasivo. Puede serlo también cualquier persona, sin importar sexo o característica alguna.

El art. 261 del propio Código Penal hace una especial referencia al sujeto pasivo de este delito, al señalar una penalidad agravada en relación con la prevista en el art. 260. En este caso, el sujeto pasivo debe ser:

- a) Persona menor de doce años de edad.
- b) Persona que no tenga la capacidad de comprender el

significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo.

a) En lo referente a que el pasivo sea menor de 12 --- años de edad, se comenta lo siguiente: los sujetos idóneos para el sujeto activo son precisamente los niños. Dada la inmadurez natural, debida a la poca edad y a su temor por decir - lo que les sucede, aunados a la menor capacidad para defenderse, los niños suelen ser escogidos por quienes realizan estos comportamientos.

Como puede imaginarse, el daño más serio no es el consistente en la conducta típica que en breve se analizará, sino las consecuencias de tipo emocional que se convierten con el tiempo y la falta de una atención adecuada, en problemas - de tipo psicológico. Tal afectación llega a ocasionar alteraciones en el futuro comportamiento del menor en el terreno de la sexualidad y aun en su desarrollo general; de ahí la conveniencia de detectar estas conductas, que la mayoría de las veces permanecen al margen del conocimiento de los padres de la víctima, por lo que ésta no tiene la atención profesional debida.

A falta de una adecuada educación y comunicación de -- los menores con sus padres, existe un gran número de actos de lictivos de esta especie no denunciados, con lo cual se incre

menta el problema, pues se hace inmune el sujeto activo y más propicio e indefenso el pasivo, quien suele serlo de manera reiterada.

Cuando el sujeto activo es un profesor, un pariente o un allegado, el pequeño manifiesta cambios en su conducta que, de no ser atendidos por sus padres, adecuadamente y a tiempo, podrán ocasionar, a largo plazo, peores consecuencias; a veces la resistencia del niño a asistir a la escuela es tomada por los padres como una actitud que revela rebeldía o flojera, sin saber la verdadera causa, realmente de peso, que ocasiona una reacción de disgusto en los padres y, a veces, de excesivo rigor hacia el infante.

b) El segundo supuesto se refiere a personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o que por alguna causa no pueden resistir. Se trata de quienes se encuentran en un estado de indefensión, ya sea transitorio o permanente, por razones naturales, de enfermedad, meramente circunstanciales, etc. Los ejemplos clásicos se refieren a personas con padecimientos mentales, dormidas, hipnotizadas, anestesiadas, inválidas, que el propio sujeto activo amarra, impide su defensa, etcétera.

Sin embargo, al respecto algunos tratadistas consideran que quien se encuentra en un estado de inconsciencia (temporal

o permanente) no puede ser sujeto pasivo de este delito, pues por su situación de inconsciencia no puede ser receptor de la conducta ofensiva que representa el atentado al pudor; por -- tanto, no puede manifestar su desagrado o repulsión, porque -- no es titular del bien jurídico cuando no está consciente, -- por ejemplo, si un médico psiquiatra hipnotiza a su paciente y en ese estado realiza tocamientos lascivos en determinadas partes del cuerpo del sujeto pasivo o lo obliga a efectuar ac tos de esa índole en el propio cuerpo del médico, no será -- afectado, por no estar consciente de ese hecho; sin embargo, el bien tutelado es la libertad, en el terreno sexual como se analizará en el apartado correspondiente.

La razón de ser de la agravación de la pena en este ca so es considerar la mínima facilidad de defensa que tiene el sujeto pasivo, dadas las circunstancias en que se encuentra. En estos casos la pena será de seis meses a tres años de prisión o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo -- tiempo.

OBJETOS

Material. En este delito, el objeto material es el -- propio sujeto pasivo. Ya se apuntó que puede serlo, en prin-- cipio, cualquier persona y en dos casos especiales agravados, los menores de 12 años y quienes no pueden comprender o resis

tir la conducta típica.

Jurídico. Es la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual; algunos juristas afirman que el objeto jurídico es el pudor de las personas, pero en realidad, el pudor se ve afectado también en otros delitos sexuales y aun patrimoniales (cuando el ladrón desviste a la víctima para robarla), pero ello no indica que el bien tutelado sea el pudor. El delito en estudio atenta contra la libertad de actuar o -- abstenerse en el ámbito sexual así como, sobre todo en menores, el normal desarrollo psicosexual.

Cuando una persona no desea tocar o ser tocada en una parte de su cuerpo y esta conducta es realizada por otra, contra su voluntad, se afecta la libertad sexual. En ese orden de ideas, cabe afirmar categóricamente que el objeto jurídico en este delito no es el pudor, sino la libertad sexual.

El pudor afectado es consecuencia de que alguien, sin consentimiento del sujeto pasivo, altere su libre decisión de actuar o no actuar en lo que respecta a su sexualidad.

III.1.4 CLASIFICACION

El delito de abuso sexual se clasifica como sigue:

- * de acción
- * unisubsistente o plurisubsistente
- * instantáneo
- * de lesión
- * fundamental
- * autónomo
- * anormal, y
- * formado alternativamente.

III.1.5 CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION

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

Antes de la reforma de febrero de 1989, consistía en -- realizar un "acto erótico sexual", terminología criticada por ser repetitiva y antes de la reforma de enero de 1991, se incluía la expresión "... con intención lasciva..."

Enseguida se verá qué debe entenderse, para efectos de este delito, por acto sexual.

Comúnmente y de acuerdo con el lenguaje coloquial, por acto sexual se entiende la relación sexual o cópula. En éste como en muchos otros casos, es necesario recurrir a la inter-

pretación sistemática, o sea, relacionar la norma con otras del mismo cuerpo legal. Así, cuando el Código Penal quiere referirse a la realización de la cópula, habla de ella, como en los delitos de violación y estupro. En este sentido, se entiende que respecto al delito de abuso sexual, el legislador quiere aludir a actos sexuales distintos de la cópula; -- además, la propia definición menciona que el acto sexual será sin el propósito de llegar a la cópula, con lo cual ésta queda excluida de dicho delito.

En ese orden de ideas, ¿qué se debe entender por acto sexual?. En esta frase quedan comprendidos todos los actos de tipo erótico, que sin llegar al coito, realiza una persona sobre otra. Se trata de tocamientos, frotamientos, besos, apretones, etc., que con erotismo lleva a cabo el activo sobre el pasivo; además, puede ser conducta típica el hecho de obligar al sujeto pasivo a que sea él quien realice el acto sexual, sobre la persona del sujeto activo. Generalmente, tales tocamientos se realizan sobre zonas erógenas, como senos, labios, genitales masculinos o femeninos, caderas, etcétera.

A su vez, el problema será probar la intención, (aunque ya no la expresa la norma), que es algo meramente subjetivo. Algunos casos no ofrecen problema, como el de los sujetos que aprovechan las apreturas e incomodidades de un medio de transporte para tocar diversas partes del cuerpo de otra persona;

sin embargo, en algunos casos resulta casi imposible saber o demostrar la intención del sujeto activo, como el del médico ginecólogo que toca los senos de la mujer, y argumenta que -- trata de localizar un abultamiento anormal, posiblemente revelador de un tumor.

Formas y medios de ejecución. Respecto a este punto, se reitera lo dicho en el anterior, con la adición de que son formas de ejecución en este delito cualesquiera que impliquen para el sujeto activo el móvil lujurioso manifestado mediante cualquier comportamiento distinto del de la cópula.

Es necesaria la ausencia del consentimiento por (excepto en la prevista por el art. 261) parte del sujeto pasivo, - pues en ello se basa el atentado a su libertad sexual, lo que origina el reproche penal.

Un medio para lograr la ejecución del acto sexual típico puede ser la violencia, en cuyo caso la ley establece una pena agravada, tanto en el art. 260 como en el 261 (mayor todavía). Más adelante se analizará esta situación.

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 realiza el acto sexual, y otra, en que el sujeto activo -

obliga al pasivo a efectuar dicha conducta. Dicho de otra manera, lo anterior implica que el acto sexual puede llevarlo a cabo el agente sobre el cuerpo del sujeto pasivo o que lo realice éste, obligado por aquél. Un ejemplo de esta última conducta sería que una persona obligara a otra a realizar caricias eróticas sobre el propio cuerpo del sujeto activo.

Se cuestiona si el exhibicionismo es una forma de cometer este delito. La respuesta es negativa. Cuando una persona exhibe su cuerpo desnudo a otra o solo sus genitales, realiza un comportamiento atípico del delito de abuso sexual, -- porque éste exige, por disposición de la norma, que ejecute el acto ... en ella , o sea, en la persona del pasivo de manera directa, y en el exhibicionismo, la conducta no se dirige a ejecutarla sobre la persona de manera material.

El comportamiento a que se hace referencia, si bien es atípico de atentados al pudor, resulta típico de otra conducta: la descrita en el art. 200 frac. II del CPDF, que señala:

II. Al que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro exhibiciones obscenas...

En este delito, el bien jurídico que se tutela es la moral pública, no la libertad sexual en el nivel individual.

Por último, en cuanto al número de actos, este delito - puede cometerse mediante uno solo (unisubsistente) o por medio de varios (plurisubsistente).

Ausencia de conducta. En opinión de diversos autores, se acepta la ausencia de conducta en este delito en los casos de vis absoluta, vis maior y actos reflejos.

Si se considera que la ley exige la doble concurrencia de dos elementos subjetivos, intención erótica y no intención de llegar a la cópula, no será configurable la ausencia de conducta, pues quien realiza un acto sexual en función de actos reflejos o por vis maior, por ejemplo, no actúa como se exige para los casos de ausencia de conducta. Simplemente, - ocurre que cuando no hay elemento subjetivo, se configura la atipicidad, y no el elemento negativo de la conducta. Sólo - en delitos que no exigen un elemento subjetivo ligado a la intención específica se puede presentar la ausencia de - conducta.

III.1.6. TIPICIDAD

La conducta realizada por sujeto activo debe encuadrar en el tipo penal correspondiente, por la concurrencia de los siguientes elementos típicos.

