

259
25



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES



" HOMOSEXUALISMO Y LESBIANISMO DENTRO
DEL MATRIMONIO EQUIPARADO CON EL
ADULTERIO ."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
EDUARDO MEZA PACHECO

ASESOR DE TESIS:

LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ



ACATLAN, ESTADO DE MEXICO

1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

A C A T L A N

" HOMOSEXUALISMO Y LESBIANISMO DENTRO DEL
MATRIMONIO EQUIPARADO CON EL ADULTERIO."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO

EN DERECHO

P R E S E N T A

EDUARDO MEZA PACHECO .

ASESOR DE TESIS: LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ.

ACATLAN, ESTADO DE MEXICO.

A MI MADRE, POR SER LA PERSONA
MAS IMPORTANTE EN MI VIDA Y LA
QUE ME DIO EL SER PARA PODER -
LLEGAR A ESTE MOMENTO.

A TI GUERRA, POR TU APOYO Y POR
DARME A LA PERSONITA QUE ME DA
AMIGOS PARA LUCHAR, POR TI Y -
POR EL CADA DIA.

A TI "AGUSTITO", POR QUE ERES
LA BENDICION MAS GRANDE QUE -
ME HA DADO DIOS.

A MIS HERMANOS: MALE, TOMO Y
TITA, CON LOS CUALES HE PASA
DO TRISTEZAS, ALEGRÍAS Y SA-
CRIFICIOS.

ANTI: GORDITA, POR TU APOYO-
CARINO Y POR SER PADRE Y MA-
DRE A LA VEZ, SIN SER TU --
OBLIGACION.

A CHINA, GONZA Y MONTZE DE --
QUIENES ESPERO MUCHAS SATIS-
FACCIONES.

A MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ, POR
SER LA PERSONA PRINCIPAL QUE --
CREYO EN MI, EL CUAL ME ENSEÑO-
QUE: " EL QUE SIEMRA AMIGOS CO
SECHA AMISTADES ",

A MIS AMIGOS, A MI FAMILIA Y A
TODAS AQUELLAS PERSONAS CON LAS
QUE HE APRENDIDO A CONOCER, DIS-
FRUTAR Y DIFERENCIAR LO BUENO Y
MALO DE LA VIDA.

Y.... FINALMENTE A DIOS:
POR DARME MAS DE LO QUE MEREZCO.

I N D I C E

INTRODUCCION. - - - - -	00
CAPITULO I.	
EL DELITO.	
A) CONCEPTO. - - - - -	01
B) ASPECTOS POSITIVOS.- - - - -	10
C) ASPECTOS NEGATIVOS.- - - - -	45
CAPITULO II.	
DELITO DE ADULTERIO.	
A) DEFINICIONES. - - - - -	47
B) DESARROLLO HISTORICO.- - - - -	49
C) SITUACION ACTUAL.- - - - -	55
D) BIEN JURIDICO TUTELADO.- - - - -	62
CAPITULO III.	
DELITOS QUE TUTELAN LA LIBERTAD SEXUAL Y DILIGENCIAS BASICAS QUE PRACTICA EL MINISTERIO PUBLICO PARA LA COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD.	
A) ATENTADOS AL PUDOR.- - - - -	67
B) ESTUPRO.- - - - -	70
C) VIOLACION.- - - - -	73
D) RAPTO.- - - - -	78
E) INCRSTO.- - - - -	81
F) ADULTERIO.- - - - -	84
CAPITULO IV.	
HOMOSEXUALISMO Y LESBIANISMO.	
A) DIVERSAS CONDUCTAS SEXUALES.- - - - -	88
B) LA HOMOSEXUALIDAD Y SU HISTORIA.- - - - -	95
C) LA HOMOSEXUALIDAD EN RELACION CON LA MORAL, LA RELIGION Y LA LEY.- - - - -	105
D) LA HOMOSEXUALIDAD FEMENINA (LESBIANISMO)- - - - -	113
E) LOS HOMOSEXUALES Y EL MATRIMONIO.- - - - -	119
CONCLUSIONES. - - - - -	123
BIBLIOGRAFIA. - - - - -	126

INTRODUCCION

El homosexualismo y el lesbianismo, amor socrático y amor -- lésbico respectivamente, han existido desde el inicio de la humani-- dad, por lo cual éstas conductas han despertado interés en diferen-- tes estudios, los cuales han tratado de dar una explicación mental -- que podría ser psicológica, pero ésto no dá una respuesta exacta.