- * conducta
- * sujetos (activo y pasivo)
- * elemento subjetivo (intención erótica y no existencia del propósito de copular)
- * bien jurídico tutelado)
- * medios de ejecución.

Atipicidad. La conducta será atípica cuando no encuadre en el tipo. Esto podrá suceder por faltar alguno de los elementos típicos a que ya se ha hecho referencia.

Un ejemplo de atipicidad es el del masajista que toca todo el cuerpo de una persona, con el propósito de brindar un masaje de descanso, o cuando el médico toca ciertas partes del cuerpo para detectar alguna alteración.

III.1.7 ANTIJURIDICIDAD

Antijuridicidad. Esta figura es antijurídica en tanto la ley la consagra, el tutelar un bien jurídico. Quien realiza este comportamiento contraría la norma penal y, por tanto, actúa contra derecho.

Causas de justificación. En nuestra opinión, no puede configurarse ninguna de las hipótesis de causas de justificación, como estado de necesidad, legítima defensa, etcétera.

Alberto González Blanco considera que es factible el ejercicio de un derecho, respecto de cónyuges y por causa de necesidad en el caso de -- los médicos. (1)

Por su parte, Marcela Martínez Roaro concibe posible el ejercicio de un derecho. (2)

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS

En este delito no se presentan circunstancias atenuantes, pero sí agravantes.

AGRAVANTES

En el delito de abuso sexual existen dos agravantes específicas.

a) Cuando el activo emplea la violencia, sea física o moral, según lo dispone el segundo párr. del art. -- 260 del CPDF, en cuyo caso la pena a imponer, se aumentará hasta en una mitad el mínimo y el máximo.

b) En el supuesto del art. 261, cuando también se ejerce violencia física o moral, pero respecto de menores de 12 años de edad o de personas que no puedan -- comprender o resistir la conducta criminal como sujetos pasivos. En segundo párr. del art. 261 preve una pena de dos a siete años de prisión.

(1) González Blanco, Alberto. Delitos sexuales, 4a. ed. Porrúa, México 1979, p. 83.
 (2) Martínez Roaro, Marcela. Delitos sexuales, Porrúa, México, 1973. pág. 172.

III.1.8 CULPABILIDAD

Por cuanto hace al reproche penal, éste sólo puede ser doloso.

DOLO

El delito de abuso sexual únicamente puede ser doloso o intencional. Sólo con la intención específica del activo es posible la configuración de este ilícito.

La intención erótica y de no llegar a la cópula elimina la posibilidad de cualquier otro tipo de reproche, como la imprudencia.

El pasajero de un autobús que sin querer toca el seno de una mujer que se encuentra frente a él, a causa de la apertura, no comete este delito ni puede decirse que sea una figura imprudencial, pues ni en este delito ni en ninguno de tipo sexual puede configurarse la imprudencia.

INCULPABILIDAD

A causa del elemento típico subjetivo requerido en este delito, no es posible que se presente el aspecto negativo de la culpabilidad.

Igual que en otras cuestiones, algunos tratadistas opi

nan que es posible la configuración del error esencial de hecho y la no exigibilidad de otra conducta. Nosotros insistimos en afirmar que, dada la necesidad de que se presente el elemento subjetivo, no es posible el aspecto negativo (en este caso, de la culpabilidad), pues el error y la intención específica no pueden coexistir simultáneamente de realizar el acto sexual.

III.1.9 PUNIBILIDAD

En el delito de abuso sexual existen cuatro penas.

DIVERSAS PENALIDADES

Se pueden distinguir las variantes que siguen:

- a) Pena de tres meses a dos años de prisión (art. 260, primer párr).
- b) Si el delito se comete con violencia física o moral, la pena podrá aumentarse hasta en una mitad el mínimo y el máximo.
- c) Si el delito se comete en un sujeto pasivo menor de 12 años de edad o sobre persona que por cualquier causa no 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 (art. 261, primer párr).

- d) Si se presenta esta situación respecto del sujeto - pasivo mencionado en el punto anterior, pero además se emplea violencia física o moral, la pena será - de dos a siete años de prisión (art. 261 segundo -- párr).

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

No se presenta ninguna en este delito.

III.1.10 CONSUMACION Y TENTATIVA

CONSUMACION

El abuso sexual se consuma en el instante de ejecutar en el sujeto pasivo el acto sexual distinto de la cópula.

TENTATIVA

Antes de las reformas aludidas en relación con este delito (febrero de 1989), el propio Código Penal señalaba que - este delito se castigaría sólo cuando se hubiera consumado. Esto quería decir que la tentativa no se configuraba de iure, aunque pudiera existir de facto.

Al eliminar tal precepto, queda abierta la posibilidad de que se presente el grado de tentativa, sin embargo, es difícil que en la realidad se configure.

III.1. 11 CONCURSO DE DELITOS

IDEAL O FORMAL

Los delitos de abuso sexual y violación no pueden coincidir con la misma conducta, pues el primero establece la no intención o propósito de copular, mientras que en la violación, la cópula es la conducta típica. Sin embargo, el daño en propiedad ajena o pueden coexistir la lesión simultáneamente con el delito de abuso sexual, cuando el sujeto activo, para realizar el acto sexual, rasga la ropa del pasivo o hiere su piel, sobre todo cuando emplea violencia física.

REAL O MATERIAL

También puede presentarse, por ejemplo, cuando con una conducta se profieren amenazas y con otra se realiza el acto sexual; también cuando después de violar a la víctima se configura el abuso sexual, o cuando después de cometer el abuso sexual se lesiona o mata a la víctima.

III.1.12 PARTICIPACION

En dicha figura pueden presentarse los distintos grados de la participación de personas.

III.1.13 PROCEDIBILIDAD

El delito de abuso sexual se persigue de oficio.

III.2 ESTUPRO

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, diversos estados de la República, al concebir este delito, le dan diversos matices en cuanto 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 endeble bases subjetivas que dificultan la interpretación en los casos concretos, 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 distintas de las de hace cinco o seis décadas; su pensamiento, comportamiento, necesidades, etc, son totalmente diversos, y por tanto, no corresponde a principios éticos y fundamentos legales de otras épocas.

Por cuanto hace a su terminología, la palabra estupro también representa, a la fecha confusión, sin que exista una nimidad en el criterio de cada tratadista.

Antiguamente, incluso existían serias confusiones entre diversos delitos, como violación, estupro y adulterio.

En seguida se verá cómo está regulado este delito por la legislación penal vigente y de qué manera es visto por la doctrina.

III.2.1 NOCION LEGAL

Este delito es uno de los que sufrió más cambios con las reformas de enero de 1991, sobre todo porque cambia el sujeto pasivo que antes solo podía serlo la mujer menor de 18 años - casta y honesta.

El art. 262 del CPDF define al estupro de la manera siguiente:.

Al que tenga cópula con una persona mayor de 12 años y menor de 18, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de 3 meses a 4 años de prisión.

III.2.2 SUJETOS Y OBJETOS EN EL DELITO DE ESTUPRO.

SUJETOS

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

Pasivo. La norma precisa, de manera categórica y clara, que puede ser sujeto pasivo de estupro el hombre o la mujer que tenga más de 12 años de edad y menos de 18.

No toda persona puede ser sujeto pasivo de estupro, sino que se requiere que sea mayor de 12 y menor de 18 años conforme lo señala la norma relativa.

Es cuestionable el señalamiento de esta edad; para muchos, se trata de una edad que no corresponde a las exigencias socioculturales de la época actual; sin embargo, otros consideran adecuado el lapso.

Sin perder de vista el bien jurídico tutelado, cabe afirmar que el límite máximo para ser sujeto pasivo de este delito no debe aumentarse, pues una persona mayor de edad debe obrar con absoluta libertad en cuanto a su comportamiento sexual, dadas las actuales condiciones culturales que hacen de una persona un ser capaz de decidir libremente acerca de su actuar sexual. Incluso, bien podría disminuirse la referida edad a 16 años, porque en la época actual un joven de esta edad tiene el conocimiento y madurez que a principios de siglo no tenía; en consecuencia, el derecho penal no debe intervenir en sus decisiones personalísimas, pues él mismo tiene sus ideas las que han proporcionado la educación y patrones culturales que individualmente le hayan proporcionado sus fami--

liares y el ambiente social en el cual se desenvuelve.

Por otra parte, aun cuando antes de la reforma de 1991 la norma era omisa en cuanto a la edad mínima para ser sujeto pasivo de estupro, al llevar a cabo una interpretación sistemática en relación con otras normas, se llegaba a la conclusión de que había un límite mínimo. Esto se desprendía del art. 266 del CPDF, que establece una pena igual a la del delito de violación para quien tenga cópula sin violencia, con persona menor de 12 años. Esto significa que el legislador considera violación la cópula voluntaria no violenta con persona menor de 12 años, dada la inmadurez natural debida a la minoría de edad y, por tanto, reveladora de incapacidad para conducirse adecuadamente en el terreno sexual.

Así, los límites de edad para ser sujeto pasivo de estupro son: mayor de 12 años y menor de 18. Las legislaciones locales no son uniformes en este sentido. Por dar algunos ejemplos, véase cómo contemplan estos límites de edad algunas leyes penales de los estados.

- a) El Código Penal del Estado de Coahuila señala que la mujer debe ser menor de 16 y mayor de 12.
- b) El Código Penal del Estado de Zacatecas exige la minoría de 18 años y menciona que la mujer debe ser púber

- c) El Código Penal del Estado de Guanajuato menciona - que la mujer sea menor de 16 años de edad.
- ch) El Código Penal del Estado de Quintana Roo prevé la minoría de 16 años y mayor de 12
- d) El Código Penal del Estado de San Luis Potosí requiere que la mujer sea menor de 16 años
- e) El Código Penal del Estado de Veracruz establece la minoría de 16 años y mayor de 14.

Además de la edad, antes la ley exigía dos características de tipo subjetivo que debía reunir el pasivo de estupro (mujer); la castidad y la honestidad. Se trata de dos nociones imprecisas, confusas y cambiantes que suelen confundirse entre sí o con otras ideas, como la virginidad y la doncelléz. Por otra parte, en la práctica resultan de muy difícil probanza cada una de ellas. Para su mejor comprensión, analícese - cada una de manera separada.

CASTIDAD

González de la Vega afirma "... es una virtud relativa a la conducta externa del ser humano, que consiste en la abstención corporal de toda actividad sexual ilícita". (3)

Carrancá y Trujillo afirma que la castidad es un ele-

(3) González de la Vega, Francisco, Derecho penal mexicano. Porrúa, México, 1983. pág. 371.

mento "... normativo, de valoración cultural, y por ello corresponde al juez apreciarlo, en uso de su facultad de interpretación". (4)

En realidad, las nociones y definiciones que de castidad se han dado son muchas; comúnmente, se le asocia con la pureza, la doncellez y la virginidad. El cinturón de castidad, realidad de la Edad Media, resguardaba a la mujer (soltera y casada) de tener relaciones sexuales.

Cabe aclarar que la noción de virginidad, tan manejada y mal interpretada, consiste en la integridad del himen, es decir, que éste no se haya desgarrado. En ese orden de ideas, es válido precisar que su desgarramiento puede deberse a la penetración del miembro viril o al exceso de masturbación por parte de la propia mujer, pero también a causa de algún accidente.

Por otra parte, entre la multiplicidad de hímenes que existen, algunos son elásticos (llamados comúnmente "complacientes") y a pesar de penetraciones innumerables permanecen intactos; también existen otros muy frágiles, que se rasgan con leves accidentes deportivos, derivados de la práctica de

(4) Carranca y Trujillo, Raúl. Código penal anotado, Porrúa, México, 1985. Pág. 262.

la danza, etc. Asimismo, hay cirugías reconstructivas del himen, a las cuales recurren algunas mujeres que, antes de contraer matrimonio, quieren aparentar su doncellez.

De todo lo anterior, se colige que puede presentarse - el caso de que haya mujeres vírgenes no castas o castas no -- vírgenes. En el primer supuesto estaría una prostituta con - himen elástico, el cual se mantiene íntegro a pesar de innume- rables cópulas realizadas; en el segundo se encuentran las mu- jeres que han sufrido desgarramiento del himen sin haber rea- lizado cópula alguna, ya sea de manera accidental, como una - caída o abertura de piernas (que generalmente ocurre en la in fancia) o como ocurre en algunos pueblos de cultura oriental, donde a las recién nacidas les perforan el himen, de la misma manera que en pueblos occidentales se les perforan los lóbu-- los de las orejas con fines meramente estéticos (usar aretes).

Como se advierte, la virginidad dista mucho de resolver el problema de la castidad y, por supuesto, no son lo mismo; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sen- tado jurisprudencia al respecto, en el sentido siguiente: "Para la configuración del delito de estupro, la virginidad de la ofendida menor de dieciocho años es indicio vehemente de - su castidad y honestidad". (5)

(5) Jurisprudencia 134. Apéndice 75, segunda parte, segunda época, México.

Honestidad. "Nosotros encontramos entre honestidad y castidad una relación de género a especie. La primera sería el género y la segunda la especie; y como puede existir género sin especie, cabe admitir mujeres honestas, no castas (viudas, casadas, divorciadas)." (6)

La Suprema Corte de Justicia considera a la honestidad como "... el recato y la correcta manera de conducirse en la vida sexual". (7)

En resumen, cabe decir lo siguiente: castidad es la abstención de realizar actividades sexuales ilícitas, en tanto que la honestidad constituye la manera recatada de comportamiento en el ámbito sexual ante los demás; la primera es de tipo interno y la segunda externo, de apariencia.

A continuación se precisará si puede haber mujeres castas no honestas y honestas no castas.

Mujer casta no honesta: sería el caso de la mujer que trabaja por las noches como bailarina y realiza desnudos ante el público, pero que aún no ha tenido relaciones sexuales.

(6) González Blanco, Alberto. Delitos sexuales. Porrúa, México 1979, pág. 107.

(7) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985, México, pág. 281.

Mujer honesta no casta: sería la mujer casada, viuda, divorciada, que se conduce con recato en cuanto a su comportamiento ante los demás.

Tanto la castidad como la honestidad son situaciones - subjetivas y cambiantes, con una valoración distinta según la época y el lugar, así como según las condiciones socioculturales del momento. Al juez corresponde su valoración, con base en las pruebas aportadas, pero la ley exige ambas, no una u otra.

Obra la presunción de castidad hasta demostrar lo contrario.

En relación con lo que contemplan algunas legislaciones locales, se tiene lo siguiente: el Código Penal de Yucatán habla de "doncella", el de Quintana Roo sólo exige honestidad y no castidad, y el de Guanajuato sólo exige honestidad.

OBJETOS

Material. Es el propio sujeto pasivo del delito, que en este caso es cualquier persona mayor de 12 y menor de 18 años.

JURIDICO

A pesar de la divergencia de opiniones que existen al

respecto, nosotros nos inclinamos por aceptar que el bien tutelado en el estupro es la libertad sexual, y dependiendo de la edad, el normal desarrollo psicosexual; para algunos tratadistas es la seguridad sexual o la inexperiencia en este ámbito; sin embargo, opinamos que éste no es el bien tutelado, pues al exigir la ley que el consentimiento otorgado lo sea mediante el engaño, no se puede aceptar que sea la seguridad sexual, si no la libertad. Por tanto, se considera acertada la inclusión de esta figura típica en el título relativo a la libertad sexual y normal desarrollo psicosexual.

III.2.3 CLASIFICACION

El estupro se clasifica como un delito

- * de acción
- * unisubsistente o plurisubsistente
- * formal
- * instantáneo
- * de lesión o daño
- * básico o fundamental
- * autónomo o independiente
- * anormal
- * de formulación casuística, y
- * acumulativamente formado.

III.2.4 CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION

CONDUCTA TIPICA

En el estupro, es la realización de la cópula.

Por cópula se entiende la unión o ayuntamiento carnal, que puede ser de dos tipos: normal o idóneo y anormal o inidóneo.

Normal o idónea. Es la conocida como vaginal o vulvar, que consiste en la introducción del miembro viril o pene en la abertura vaginal. Únicamente pueden realizarla un hombre y una mujer.

Anormal, inidónea o impropia. Es la 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.

Oral o bucal. Consiste en la introducción del miembro viril en la boca.

Puede realizarla un hombre con una mujer o un hombre con otro hombre.

Anal o rectal. Es la consistente en introducir el pene en el ano de otra persona. Puede ejecutarlo el hombre sobre la mujer o sobre otro hombre.

En el caso del estupro, existen dos corrientes respecto

a cuál es la cópula que puede configurar el delito. Para --- unos, sólo será la cópula normal o idónea o vaginal, mientras que para otros también puede serlo la inidónea o impropia.

Nosotros estimamos que la norma penal, al no limitar - su sentido, debe entenderse en el más amplio, lo cual signifi ca que cualquier tipo de cópula configura al estupro. Se de be tener presente, sobre todo, que cualquiera de ellas, al -- configurarse los demás elementos típicos, afecta el bien jurí dico tutelado.

La menor gravedad del daño será valorado por el juez, quien, en ejercicio de su arbitrio, podrá imponer la pena menor en el caso concreto.

FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION

El estupro es un delito que exige un medio específico para su realización y, por tanto, para que se configure la - tipicidad, como se verá más adelante.

El medio ejecutivo en el estupro, es el engaño. El su jeto activo debe engañar a la víctima, y así obtener su consen timiento, para copular con ella. Sólo mediante el engaño se puede realizar el estupro; jamás la violencia podría integrar el estupro, pues en ese caso se estaría en presencia del de-

lito de violación. En seguida se precisa lo que se entiende por engaño.

Engañar. Es inducir a alguien a creer que resulta --- cierto lo que no es. Consiste en dar apariencia de verdad a una mentira. Puede consistir en una simulación, por ejemplo, si mular el activo que es soltero, cuando en realidad está casado, o simular una celebración de matrimonio, para realizar la cópula con la supuesta esposa. De todos los engaños, el más común es la falsa promesa de matrimonio, por la cual una mu--jer acepta copular con un varón.

Sólo como dato adicional se menciona que en enero de 1985 entró en vigor una reforma por la que se eliminó un medio de ejecución en este delito que era la seducción. Tanto la seducción como el engaño se presentaban como medios idóneos necesarios, pero de manera alternativa; producía mediante engaño o por seducción.

Muchos códigos estatales aún conservan el medio ejecutivo de la seducción.

AUSENCIA DE CONDUCTA

No puede presentarse ninguna de las hipótesis de ausencia de conducta.

III.2.5 TIPICIDAD

TIPICIDAD

Para que la conducta concreta se considere típica, debe reunir los elementos de que se conforma el tipo.

ATIPICIDAD

La conducta en el estupro será atípica cuando falte alguno de los elementos típicos que se han mencionado y explicado en su oportunidad

Algunos ejemplos de atipicidad son los siguientes:

- a) Que alguien copule con persona mayor de 18 años de edad.
- b) Que la cópula la obtenga el activo con persona de 18 años por medio de violencia.
- c) Copular con persona menor de 12 años.

III.2.6 ANTIJURIDICIDAD

ANTI JURIDICIDAD

La comisión del delito de estupro es antijurídica, toda vez que implica una contrariedad al derecho, por tratarse de un comportamiento previsto y tutelado por la ley penal. La transgresión al bien jurídico tutelado expresamente por la ley constituye un obrar contra derecho.

Causa de justificación. En el estupro no se presenta - ninguna causa justificativa.

III.2.7 CULPABILIDAD

DOLO

Unicamente puede producirse la forma dolosa o intencional en este delito. Jamás podrá configurarse mediante imprudencia. El reproche penal se basa en la intención de engañar a la víctima para copular con ella.

INCULPABILIDAD

Puede presentarse el caso de error esencial de hecho -- invencible, cuando el activo cree ciertamente que el pasivo es mayor de 18 años.