Pero es cierto que éste tipo de conductas, han existido en el transcurso de la humanidad, desde el antiguo Egipto, pasada por la an-- tigua Indú y llegando hasta la época de la Grecia antigua, en donde -- los más célebres filósofos, contando entre ellos a Sócrates y a Pla-- tón, entre otros; fueron sujetos que practicaban el homosexualismo, -- mismo que era enseñado en sus escuelas y practicado por sus discipu-- los.

Asimismo se tiene que en el Imperio Romano, mismo que dejó -- y aportó grandes logros y adelantos, dejando una huella en la cultu-- ra, se puede asegurar que entre sus emperadores, se practicaba el ho-- mosexualismo, mismo que se ponía en práctica dentro de las grandes -- orgías que se organizaban entre la clase alta de esa época, la cual, y en consecuencia de esas conductas, se tuvieron que dictar reglas -- y normas para castigar al homosexual y lésbicos, si éstos incurrían -- en algún ilícito con su conducta.

Tomemos en cuenta ésto para razonar que en el tiempo en que vivimos, las conductas homosexuales y lésbicas, son del todo vistas -- con normalidad, ya que en nuestra sociedad, en éste tiempo, no es --- algo que cause admiración que fulanito ó fulanita tenga éste tipo de desviación sexual, tratése de hombre ó de mujer, así como también se tienen noticias de que cierta personalidad es homosexual ó lesbiana, ya que ésto no tiene mayor relevancia, pero que sucede cuando una de éstas personas, al momento de llevar a la práctica sus tendencias ho-- mosexuales, comete un ilícito mismo que es castigado por la sociedad de acuerdo a nuestra legislación, la sociedad entonces se indigna y -- protesta el porqué están permitidas éstas conductas.

Respondiendo a ésto, la presente Tesis plantea el problema -- del homosexualismo y lesbianismo, al momento de que éstas conductas -- desviadas sean el motivo de la comisión de un ilícito, asimismo se -- plantea el problema que se dá cuando éstas conductas rebasan las buenas costumbres causando un daño moral al sujeto pasivo en su persona ó en su familia. -- Por lo que retomando el tema del homosexualismo y -- el lesbianismo, se aprecia que en un aspecto legal, los legisladores han tenido arduas discusiones sobre la penalización de éstas conduc-- tas, ya que debido a la libertad sexual, no existe penalización para una persona que es homosexual ó lesbiana, ya que éstas conductas no -- encuadran dentro de la tipificación penal para castigarlas.

Ahora bien, se ha llegado a la conclusión de que tanto el Ho-- mosexual como la lesbiana, ponen en práctica sus conductas desviadas

---para satisfacer sus necesidades biológicas ó en sus deseos sexuales, pero la realización de ésto no afecta el bienestar social.

En cambio cuando una de éstas conductas se transforma en delito, es cuando la acción penal aparece, castigando al sujeto que con su conducta ha afectado el bienestar social.

Más sin en cambio, existen conductas que no son castigadas a pesar de que éstas afectan ese bienestar social y familiar, refiriendome en especial a los actos de homosexualismo y lesbianismo, cuando se practican dentro del matrimonio.