III.2.8 PUNIBILIDAD

PENALIDAD

La ley señala una sanción de tres meses a cuatro años de prisión. Antes de la reforma de enero de 1991, el código - concedía una forma de extinción penal cuando el estuprador se casaba con la mujer estuprada.

Tal situación, tan común en la vida, sobre todo dentro del marco cultural que impera en países latinoamericanos como

México, es contraproducente en la práctica.

Los padres de la ofendida, con tal de "lavar la mancha" prefería el matrimonio de la menor y se satisfacían con él, -- cuando en realidad esto, a la larga, podía ocasionar innumerables conflictos y problemas. No siempre el amor, la convicción y la madurez llevan al matrimonio a las parejas jóvenes, sino el temor del sujeto activo a quedar privado de su libertad, por la sentencia correspondiente y el deseo de casarse -- para evitar la "deshonra" en la mujer, aunado esto al mismo -- sentir de los padres. En este caso, la inmadurez de la pareja origina una serie de problemas graves, pues se contrae la enorme responsabilidad de haberse casado y, consecuentemente, la de traer hijos al mundo.

Por cuanto hace al aspecto jurídico, algunos autores -- consideran que la cesación de la acción penal constituía una excusa absolutoria, pero, en realidad nosotros consideramos que se trataba sólo de una forma expresa de extinción de la -- acción penal, derivada del perdón de la ofendida, más no de -- una excusa absolutoria.

Al poder ser sujetos activo y pasivo, indistintamente el hombre y la mujer, tuvo que desaparecer esta causa de -- extinción penal.

Excusas absolutorias. No se presenta ninguna en este delito.

III.2.9 CONSUMACION Y TENTATIVA

CONSUMACION

El estupro se consuma en el instante de realizar la cópula el activo con el pasivo. No es, como erróneamente se cree, en el momento de no tener el consentimiento del pasivo mediante el engaño, sino hasta el momento de copular.

TENTATIVA

Se puede configurar cuando el sujeto activo realice todos los actos tendientes a la realización de la cópula con el pasivo, pero ésta no se consume por causas ajenas a la voluntad de aquél.

III.2.10 CONCURSO DE DELITOS

IDEAL O FORMAL

Con la realización del estupro pueden presentarse simultáneamente otras figuras típicas como lesiones (al copular), contagio venéreo o adulterio.

REAL O MATERIAL

También puede suceder que con una conducta, el sujeto activo realice el estupro y con otras produzca otros delitos,

por ejemplo, que después de copular robe al pasivo, lo viole amenace, lesione o incluso lo prive de la vida.

Es frecuente el error de creer que pueden coexistir los delitos de atentados de abuso sexual y estupro o éste y la violación; en realidad, el delito de abuso sexual requiere que el activo no tenga el propósito de copular y que no copule; en cambio, en el estupro, la cópula es necesaria. El estupro y la violación se rechazan porque esta última requiere, como medio de comisión, la violencia, mientras que el estupro exige el engaño.

III.2.11 PARTICIPACION

Se pueden producir los distintos grados de participación de personas en este delito.

III.2.12 PROCEDIBILIDAD

Este delito se persigue por querrela de parte ofendida así, el art. 263 del CPDF dispone.

En el caso del art. anterior, no se procederá contra el sujeto activo, sino por queja del ofendido o de sus representantes.

En virtud de que el estupro se persigue por querrela ne cesaria, puede caber el perdón del ofendido.

III.2.13 REPARACION DEL DAÑO

El art. 276 bis preceptúa.

Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los ca sos de divorcio.

La reparación del daño proveniente del ilícito penal será exigida de oficio por el Ministerio Público.

(art. 34 del Código Penal)... (8)

Véase también el art. 30 bis del CPDF. La reparación del daño se hará valer de oficio, y parece justa la disposición penal que comprende, en la reparación del daño, el pago de alimentos.

(8) Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles, Harla, México, 1984, pág. 288.

III.3 VIOLACION

Se considera a la violación como el más grave de los delitos contra la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual; en opinión de algunos sobre todo las víctimas, se trata de un delito aún más grave que el propio homicidio, - - pues consideran preferible perder la vida que ser objeto de - - tan humillante conducta.

Esta deja, además del daño directo de la violencia sexual, la afectación psicológica, que en muchas ocasiones dura toda la vida, sin contar las consecuencias resentidas por la propia familia; asimismo, no se debe perder de vista la conmoción social que ocasiona.

Objeto de innumerables reformas, este delito ocupa actualmente un lugar preponderante en el derecho penal. Los estudios e investigaciones al respecto son múltiples; así, son importantes tanto el aspecto jurídico y legal, como el social, psicológico e incluso el económico, aunque, fundamentalmente el origen de todo delito parte de la educación, pues de ésta surgen los valores inculcados al sujeto, la forma como ha de ver la vida, su respeto hacia los demás, etc. Excepto patologías específicas, tales situaciones se pueden prever y resolver mediante una educación adecuada, con la cual se evite incluso la sobre-población, generalmente ocasionada por ausen-

cia de los más elementales principios derivados de una educación deficiente.

En seguida se hará el análisis jurídico legal de este delito, controvertido y altamente dañino.

III.3.1 NOCION LEGAL

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

Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá:

A partir de esta definición, se analizará cada elemento que integra dicha figura típica.

III.3.2. SUJETOS Y OBJETOS EN EL DELITO DE VIOLACION

ACTIVO

Conforme a la descripción legal, en el delito de violación puede ser sujeto activo cualquier persona física, sea hombre o mujer; sin embargo, 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.

Así, se dice que si una mujer tratará de forzar a un hombre a copular con ella, el varón, ante la intimidación no podría presentar erección y, por tanto, sería imposible la copula.

Con todo, no se debe perder 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 presentarse la figura típica. Por otra parte, gracias a la reforma de febrero de 1989, mediante la cual se adiciona un segundo párrafo, ahora tercero, al artículo 265 antes citado, cabe 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 del miembro viril por vía anal o vaginal, situación que se estudiará al examinar la conducta típica.

También es factible que la mujer sea participe cuando ayuda al hombre a copular violentamente con otra mujer, al -- sostener a ésta y evitar que se defienda.

PASIVO

Igualmente puede serlo cualquiera, sin importar el sexo, la edad ni las características de la persona. Lo común -- es que el sujeto pasivo sea la mujer, pero la propia norma -- habla de "... persona de cualquier sexo...", y hay casos de --

hombres atacados sexualmente.

Entre los muchos errores que prevalecen en lo referente a este delito, está el consistente en creer que sólo la mujer puede ser sujeto pasivo, lo cual desde ahora debe dese---charse; asimismo, se cree que sólo la mujer virgen puede ser sujeto pasivo, lo que también es falso.

Por todo lo anterior, consideramos que el sujeto activo en el delito de violación puede ser tanto el hombre como la mujer.

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. - El artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal establece.

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;
- 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 resistir lo.

En este caso especial, el sujeto pasivo debe ser:

- a) Persona menor de 12 años de edad, o
- b) 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 (12 años) o la incapacidad que impide resistir, para estimar que la conducta es anti-jurídica y violatoria del bien tutelado.

Minoría de 12 años de edad. Puede ser un hombre o una mujer, la ley considera que dicho consentimiento es inválido.

Incapacidad de comprender o imposibilidad para resistir una conducta delictuosa. Tampoco se requiere un medio violento (si se emplea, se agrava la pena). Se trata de personas que se encuentran transitoria o permanentemente afectadas por alguna situación que les impide producirse de manera voluntaria y consciente. Son casos de imposibilidad a oponerse a la cópula por estados de anomalía mental o inconsciencia -- cualquiera (anestesia, desmayo, hipnosis, sueño, estado narcótico, etc.).

III.3.3. CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION

CONDUCTA TIPICA

La conducta típica consiste en copular; así el Código Penal para el Distrito Federal señala:

"Al que... realice cópula...", con lo cual indica claramente que, en el delito de violación copular es la conducta típica y no otra.

Cualquier otro comportamiento o realización de actos sexuales que no constituya cópula será atípico de violación, aunque pueda ser conducta típica de otro delito, como el de atentados al pudor.

En lo referente a la noción y lo que se debe entender por cópula, se da por reproducido lo manifestado en el delito de estupro, sin más aclaración que la siguiente:

- * Para efectos del delito de violación, como la norma no restringe su alcance, que ya que se establece que puede tratarse de la cópula (idónea) vaginal o de la (inidónea) oral (bucal) o anal (rectal); como se desprende del párrafo segundo del artículo 265 -- adicionado en enero de 1991, además, con la reforma de febrero de 1989 que a la letra dice:

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.

Es decir, se introduce otro comportamiento que sin ser propiamente una cópula, la ley lo equipara a ésta y también sanciona. Se trata del párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece:

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

Este comportamiento, no contemplado anteriormente en la ley penal mexicana, resuelve los innumerables casos que en efecto ocurrieron y que generalmente no se sancionaban, por existir diversas interpretaciones al respecto;

a) Considerar el hecho como un delito de violación quienes no compartían este criterio sostenían que se trataba de atipicidad, porque el hecho no constituía una cópula).

b) Se trataba de una equiparación a la violación (pero no la contemplaba la ley).

c) No había delito de violación; si acaso, se trataba de lesiones.

Con la reforma aludida, el problema queda resuelto, -- pues castiga tal comportamiento; consideramos que la sanción, antes de enero de 1991 era (uno a cinco años) muy baja, con lo cual el activo podría salir bajo fianza y parece que el daño es igual y quizá mayor que la violación con el miembro viril; así, en los casos de utilización de otros elementos o -- instrumentos, se suele ocasionar dolor físico mayor y lesiones más graves al sujeto pasivo. En cuanto a la afectación psicológica, tiene la misma magnitud que en el caso de la cópula con el pene. Con la reforma de 1991, la pena es de tres a ocho años.

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. -- Por disposición de la ley, la violencia puede ser física o moral. En seguida se verá a que se debe cada una.

VIOLENCIA

Es la fuerza con que se realiza algún hecho, o sea, una agresión física ejercida directamente sobre alguien o algo.

FISICA

Es la fuerza o agresión de hecho, ejercida por una persona. Se traduce en un ataque material y directo, como los golpes.

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 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. En este último caso se hallan los casos del esposo que amenaza a su cónyuge con causarle un mal determinado si no accede a copular con él, o del padrastro sobre su hijastra, etc., (aclaramos que la violación entre cónyuges no es agravada).

Los niños suelen ser víctimas idóneas de violación por medio de violencia moral. El problema en la práctica es comprobar dicha conducta, pues, evidentemente, resulta más fácil y creíble la violación cuando se realiza por medio de violencia física.

También es cierto que, en algunos casos, las denuncias

de violación son infundadas, o sea, no hay tal delito y se -- trata sólo de una venganza del denunciante o de un medio para lograr el matrimonio con el sujeto "activo"; sin embargo no - se debe olvidar que las simuladoras suelen ignorar que este - delito es perseguible de oficio y, por tanto que no hay per-- dón.

Cuando el sujeto activo no ejerce ninguna violencia ma terial sobre el pasivo, pero lo amaga con una arma de fuego, - existe violencia moral.

AUSENCIA DE CONDUCTA

En la violación no se presenta ninguna de las hipótesis del aspecto negativo de la conducta.

III.3.4. CLASES

Se trata de establecer una clasificación de los distintos tipos de violación existentes, que en realidad obedece a fines didácticos para facilitar la comprensión del punto. Ciertamente, la violación es un delito con una serie de elementos típicos de modo que si falta alguno (como se verá en el tema siguiente), dejará de tener existencia como tal; por tanto, - sólo se podrá hablar de un delito de violación único; sin embargo, algunos rasgos hacen posible una clasificación que da como resultado diversas variantes, en cuanto al medio de ejecución, al sujeto pasivo o a la penalidad.

Así, existen los siguientes tipos de violación.

a) Violación propia o genérica.

b) Violación equiparada, impropia o ficta.

Por medio de instrumento distinto del miembro viril, o en persona menor de 12 años o que no pueda comprender a resistir la conducta criminal.

c) Violación agravada.

Tumultuaria, entre parientes, por un funcionario o - empleado público o profesional, por la persona que tiene al pasivo bajo su custodia, guarda o educación. En menor de doce años o persona que no pueda comprender o resistir la conducta con violencia.

d) Violación fraudulenta.

PROPIA O GENERICA

Es la que constituye el tipo básico contenido en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a la cual ya se ha hecho referencia.

EQUIPARADA, IMPROPIA O FICTA

Es aquella en que no ocurre la cópula por miembro viril, o la que se obtiene con consentimiento de la víctima. - Se trata de dos posibilidades.

EQUIPARACION 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 correspondiente a la violación genérica, conforme lo establece el artículo 265, segundo párrafo, del Código Penal para el Distrito Federal.

EQUIPARADA POR NO EXISTIR EL MEDIO VIOLENTO

Es la violación en que se obtiene el consentimiento de la víctima, pero ésta es menor de 12 años; también es la cópula con persona que, no puede comprender o resistir la conducta criminal, contemplada en el artículo 266 del C.P.D.F.

AGRAVADA

Es la que, por razones específicas, tiene penalidad mayor, y puede ser de cuatro tipos:

TUMULTUARIA

Ocurre cuando dos o más sujetos activos cometen el delito (artículo 266 bis, primera fracción, del Código Penal para el Distrito Federal).

ENTRE PARIENTES

Es la que comete alguno de los parientes a que se refiere el artículo 266 bis, segunda fracción, del Código Penal para el Distrito Federal.

COMETIDA POR UN FUNCIONARIO O EMPLEADO PUBLICO O POR UN PROFESIONAL

En atención a la calidad del sujeto activo, esta violación se agrava con una pena accesoria (artículo 266 bis, tercera fracción, del Código Penal para el Distrito Federal).

EQUIPARADA CON VIOLENCIA

Es la que establece la última parte del artículo 266 - del Código Penal para el Distrito Federal.

FRAUDULENTA

No la contempla el Código Penal para el Distrito Federal, pero sí algunos códigos estatales, como los de Aguascalientes, Guerrero, Michoacán, etc. Ocurre cuando, por suplantación de persona, el sujeto activo engaña al pasivo o se aprovecha de su error.

III.3.5. TIPICIDAD

TIPICIDAD

La conducta será típica cuando se ajuste a la descripción legal y reúna todos sus elementos. Por ello, habrá tipicidad cuando exista lo siguiente:

- a) El sujeto activo (cualquier persona, hombre o mujer)
- b) El sujeto pasivo (cualquier persona, hombre o mujer)
- c) Una conducta típica: la cópula
- ch) Medio ejecutivo: violencia (física o moral)

En el caso de la violación ficta o impropia, deberán existir los mismos elementos, pero el sujeto pasivo será una persona menor de 12 años o que no pueda resistir la conducta criminal y sin violencia. En los casos de violación agravada, deberán reunirse los aspectos que exige la norma.

ATIPICIDAD

El comportamiento será atípico cuando falte alguno de los elementos típicos. Esto significa que habrá atipicidad cuando falte lo siguiente:

- a) El sujeto activo o pasivo.
- b) Cuando la conducta realizada sea otra, y no la ejecución de la cópula.
- c) Cuando el medio empleado sea otro diferente de la violencia (salvo la violación ficta o impropia).
- d) En la violación impropia o agravada, por faltar alguno de los requisitos típicos exigidos por la norma.

Cabe mencionar que puede ocurrir la atipicidad de violación, pero existir tipicidad respecto de otra figura típica, por ejemplo, puede ocurrir que el comportamiento de la realidad no encuadre en la hipótesis de violación, porque el medio no haya sido la violencia, sino el engaño, en cuyo caso se tratará de atipicidad de violación, pero habrá tipicidad de estupro si se reúnen los elementos de ese tipo, como son la edad del pasivo y el medio ejecutivo.

III.3.6. ANTIJURIDICIDAD

En este delito, se ve claramente la noción de lo que es contrario a derecho. Contrariar la voluntad y libertad de una persona para copular con ella, estando prevista dicha conducta en una norma penal, indica el rasgo de atentado contra el derecho.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

En este delito no se presenta ninguna. Como se indicó al estudiar el problema del sujeto pasivo, algunos juristas consideran que no puede existir la violación entre cónyuges. Quienes sostienen este criterio (no compartido por nosotros) señalan que en dicha hipótesis se presenta una causa de justificación: el ejercicio de un "derecho", el cual, como se apuntó, según nuestra opinión no existe, por tanto lo que se configura es la antijuridicidad del hecho.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS

En el delito de violación no existen circunstancias atenuantes, pero sí agravantes en cuatro casos, como se verá en seguida.

TUMULTUARIA

El artículo 266 bis, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal prevé un caso en el que se presenta una pluralidad de sujetos activos. En función de ello, la pena será más grave, a saber:

Cuando fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, las penas se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y su máximo.

Dicha agravación en la penalidad obedece a que resulta más afrentosa la conducta, pues reviste mayor gravedad y menos posibilidad de defensa para el sujeto pasivo.

Aunque es común en otros países, tal forma de criminalidad comienza a imitarse en México. Actualmente se presentan casos de robos en casas-habitación o comercios e incluso otro tipo de establecimientos, como salas de belleza, academias de danza, restaurantes, etc., en los que las pandillas, se apoderan de dinero y diversos bienes, y a veces causan tan to lesiones como violación e incluso homicidio. Esta situación ha preocupado seriamente al legislador, quien ha creado una nueva disposición que sanciona con mayor rigor tales comportamientos (pena de 20 a 50 años de prisión; artículo 315 bis del Código Penal para el Distrito Federal).

ENTRE PARIENTES

La segunda fracción del propio artículo 266 bis del Código Penal para el Distrito Federal.

... cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor - contra su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro,...

Cometida por funcionario La Fracción III se refiere a:

quién desempeñe un cargo o empleo público o ejerza -- su profesión, utilizando los medios o circunstancias que -- ellos le proporcionen:

Cometida por quien tiene al pasivo bajo su custodia la fracción IV del propio artículo 266 bis se refiere a la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

Por desgracia, son frecuentes tales violaciones. Si -- por sí mismas es grave cualquier violación, más lo es cuando ocurre entre personas unidas por algún vínculo de parentesco.

Erróneamente se cree que existe concurso de delitos -- cuando la violación se produce entre ascendientes y descen-

dientes con el delito de incesto. Negamos esta falsa creencia, en virtud de lo siguiente: el delito de incesto es un tipo bilateral o plurisubjetivo, o sea, requiere la voluntad de dos para que se produzca, como también lo es el adulterio; en cambio, la violación implica una voluntad y ausencia de ésta por parte del sujeto pasivo. En el incesto, tanto el ascendiente como el descendiente son sujetos activos, pues ambos otorgan su consentimiento de realizar el acto sexual, de manera que no pueden ocurrir simultáneamente los delitos, como en esta situación. Así en caso de producirse la cópula violenta entre parientes (ascendientes), se estará en presencia de una violación agravada, pero de existir, la cópula entre ascendientes, realizada voluntariamente por ambos, se presentará el delito de incesto, pero nunca podrán ocurrir ambos, pues son incompatibles.

FICTA, IMPROPIA O EQUIPARADA CON VIOLENCIA

Se trata de una conducta que la ley equipara a la violación y a la cual ya se había hecho referencia, como la cópula realizada con persona menor de 12 años o impedida para resistir la conducta criminal, pero este comportamiento será --agravado cuando además ocurra con violencia. En líneas anteriores se vio que se sanciona con igual pena a la violación genérica o propia y a la violación equiparada o ficta (impropi), pero cuando además se ejerce violencia sobre el sujeto pasivo, la pena será agravada al aumentarse en una mitad. El

sentir del legislador es considerar doblemente antijurídico - el comportamiento de quien no sólo copula con persona menor - de 12 años o impedida para defenderse, sino además emplea el medio violento. En todos los casos de pena a gravedad ésta - será hasta una mitad más en su mínima y máximo.

PENALIDAD ACCESORIA

Propiamente no es una agravación, sino una pena accesoria que contiene la tercera fracción del artículo 266 bis.