Teniendo en cuenta ésto, que es lo que sucede si una persona que tiene éstas conductas (ya sea homosexualismo ó lesbianismo) contrae matrimonio, ya sea para disimular su conducta ó por el simple --- hecho de querer aparentar normalidad en el medio en que se desarrolla y no ser presa de críticas, pero una vez que se encuentran dentro del matrimonio, continúan teniendo relaciones sexuales fuera del matrimonio con personas de su mismo sexo, si se tratase de sujetos masculinos y en aspectos femeninos, teniendo entrevistas con personas de su mismo sexo, con la finalidad de lograr su satisfacción sexual plenamente, y por lo tanto engaña al cónyuge, mismo que al pasar el tiempo empieza a notar las desviaciones de su pareja.

En consecuencia, éste tipo de conductas pueden orillar a la - realización de ciertos patrones, en los cuales el homosexual ó la lesbiana, llegan al grado de realizar éstas conductas dentro del hogar - conyugal practicando sus juegos eróticos.

Esto conduce la mayoría de las veces, a la disolución del vínculo matrimonial, ya que éste tipo de conductas, en materia civil, es considerada dentro de la legislación como una causal de divorcio, --- pero penalmente hablando, que es lo que pasa, éstas conductas no están tipificadas dentro del ordenamiento penal mexicano y en consecuencia, se quedan sin castigo.- No obstante que el daño moral causado a la persona afectada es más grande que el que se causa cuando se trata de un adulterio.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede comparar una conducta homosexual ó lesbica que se practique dentro del matrimonio, con el - adulterio, ya que si bien una relación heterosexual fuera del matrimonio afecta gravemente al sujeto pasivo, siendo éste el cónyuge, en el aspecto moral; una relación desviada, ya sea homosexual ó lesbica, afecta tanto a la moral como a la familia y las buenas costumbres, por lo cual éste trabajo, trata de plantear éste problema, no de solucionarlo, pero sí de dar sugerencias y tratar de encuadrar esas conductas desviadas para la creación de un tipo penal y castigar las mismas siendo equiparadas con el adulterio con la finalidad de que no queden exentas de una penalidad dentro de nuestro ordenamiento penal.

CAPITULO I.

EL DELITO.

A) CONCEPTO.- En Derecho Penal, es la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la Ley bajo la amenaza de una pena ó sanción criminal.

Este concepto de delito, como ente jurídico derivado de los extremos exigidos por la Ley, para tener una acción u omisión criminalmente posible, difiere por supuesto del concepto del delito que -- pueda eventualmente utilizar, la creencia de la conducta ó la Sociología, así es distinto, por ejemplo; el hablarse de lucha contra el delito en que se alude manifiestamente el fenómeno social de la delincuencia ó criminalidad.

Nada tiene que ver tampoco éste concepto jurídico con el delito natural elaborado por los positivistas en un intento de fijar el contenido material del delito, ya que en todas las sociedades y en todos los tiempos, los juristas han seguido tratando de precisar, sin embargo, las características sustanciales que una determinada legislación ha tenido en cuenta para incluir una acción u omisión en el elenco de los hechos punibles, esfuerzo que difícilmente puede arrojar resultados claros debido a que esa selección proviene de un Juicio Valo-rativo basado ahora, en la naturaleza y en la entidad del bien jurídico, protegido ahora en el carácter irreparable de la lesión que es inferida a él, ahora; en las características especialmente odiosas de la forma de conducta incriminada y las demás veces en la concurrencia de más de uno de los factores señalados ó todos ellos.

De la definición formal ofrecida, surgen, tanto en el núcleo de la infracción como en dos caracteres a saber:

a) el mero pensamiento no es suceptible de castigo para que haya delito, es pues necesario, en primer término; que la voluntad Humana se manifieste externamente como una acción ó en la omisión de -- una acción, es frecuente abrazar la acción y la omisión;

----una acción , es frecuente abrazar la acción y la omisión bajo el común concepto de conducta, base y centro del delito; sin la cual éste es inconcebible, aunque esa conducta no pueda, en sí misma, ser rescindida, ya que aparece como conducta delictiva, es decir, por lo que hace al delito, dotada de ciertos caracteres que para efecto de analizar, se estudian por separado; éstos caracteres son la tipicidad la ilicitud ó antijuridicidad y la culpabilidad, pero antes de hacer referencia a cada uno de ellos, es importante tener presente que falta la conducta en la hipótesis de fuerza irresistible, en aquellas en que el acto no es voluntario ó ha ejecutado en estado de coacción de la conciencia por diversas causas.

b) La acción u omisión deben de ser típicas, ésto es; la conducta delictiva debe de ser descrita previamente por la Ley (TIPICIDAD), ésta descripción es el tipo medio del cual el Derecho se vale, en la parte especial de los Códigos Penales ó en las Leyes Penales, para individualizar los conductos punibles, los tipos son predominantemente descriptivos y comprenden en las descripciones, contenidos -- tanto objetivos como subjetivos.

La tipicidad de la acción u omisión no se dá cuando en el -- hecho realizado falta alguno de los elementos objetivos del tipo a todos ellos, cuando por error de tipo desaparece el dolo sin dejar un remanente culposo y cuando están ausentes algunos de los demás elementos subjetivos requeridos por el tipo en su caso.

Las acciones u omisiones típicas deben, en seguida; para constituir el delito, ser antijurídicas, ésto es, hallarse en contradicción con el Derecho.- Tal ocurre cuando no existen en el Ordenamiento Jurídico , tomando en conjunto preceptos que autoricen ó permitan la conducta de que se trate, autorizaciones ó permisos que reciben el nombre de CAUSAS DE JUSTIFICACION y entre éstas cuéntese la LEGITIMA DEFENSA, ESTADO DE NECESIDAD, CUMPLIMIENTO DE UN DEBER y el EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO.

Las acciones y omisiones típicas y antijurídicas deben finalmente, para constituirse en delito, ser culpables; es decir, deben poder reprocharse personalmente a quien le ha afectado.

Para que ese reproche tenga lugar, debe el sujeto, a quienes se dirige, ser imputable, haberse hallado en la posibilidad de comprender el carácter ilícito de su acto y haber obrado en circunstancias que hayan hecho exigible una conducta conforme a Derecho.

La culpabilidad se excluye, por tanto, por imputabilidad del sujeto ó por haber obrado éste, en virtud de error de prohibición ó en condiciones de no poder exigírsele otra conducta adecuada a Derecho.

De lo anteriormente dicho, se aprecia que la culpabilidad presupone a la antijuridicidad del hecho y que ésta a su vez, implica a la tipicidad del mismo, por lo que tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son caracteres ineludibles de todo delito.

El delito doloso, puede ser tentado ó consumado, legalmente se dice que hay tentativa en el comienzo de la ejecución de un delito que no llega, sin embargo; al consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente, se convierte en delito consumado.

Ahora bien, el delito se entiende formalmente consumado en el momento en que concurren todos los elementos que integran su descripción legal.

Salvo el caso en que el tipo ó figura del delito, implique la necesaria concurrencia de más de un agente como por ejemplo; en el delito de adulterio, el delito doloso puede cometerse por una persona ó, en general por varias personas eventualmente.- En éste concurso, no necesario, sino eventual de varios sujetos; alguno ó algunos de ellos pueden tener intervención directa ó ejecutoria y otros, la intervención de instigación ó auxilio.

Además de la concurrencia ó concurso de varias personas en la comisión de un delito, puede darse el concurso de varios delitos que son cometidos por una misma persona, éste concurso puede ser real ó material ó bien concurso material, se dice ideal.- El primero que el Código Penal llama acumulación, se produce cuando se juzga al sujeto por varias acciones delictivas independientes, y el segundo, --- cuando un sólo acto viola simultáneamente varias disposiciones penales.

Los delitos se agrupan en la parte especial de los Códigos Penales de acuerdo al bien jurídico que ofenden, ésto se refiere; al correspondiente interés de la vida colectiva protegido por la Ley Penal.

Tenemos así que el Código Penal agrupa a los delitos de acuerdo al bien jurídico tutelado, ordenándolos de la siguiente manera:

Título 1o. " Los delitos contra la Seguridad de la Nación."