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 ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o sus pendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión.

III.3.7. CULPABILIDAD

DOLO O INTENCIONALIDAD

El reproche penal que puede fincarse en este delito só lo puede ser el intencional; así, no es posible pensar en una violación no dolosa.

INCUPLABILIDAD

Para quienes consideran que cabe el ejercicio de un derecho, puede presentarse el...

error de ilicitud... con relación a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, realizada por uno de los cónyuges por medio de la vis absoluta o compulsiva. Es decir, cuando se llevará a cabo la cópula, por cualquiera de los medios mencionados, con una mujer creyéndola su cónyuge, pues estaríamos frente a una eximente putativa, al creer el cónyuge que existía a favor suyo una causa de licitud. (9)

Porte Petit considera posible la no exigibilidad de otra conducta. (10)

A su vez, Martínez Roaro acepta el error de hecho esencial e invencible y la no exigibilidad de otra conducta. (11)

En nuestra opinión, sólo teóricamente estimamos que podría ocurrir el error de hecho esencial e invencible, por creer muy difícil que pueda existir realmente.

(9) Pannain, cit. por Porte Petit, Op. cit. pág. 62.

(10) Porte Petit, Op. cit. pág. 62.

(11) Martínez Roaro, Marcela. Delitos sexuales, Porrúa, México, 1975, pág. 191.

III.3.8. PUNIBILIDAD

DIVERSAS PENALIDADES

La violación es uno de los delitos que señalan penalidades diferentes, según determinadas circunstancias que conciben distintas magnitudes de gravedad, a saber:

- a) Genérica o propia de 8 a 14 años.
- b) Equiparada (por instrumento distinto del miembro viril) de 3 a 8 años.
- c) Equiparada, ficta o impropia menor de 12 años o persona incapaz de comprender o resistir sin violencia de 8 a 14 años.
- d) Equiparada, ficta o impropia con violencia de 8 a 14 años y hasta una mitad más en su mínimo y máximo.
- e) Tumultuaria (dos o más sujetos) Hasta una mitad más en su mínimo y máximo.
- f) Cometida por parientes hasta una mitad más en su mínimo y máximo.
- g) Pena accesoria pérdida de la patria potestad y la tutela (en el caso de parientes), o destitución del cargo o empleo o suspensión por cinco años en el ejercicio de dicha profesión (en el caso de empleado o funcionario público o profesional).

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En la violación no se presenta ninguna.

III.3.9. CONSUMACION Y TENTATIVA

CONSUMACION

Se produce en el momento de realizar la cópula; no es necesaria la eyaculación, ni el orgasmo, sino sólo la cópula.

TENTATIVA

Es factible que el sujeto activo realice todos los actos encaminados a producir el resultado típico, pero que por causas ajenas a su voluntad, éste no se produzca.

No existe uniformidad de criterios respecto a este problema. Nosotros creemos fundadamente que puede configurarse la tentativa, y así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

III.3.10 CONCURSO DE DELITOS

IDEAL O FORMAL

En la violación se puede presentar, por ejemplo, con la misma conducta se pueden configurar los delitos de violación y de contagio venéreo; también puede producirse, la vio-

lación y las lesiones en los órganos genitales (aunque no se haga uso excesivo de violencias físicas, como en la violación ficta en persona menor de 12 años).

MATERIAL O REAL

También puede presentarse, por ejemplo, con diversas conductas se producen distintos resultados típicos, uno de los cuales es la violación. Tal es el caso del delito de violación y lesiones; también pueden configurarse la violación y el homicidio (en este orden), o la violación y las amenazas, o la violación y el daño en propiedad ajena, o la violación y el allanamiento de morada, etc. En párrafos anteriores se mencionó el artículo 315 bis, adicionado en febrero de 1989, el cual señala lo siguiente.

Se impondrá la pena del artículo 320 de este Código, cuando el homicidio sea cometido intencionalmente, a propósito de una violación o un robo por el sujeto activo de éstos contra su víctima o víctimas.

(Esta pena es la máxima: de 20 a 50 años).

Dada la gravedad de tales hechos, el legislador consideró conveniente señalar la pena mayor que impone el Código Penal: de 20 a 50 años. Este precepto contempla precisamente el concurso material, en el que se producen violación y homi-

cidio o robo y homicidio, o los tres delitos.

PROBLEMATICA DEL CONCURSO EN LA VIOLACION

Concretamente, en el delito de violación existen cuatro problemas fundamentales que plantean una situación especial, que es oportuno señalar:

VIOLACION Y ABUSO SEXUAL

Si primero se configura el abuso sexual y luego la violación, o si se produce el primero simultáneamente con el segundo, este último absorberá al primero.

Recuérdese que el delito de abuso sexual exige la no realización, ni intención de copular, mientras que en la violación esa es precisamente la conducta típica.

Si primero se viola a la víctima y posteriormente se realiza el abuso sexual entonces surgirán ambos delitos.

VIOLACION Y ESTUPRO

Son delitos incompatibles entre sí, o sea, uno excluye al otro, pues la violación exige como medio comisivo la violencia, en tanto que el estupro requiere el engaño; además, éste exige ciertas características de edad en el sujeto pasivo, mientras que en la violación, cualquiera puede ser sujeto activo o pasivo.

VIOLACION E INCESTO

Tampoco pueden coexistir, la violación es un delito -- unisubjetivo (requiere solo un sujeto activo), mientras que -- el incesto es plurisubjetivo (requiere dos sujetos activos); a su vez, en el incesto la cópula (s) es voluntaria por parte de los dos sujetos, ascendientes, descendientes, hermanos, -- etc., mientras que en la violación solo existe voluntad por -- parte del sujeto activo.

De haber violencia en la cópula y ocurrir entre ascen-- dientes, descendientes, etc., se tratará de una violación -- agravada (artículo 266 bis, fracción segunda, del Código Penal para el Distrito Federal), pero no de incesto o de concurso.

VIOLACION Y PRIVACION DE LIBERTAD

No existe unidad de criterios al respecto; nosotros -- creemos que uno de estos delitos excluye al otro. En reali-- dad, se trata de ilícitos diferentes, por lo cual no puede -- subsumirse uno en el otro. De ocurrir ambas situaciones, -- existirá concurso real o material, más no ideal.

. III.3.11. PARTICIPACION

En la violación pueden configurarse los distintos gra-- dos de participación de personas.

III.3.12. PROCEDIBILIDAD

La violación se persigue de oficio; por tanto, no cabe el perdón del ofendido, como sucede en el estupro. También es falso que el matrimonio extinga la acción penal; dada la gravedad de la violación, no es factible esta situación. Precisamente también por su gravedad, no se deja a la voluntad del sujeto pasivo su denuncia; sin embargo, existe una elevada cifra negra respecto a este delito, que actualmente, gracias a la acción de las autoridades y organismos privados, comienza a decrecer.

Hoy día, la creación de las agencias especializadas en delitos sexuales provoca una mayor y mejor información al pueblo en general y una adecuada atención a las víctimas, a quienes brindan confianza y sobre todo respeto.

III.3.13. REPARACION DEL DAÑO

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 Código Penal para el Distrito Federal.

Es muy relativo hablar de reparación del daño, pues creemos resulta imposible, sobre todo en delitos de tal gravedad como la violación; además, surge el problema del daño psicológico.

cológico, que en muchos casos permanece por siempre.

Pedir tratamiento para las víctimas de estos delitos, ha sido objeto de propuestas y sugerencias en los niveles nacional e internacional, pues dicha afectación suele ser de tal magnitud que afecta totalmente la vida de la víctima, al grado de que ya no puede hacer su vida como antes,

Por último, la afectación que causa dicho delito suele dañar a la población total, pues el temor y repulsa hacia este tipo de conductas llega incluso a frenar el avance y desarrollo de una sociedad; así, muchas personas, ante el temor de ser atacadas, prefieren abstenerse de acudir a una escuela, llevar a cabo una actividad laboral, iniciar un negocio, etc.

Sería conveniente pensar, conjuntamente con criminólogos, sociólogos y psicólogos, en las causas y medidas preventivas, pues este problema ha alcanzado magnitudes preocupantes a la sociedad en general. Por nuestra parte, insistimos en considerar como el origen de todo problema el seno familiar, su estructura, la educación y principios que en ella se inculcan y, sobre todo, tanto la madurez como la responsabilidad de los padres para tener sólo los hijos que puedan alimentar y educar.

CAPITULO IV

HOSTIGAMIENTO SEXUAL

IV.1. NOCION LEGAL

El artículo 259 bis del Código Penal para Distrito Federal proporciona la siguiente noción:

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

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

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

Este delito nace en la legislación mexicana, en las -- reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 1991.

Como puede apreciarse de la simple lectura de este precepto, la noción de este ilícito revela un comportamiento por parte del agente, de naturaleza erótica, con rasgos imprecisos y sobre todo, subjetivo, que en la práctica puede ocasionar diversos problemas, entre otros: la imposibilidad material de poderlo probar y diversas denuncias infundadas. En el primer caso la dificultad de probar dicho delito resulta de su propia subjetividad; por cuanto hace el segundo.

Se prestará la existencia de este delito para que personas sin escrúpulos, presenten, infundadamente, denuncias -- por diversas causas como pueden ser, celos, venganzas, pretensiones laborales o económicas o incluso por el simple afán de querer causar un desprestigio social a alguien.

No se desconoce que comportamientos como los que prevé 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. En ocasiones, el afán del legislador por proteger a determinados sectores o grupos de la población en relación con determinados comportamientos, provoca que lejos de proteger, desprotege a la víctima.

En nuestra opinión, vemos esta figura como una buena -

intención pero que es difusa y se pierde en el terreno de la realidad, lo que puede ocasionar una elevada cifra negra, sin perder de vista los problemas anteriormente anotados.

IV.2. SUJETOS Y OBJETOS EN EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

SUJETOS

ACTIVO: Conforme a la descripción típica, podrá ser activo de este delito, cualquier hombre o mujer que por su relación con el pasivo, que implique subordinación, aproveche esta situación, valiéndose de su posición jerárquica para realizar la conducta típica. Son innumerables los ejemplos que pueden ofrecerse al respecto; el patrón respecto de su empleada, el profesor en relación con su alumna, etc.

Al no precisar el sexo del sujeto, entendemos que tanto el hombre como la mujer pueden ser activos en este delito.

Por cuanto hace a la terminología empleada, nos parece que hubiera sido más apropiado que la ley estableciera, para referirse al activo la expresión "A quien...", en lugar de -- "Al que...".

PASIVO: Expresamente el texto legal se refiere a "... persona de cualquier sexo", e interpretando el mismo, será pa

sivo 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 259 bis del Código - citado.

Por ejemplo, la secretaria podrá ser pasivo respecto - de su jefe, la enfermera respecto del médico de quien depende laboralmente, el servidor público respecto del funcionario de mayor jerarquía y del cual se encuentra subordinado, etc.

Se discute sobre la posibilidad de que este delito se pueda dar a la inversa en relación con los sujetos, esto es, que el sujeto activo sea el inferior jerárquico que asedia a su superior. Aunque para algunos ésto es posible, descartamos tal posibilidad en función de que la ley establece que es te comportamiento típico se da en función de la relación habi da entre el activo y el pasivo, pero precisamente, "Valiéndose", el activo, "... de su posición jerárquica..." derivada - de una relación cualquiera que "... implique subordinación..." y con esto queda claro que el activo es quien se vale de su - posición jerárquica y que en relación al pasivo, la relación implica subordinación.

OBJETOS

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

JURIDICO: Es la libertad y el normal desarrollo psicosexual o ambos, como se desprende del propio título decimo- quinto, el cual fue también reformado el 21 de enero de 1991, 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.

IV.3. CLASIFICACION

Se trata de un delito

- * básico o fundamental
- * material o de resultado
- * alternativamente formado
- * de acción
- * de lesión
- * continuado
- * doloso
- * simple
- * unisubjetivo, y
- * plurisubsistente

En relación con su clasificación como 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, deben entenderse como un delito material o de resultado. De no darse el perjuicio o daño, simplemente no se castigará a su autor.

IV.4. CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION

CONDUCTA TIPICA

En el hostigamiento sexual, la conducta típica, esto es, el comportamiento que lleva a cabo el sujeto activo del delito en examen, consiste en asediar reiteradamente, con fines lascivos, al sujeto pasivo.

Surge ahora el problema de determinar que debemos entender por asedio, núcleo de este comportamiento.

Conforme al Diccionario de la Lengua Española, asediar, en una de sus acepciones, es "importunar a uno sin descanso - con pretensiones". (1) Entendemos exactamente que en este delito al asedio consiste en importunar, molestar, agobiar al pasivo.

Exige además la norma, que este asedio se dé reiteradamente, esto es, repetidamente, volviendo a hacer lo que ya an

(1) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, t. I. 20a. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1984, pág. 137.

tes se hizo. 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 es reiterado.

Exige también el tipo, la existencia de un elemento típico subjetivo consistente que dicho asedio, además de ser reiterado debe darse con fines lascivos. Por fines lascivos, entendemos un propósito relativo al placer sexual o de naturaleza erótica.

FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION

En realidad la norma no señala cuáles deberán ser los medios ejecutivos, de lo que se desprende que cualquiera, siempre que sea idóneo. En la realidad, estos medios pueden consistir en invitaciones, ofrecimientos o amenazas veladas, todos ellos con los referidos propósitos lascivos. Tales insistencias, resultan muy evidentes y también sumamente molestas. La ocasionalidad de estos comportamientos no llega a constituir este delito, sino únicamente cuando se presenta en forma reiterada.

RESULTADO TIPICO

El segundo párrafo del artículo 259 bis, establece claramente que este delito sólo será punible cuando se cause un perjuicio o daño. El problema es determinar qué perjuicio o daño es aquel al que se refiere el legislador. Si el tipo no

exigiera este daño, estaríamos ante la presencia de un auténtico delito de mera conducta o formal; no siendo así, se trata, como ya lo hemos establecido, de un delito de resultado.

Creemos que sería un error pensar que el perjuicio o daño debe ser de índole sexual, esto es, la cópula por ejemplo, pues entonces, el delito de hostigamiento daría paso al surgimiento de otro delito sexual más grave, como podría ser el estupro o la violación. Aun en el caso de que el activo llegase al extremo de realizar un acto de naturaleza sexual pero distinto de la cópula, estaríamos ante un delito de abuso sexual, pero en cualquier caso, desaparecería el de hostigamiento sexual.

En este orden de ideas, consideramos que el único tipo de perjuicio o daño a que puede referirse este tipo es aquel que se traduce, por ejemplo, en una afectación psicológica o en la pérdida del trabajo, de un año lectivo en la escuela, etcétera.

Subsiste el problema de demostrar y probar dicho resultado típico. En nuestra opinión, son muchos los casos de hostigamiento sexual que pueden darse aun cuando no causen un daño y sólo una simple molestia, la dificultad es que sólo cuando llegue a causar aquel, será punible.

AUSENCIA DE CONDUCTA

No puede presentarse ninguna de las hipótesis del aspecto negativo de la conducta, dado el dolo especial requerido en este delito.

IV.5 TIPICIDAD

TIPICIDAD

Habrà tipicidad, cuando la conducta realizada se adecue exactamente al tipo penal, o sea, cuando se den todos y cada uno de los elementos típicos a que hace referencia la norma.

Insistimos en que se requiere forzosamente de la existencia de todos los elementos típicos.

ATIPICIDAD

Habrà atipicidad en el hostigamiento sexual, cuando falta alguno de los mencionados elementos típicos.

Un ejemplo de lo anterior será; el jefe que en vez de asediar a su secretaria, la acaricia con fines lascivos sin la voluntad de ella; este sujeto cometerá abuso sexual y no hostigamiento, dado que el comportamiento típico es otro, muy distinto al que se refiere el tipo de hostigamiento sexual.

IV.6. ANTIJURIDICIDAD

ANTI JURIDICIDAD

Este comportamiento típico que da resultado o nacimiento al delito de hostigamiento sexual es antijurídico, toda vez que atenta contra una norma penal que tutela el bien jurídico a que nos hemos referido. Tal comportamiento es sancionado por contrariarse la norma penal, por lo que obra antijurídicamente quien incurre en la comisión de este ilícito.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

No ampara a este delito ninguna de las causas justificativas que constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS

No existen circunstancias atenuantes en este delito.

Por cuanto hace a circunstancias agravantes, la parte in fine del artículo 259 bis indica que "Si el hostigador fue servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo".

Aunque no es propiamente una circunstancia agravante, lo cierto es que, el hecho de imponer la sanción de hasta 40

días de multa más la destitución, implica una evidente agravante en la pena, para el caso de que el agente sea un servidor público en los términos que señala el precepto indicado.

IV.7. CULPABILIDAD

Este delito, como todos los de carácter sexual, sólo puede configurarse dolosamente. No puede presentarse su forma imprudencial. Es necesariamente intencional o doloso.

INCULPABILIDAD

Ninguno de los casos que constituyen el aspecto negativo de la culpabilidad pueden presentarse en este delito.

IV.8 PUNIBILIDAD

La ley señala que la pena imponible al activo de este delito será de hasta 40 días de multa.

Nos parece reducida la sanción, dado que el delito debe ocasionar un daño o perjuicio y resulta injusto que el activo pague económicamente y tan poco por su libertad ante un delito de esta naturaleza.

Por otra parte y como ya lo mencionamos , en el caso ---

que el agente sea un servidor público, la pena abarcará, además de los 40 días multa, la destitución del cargo.

No existen excusas absolutorias.

IV.9. CONSUMACION Y TENTATIVA

CONSUMACION

Esta figura típica adolece, como ya hemos anticipado, de imprecisión y subjetividad que dificultan poder precisar con exactitud, su momento consumativo, sin embargo, trataremos de determinar en que momento se consuma el mismo.

Cuando un sujeto inicia el asedio con fines lascivos, no puede decirse que ya se haya consumado el delito; en una reconstrucción lógica, habrá que tomar en consideración lo siguiente:

- * Como el tipo exige que el asedio se dé reiteradamente, sólo entonces puede decirse que existe la conducta típica; no obstante, ello es insuficiente, pues exige también la norma, que dicho comportamiento lleve a causar daño o perjuicio, por lo que interpretamos que no es, sino hasta que se produce el daño o perjuicio, cuando se consuma este delito y no antes.

Pensemos que el jefe que inicia el asedio sobre su secretaria; no se habrá consumado el delito, si con las primeras actitudes de asedio no ha causado a su secretaria un daño, quien tolera la situación sin que le esté causando aún, ningún perjuicio. Si llega el momento en que éste se llegue a causar, será en ese preciso momento, cuando se vea consumado tal delito. Nótese que poder probar el momento exacto de su consumación no resulta nada sencillo en la práctica, pues tal perjuicio o daño, deberá quedar probado. Creemos que cuando el pasivo evidencia tal daño y existe manera de probarlo, será cuando no haya dificultad, pero si por ejemplo, el pasivo no manifiesta el perjuicio, aunque exista, resultará sumamente difícil poderlo probar.

TENTATIVA

Más difícil resulta determinar este aspecto. En lo personal considero que no es posible la integración del grado de tentativa en este delito, por las siguientes razones: un asedio reiterado, hasta que tanto no cause daño, es un hecho no consumado; la consumación se dará cuando se cause el perjuicio o daño, pero cuando éste surja, ya se habrá consumado el delito. Resulta muy difícil que en las primeras actitudes del activo, consistentes en asediar reiteradamente al pasivo, pueda determinarse con precisión que existe el grado de tentativa, pues fácilmente el activo manifestará que no tenía pensado continuar con dicho asedio y mucho menos llegar a causar

algún daño al pasivo. Ciertamente de hecho, puede darse la tentativa, pero de iure resultará muy difícil su existencia - y sobre todo su probanza.