Título 2o. " El Derecho Internacional."

Título 3o. " La Humanidad."

Título 4o. " La Seguridad Pública."

Título 5o. " Las Vías de Comunicación y Correspondencia."

Título 6o. " La Autoridad."

Título 7o. " La Salud."

Título 8o. " La Moral Pública y las Buenas Costumbres."

Título 9o. " Los Delitos de Revelación de Secretos."

Título 10o. " Delitos realizados por los Funcionarios Públicos."

Título 11o. " Delitos contra la Administración de Justicia."

Título 12o. " Los cometidos en el ámbito de la Responsabilidad Profesional."

Título 13o. " Los Delitos de Falsedad."

Título 14o. " Los Delitos contra la Economía Pública."

Título 15o. " Los Delitos Sexuales."

- Título 16o. " Los Delitos contra el Estado Civil."
Título 17o. " Los Delitos en materia de Inhumación y Exhumación."
Título 18o. " Los Delitos contra la Paz y la Seguridad de -- las personas."
Título 19o. " Los Delitos contra la vida y la integridad --- corporal."
Título 20o. " Los Delitos contra el Honor."
Título 21o. " Los que importan Privación ilegal de la libertad y de otras garantías."
Título 22o. " Los Delitos contra el Patrimonio."
Título 23o. " El Delito de Encubrimiento."

Además de ésta clasificación de las infracciones de acuerdo al bien jurídico contra el cual se dirigen, mencionaremos las más importantes clasificaciones de los tipos, realizadas desde diferentes puntos de vista.

Aparte de la distinción entre delitos de acción y delitos de omisión, entre delitos dolosos y delitos culposos, hay que diferenciar los delitos de daño ó de lesión de los delitos de peligro, de acuerdo en que en el hecho delictuoso, lo que importa es el bien jurídico tutelado.

Se habla, desde otro punto de vista de delitos básicos y de delitos clasificados ó privilegiados.- En los primeros, el tipo establece el concepto fundamental de la conducta que se sanciona, de la cual, los clasificados acueñan una modalidad más grave, y en los segundos; esa modalidad es más leve, ésto es; los delitos privilegiados acueñan una modalidad más leve.

Asimismo y por la forma de consumación , tenemos que existen delitos instantáneos que son aquéllos que se consuman en un sólo elemento, y los contínuos que son aquéllos que se prolongen sin in---

-----interrupción por más ó menos tiempo, la acción u omisión que los constituyen.

Esta distinción es de suma importancia para apreciar la actualidad de la agresión en la fuerza legítima, para dar computo del plazo en la prescripción y para ciertos fines procesales.

El delito permanente ó continuo no debe confundirse con el continuado con una serie de conductas que configuran una consumación.

Finalmente cabe mencionar aquí, la distinción entre delitos comunes cuyo sujeto activo posible, es cualquier persona, y delitos especiales ó propios en que esa posibilidad esta reservada sólo a un círculo determinado de personas, como es el caso del delito de Traición a la Patria, que en nuestro país sólo puede cometerlo un mexicano, también esta distinción jurídicamente significativa, se dice también esta la distinción jurídicamente significativa en diversos respectos, sobre todo en materia de participación.

Etimológicamente la palabra DELITO proviene del latín "DELICTUM", expresión de un hecho antijurídico y doloso castigado con la pena.

El catedrático español Luis Jiménez de Asúa, ha difundido -- una definición técnico-jurídica muy completa. Estima delito, el acto típico, antijurídico, imputable y culpable, que es sancionado con una pena y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad, por lo -- que se parecía lo siguiente: el acto abarca tanto a la acción como a la omisión, formas ambas de manifestación espontánea y motivada de la voluntad.- La manifestación voluntaria ha de originar un resultado, y entre aquélla y éste, ha de haber necesaria relación de causalidad.

Para que ese acto humano y con un efecto, resulte delictivo, ha de estar descrito en el Código Penal para la entidad correspondiente ó en cualquiera otra norma vigente, además de ser represivo ha de ser típico. Por otro lado, aún inserto un acto típico en la Ley, pue-

-----puede no ser delito siempre y cuando no sea antijurídico, -- ya que la muerte de un semejante puede encontrarse plenamente justificada, como en la guerra, en la legítima defensa ó la muerte de un reo condenado.

Entre otras definiciones de delito, cabe citar la de Carrara: " La infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo ó negativo moralmente imputable y políticamente dañoso."

La de Ferri: " Acción punible determinada por móviles individuales y antisociales que perturban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un pueblo dado y en un momento determinado."

La de Carmignani: " Acto humano contrario a la Ley."

La de Garófalo, referida al llamado por el delito natural: - " La violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida en que son poseídos por una sociedad determinada."

En el Código Penal argentino, no existe definición del Delito y por tal ha de tenerse a las figuras, se dice, a cada una de las figuras enumeradas en el articulado enumerado por el mismo.

Asimismo el Código Penal de Uruguay, define al delito de la siguiente manera: " En todo delito se dá un sujeto, el que quebranta la norma jurídica positiva; el delincuente, un objeto, el derecho --- violado y un fin; la perturbación del orden jurídico."- Siempre dentro del delito como fenómeno jurídico, se caracteriza también, basándose en tres elementos a saber:

- a) un hecho exterior que viole un derecho ó un deber previamente establecido por el legislador,
- b) uno ó varios sujetos autores del acto, y
- c) un vínculo moral que enlace al autor con su hecho.

Existe una gran diferencia entre el delito concebido dentro del Derecho Penal y dentro del Derecho Civil.

En el primero se requiere de una norma positiva establecida por el legislador, y la lesión jurídica causada por el delincuente, mientras que en el Derecho Civil, conforme a la definición del artículo 1072 del Código Civil Argentino, se llama delito al "acto ilícito ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar a la persona ó al derecho."-

Por lo anterior, se necesita, entonces, examinar el delito tanto desde el punto de vista de la legislación penal como desde el punto de vista de la legislación civil.

Ambos se unifican por exigir un daño, una intención y una acción u omisión, pero el Derecho Penal impone la existencia de una norma previa, infringida por el delincuente ó que describa su acto y la pena, por el contrario; al Derecho Civil le basta con la intención de dañar, aunque no este descrita en texto alguno, la forma empleada ó el caso concreto.

Vela aquél por el interés social, es decir; el Derecho Penal vela por el interés social, y en cambio, el Derecho Civil tiene presentes los intereses privados ó particulares.

Los delitos penales pueden dividirse:

- a) en relación con el sujeto activo, en individuales, colectivos, comunes y especiales,
- b) con respecto al sujeto pasivo, en personales, estando en el primer grupo los comprendidos como el homicidio, el rapto, el hurto, etc.; y en el segundo, la rebelión, la sedición, etc.,
- c) por el elemento material, en materiales, formales, instantáneos, continuos, consumados, tentados y frustrados,
- d) por el elemento jurídico objetivo, en simples y complejos, según lesiones, un sólo derecho (homicidio, estafa) ó violen más de una

----- norma con un sólo acto (el que incendia para robar),
e) según el procedimiento, en privados y públicos, y
f) por el criterio legal, variable de un ordenamiento nacional a ----
otro. (1)

(1) Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta.
Buenos Aires, Argentina, 1979, pag. 129.

B) ASPECTOS POSITIVOS DEL DELITO.

1) CONDUCTA.- Def. lativ. conducta conducida, guiada.- La palabra " CONDUCTA " en el uso general, es lo suficientemente ambigua como para designar actividad, y en éste sentido amplio se aplica tanto a objetos animados como inanimados, pero hay que reconocer que la extensión a los últimos, constituyen analogía antes que aplicación estricta del término.

Hablar de conducta de seres animados como animales y plantas por ejemplo, es también discutible en algún sentido.