Por otra parte, cuando la norma expresa que sólo será punible el hostigamiento sexual cuando haya causado un perjuicio, o daño, puede desprenderse la intención del legislador - de que precisamente sólo se castigará cuando se haya consumado, ocurriendo esto cuando se causa el perjuicio o daño, o dicho de otra manera, aún cuando se admitiera que puede presentarse el grado de tentativa en este ilícito, no será punible.

IV.10 CONCURSO DE DELITOS

IDEAL O FORMAL

Si con el asedio reiterado surge una afectación psicológica que modifica el comportamiento del pasivo y le crea alteraciones en su conducta y aun alteraciones somáticas, estaremos en presencia de un auténtico delito de lesiones, sin embargo el problema jurídico será determinar si este resultado típico constituye un delito aparte o será visto sólo como el daño causado al cual se refiere la noción de hostigamiento sexual. Quedará a la interpretación y criterio del juez, determinar esta delicada situación.

REAL O MATERIAL

Puede ocurrir que con comportamientos distintos, resulten distintos delitos, siendo uno de ellos el de hostigamiento sexual. Un ejemplo sería que con una conducta se asedia y con otra distinta se amenaza o se comete un delito patrimonial sobre el mismo pasivo. Pero si al realizar el asedio reiterado, realiza un acto sexual distinto de la cópula o la cópula misma, habrá cometido un delito sexual diferente que en su caso, será abuso sexual, estupro o violación, dejando de existir el de hostigamiento, no creemos que el daño o perjuicio a que se refiere el concepto de hostigamiento sea uno de naturaleza sexual. Puede ocurrir, sin embargo, que un sujeto asedie reiteradamente al pasivo y le cause un daño, como una afectación psicológica y al quedarse sin trabajo, pues renuncie ante la molestia que le ocasiona el asedio, un día el activo viola al mismo pasivo, sentimos que surgen dos delitos:

* El hostigamiento sexual y además el de violación.

IV.II PARTICIPACION

Puede ser muy riesgoso afirmar que se puedan dar los grados de la participación en forma absoluta, pues la naturaleza imprecisa y nebulosa de este delito, así lo pone de manifiesto.

Pensar en un autor material y uno intelectual, nos lleva a cuestionarnos:

¿En quién de los dos existe la intención lasciva?

Creemos que tanto los elementos meramente objetivos como, en este caso, el subjetivo, deben darse en la misma persona y no en forma separada. Por otra parte, si pueden haber dos o más sujetos activos que simultáneamente asedien reiteradamente a una misma persona, pero cada uno de ellos cometerá independientemente el delito, del cual, cada uno será responsable individualmente.

IV.12 PROCEDIBILIDAD

El propio artículo 259 b) señala en su párrafo tercero que solamente se procederá contra el hostigador a petición de parte ofendida.

Ima Griselda Amuchátegui Requena, respecto al hostigamiento sexual opina:

"Al respecto, se nos ocurre que en la práctica sucede lo siguiente: una chica que es reiteradamente asediada por su patrón, tendrá dos caminos: uno, consistente en querrellarse, pero sabe que perderá su trabajo como consecuencia y el otro con

siste en que si tiene necesidad del trabajo, preferirá no que rellarse, soportando las molestias del acoso.

Como vemos, quien se encuentre en situación de ser pasivo de este delito, tendrá que valorar si le conviene hacer del conocimiento de la autoridad este hecho, tomando en cuenta, el riesgo de perder su trabajo, como en el caso que mencionamos anteriormente, o prefiere formar parte de la obscura cifra negra." (2)

IV.13. OPINION DEL DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.

El Maestro, Doctor Raúl Carranca y Rivas, en su Código Penal anotado, explica lo siguiente en relación con el hostigamiento sexual:

" Si de por sí esta absurda figura de hostigamiento sexual es de suyo compleja y enredada, más lo es al meterle elementos de naturaleza tan confusa. Ahora bien, después de una atenta lectura del nuevo artículo resulta que nada más se puede hostigar si hay una relación de subordinación entre el sujeto activo y el pasivo. ¿Esto significa que el legislador sólo ha querido proteger a la mujer subordinada y no a otra?. ¿Por qué esta segregación o diferencia? La verdad es que - - cualquier mujer, subordinada o no, puede ser hostigada. Claro.

(2) Amuchátegui Requena. Op. Cit. pág. 137.

el legislador considera como sujeto pasivo a persona de cualquier sexo; pero en el fondo, y de acuerdo con los testimonios de las sesiones en la Cámara de Diputados, dizque siempre se trató de defender a la mujer de las agresiones sexuales de los hombres (olvidando que en la vida moderna son muchas las mujeres que en este sentido agreden a los varones).

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

"... podría ser constitutivo de un delito sexual. Y hostigar, a su vez, quiere decir, también en sentido figurado,

perseguir, molestar a uno, ya burlándose de él, ya contradiciéndolo, o de otro modo. Tampoco hasta aquí hay delito a -- la vista; así que no es muy feliz en el caso el empleo de tal palabra. Mejor hubiera sido, en última instancia, sólo referirse al asedio, que se ajusta de manera más conveniente a la idea del legislador; aunque yo no comparto dicha idea. Hay que observar, acerca de esto, que en la primera parte del precepto la ley se refiere al asedio y en la segunda al hostigamiento; identificando dos palabras de contenido distinto.

"La ley dice que solamente será punible el hostigamiento sexual cuando se cause un perjuicio o daño. ¿Cuál puede ser en la especie tal perjuicio o daño? Si se habla de esto, de daño y de perjuicio, se está hablando de un resultado concreto; resultado que no es compatible con la figura típica -- del hostigamiento, la cual sólo se reduce a importunar, a -- pretender, a perseguir, a burlarse de otro. Lo que viene a demostrar que en el hostigamiento en sí no hay resultado. De donde resulta que dicha equívoca figura más se parece a una tentativa que a una consumación.

"... si el agente alcanza el fin lascivo se tratará de un delito sexual ya tipificado en el Código; y si no lo alcanza estaremos en presencia, como ya se dijo, de una tentativa.

"... todo hombre corteja y piropea; claro, a su manera y de acuerdo con su educación y cultura. ¿Y por esto es ya --

un delincuente en potencia; o algo peor, un delincuente real? Miles de piropos y de cortejos se podrían identificar con asedio y hostigamiento, según el legislador. Y en beneficio suyo, en el del legislador, ha de decir que a mi juicio en todo hostigamiento y asedio hay un contenido de piropo y cortejo.

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

las siguientes palabras: "Dejemos en paz al hombre y a la --
mujer en su órbita de relaciones ya de suyo harto complejas.
Todos somos, de alguna manera y forma, asediados y hostiga--
dos; todos, igualmente, hostigamos y asediamos. Es la vida,
con sus trampas y espejismos". (3)

(3) Carrancá y Rivas, Raúl. op. cit. págs. 640 a 642.

C O N C L U S I O N E S

- PRIMERA.** El Delito de Hostigamiento Sexual debe derogarse toda vez que la estructuración del mismo ha servido para cometer actos de venganza sobre todo en materia laboral, en virtud de que ha sido utilizado para despedir a mujeres que han tenido el valor de denunciar el Hostigamiento Sexual por parte del patrón, por ello pensamos que tiene más aspectos laborales que penales.
- SEGUNDA.** El Hostigamiento Sexual es una figura jurídica que no es plenamente aplicable a lo que ocurre en la realidad social de nuestro país, ya que el Hostigamiento se puede sufrir en cualquier parte y no se requiere necesariamente de una relación laboral o de jerarquía.
- TERCERA.** Es perfectamente concebible el hecho de que una persona por obtener un ascenso en su trabajo hostigue al superior y ello se presenta con demasiada frecuencia, sin embargo no está considerado como delito a pesar de tratarse de una situación a todas luces molesta.
- CUARTA.** De continuar vigente el tipo del Hostigamiento Sexual proponemos en todo caso que desaparezca del núcleo central la relación jerárquica o de dependencia, ya que como lo reiteramos el Hostigamiento Sexual se puede dar en condiciones de igualdad o entre personas que nunca antes se hubiesen visto.

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

1. AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA G. DERECHO PENAL. EDITORIAL HARLA. MEXICO 1992.
2. BEJARANO SANCHEZ, MANUEL. OBLIGACIONES CIVILES. EDITORIAL -- HARLA. MEXICO 1992. 8ª EDICION.
3. CARNELUTTI, FRANCISCO. TEORIA GENERAL DEL DELITO. EDITORIAL ARGOS. CALI, COLOMBIA 1980.
4. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. CARRANCA Y RIVAS, RAUL. CODIGO PENAL ANOTADO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1993. 16ª EDICION.
5. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1991. 17ª EDICION.
6. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1992. 32ª EDICION.
7. CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL. TOMO I. PARTE GENERAL. VOLUMEN I. EDITORIAL BOSCH. BARCELONA, ESPAÑA 1975.
8. GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. DELITOS SEXUALES. EDITORIAL PORRUA MEXICO 1980. 7ª EDICION.
9. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1993. 25ª EDICION.
10. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. LA LEY Y EL DELITO. EDITORIAL SUDAMERICA, BUENOS AIRES 1980. 2ª EDICION.

11. MARTINEZ ROARO, MARCELA. DELITOS SEXUALES. EDITORIAL PORRUA MEXICO 1991. 4ª EDICION.
12. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1991. 10ª EDICION.
13. PORTE PETIT, CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. EDITORIAL TRILLAS. MEXICO 1990. 6ª EDICION.
14. PORTE PETIT, CELESTINO. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1993. 5ª EDICION.
15. QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO. TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS. INSTITUTO FRANCISCO DE VICTORIA. MADRID, ESPAÑA 1955.
16. RODRIGUEZ MANZANERA. LUIS. PENOLOGIA. SUA. UNAM. MEXICO -- 1989.
17. VELA TREVIÑO, SERGIO. CULPABILIDAD. EDITORIAL TRILLAS. MEXICO 1985. 3ª EDICION.

D I V E R S O S

- I. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO SOPENA. TOMO IV. EDITORIAL SOPENA. BARCELONA, ESPAÑA 1977.

L E G I S L A C I O N

- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.