Sin embargo, Escuelas Psicológicas como el conductismo ó behaviorismo, igual que las corrientes de la Etología moderna, tiende a suprimir tales restricciones en el uso del término " conducta ".

Así, Ainer ha afirmado que la " topografía general de la conducta operativa, no es importante ya que estén condicionados, la mayoría sino es que todos, los determinados operativos específicos, - por lo que sugiero que las propiedades dinámicas de la conducta operativa, se estudien con un sólo reflejo."- (2)

(2) Citado por Villalobos, Ignacio. " Derecho Penal Mexicano." Editorial Porrúa. México, 1961. Segunda Edición, pag. 93.

Por otro lado, y desde su particular enfoque de las disciplinas y las anti-disciplinas, el sociólogo Wilson afirma: " La reducción es el instrumento tradicional del análisis científico, pero se le teme y se le resiste.- Si la conducta humana puede reducirse y determinarse en gran medida por las leyes biológicas, entonces la humanidad podría parecer menos única y hasta ese punto deshumanizada.; Pocos científicos sociales eruditos en las humanidades, están preparados para entrar en dicha conspiración y muchos menos a ceder algo de su territorio, pero ésta percepción que iguala el método de reducción con la filosofía de la disminución, está completamente equivocada..... .".- (3)

Desde otro ángulo, cuestiona Winch, el uso extensivo de la palabra conducta; "...supongamos que "N" enseña a su perro a abstenerse de comer un terrón de azúcar que se balancea frente a su nariz hasta que "N" profiere una orden dada.- El perro adquiere una propensión a responder de determinada manera a las condiciones de "N", tenemos -- aquí un caso cuya índole encaja razonablemente bien con la apreciada categoría estímulo-respuesta de los conductistas.- No obstante, "N", - que es un simple amante de los perros y no un científico, piensa sin duda en forma diferente, dice que el perro aprendió un truco, éste -- modo de hablar es digno de tenerse en cuenta, porque abre la puerta a la posibilidad de evaluar el desempeño del perro en términos que no pertenecen en absoluto a la serie de conceptos estímulo-respuesta.-

El puede ahora decir que el perro hizo el truco correcta ó -- incorrectamente, pero es importante señalar que es un modo de hablar -- antropomórfico; ya que requiere una referencia a actividades humanas y anormas, que aquí se aplican a los animales por analogía.-

La relación del perro con los seres humanos, es lo único que hace inteligible la afirmación de que ese animal ha dominado un truco, ninguna descripción, por más detallada que sea, en relación a la conducta canina, es completo aislamiento de los seres humanos, puede aclarar lo que vale ese modo de hablar.".- (4)

Winch compara éste caso con el aprendizaje de un alumno respecto a la sucesión de números naturales, en la cual; aprender significa poder seguir " haciendo lo mismo " que el maestro, pero al mismo -- tiempo, algo distinto.- Esto es, " hacer lo mismo ", consistiría en -- " seguir del mismo modo ", (seguir la regla) y hacer algo diferente es, justamente, escribir cifras que nunca fueron expuestas, dado que se -- concede la regla y afirma: " pero mientras que la adquisición de un hábito, por parte de un perro, no incluye en ninguna comprensión de lo - que se quiere decir, que él ha adquirido una regla."-(5)

(3) Citado por Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino.

Tipografía Argentina, 1951. 3a. Edición, pag. 96.

(4) Citado por Gómez Eusebio. Leyes Penales Anotadas.

Editorial Edior, Buenos Aires, Argentina 1953.

Segunda Edición, pag. 83

(5) Citado por Gómez, Eusebio. Op. Cit. pag. 94.

Podemos decir, que la experiencia pasada, resulta relevante para nuestra conducta actual sólo porque las acciones humanas ejemplifican reglas.- Si sólo fuera una cuestión de hábitos, entonces nuestra conducta actual podría estar influenciada, sin duda, por el modo en -- que hayamos actuado en el pasado, pero ésta sería solamente una influencia casual.- El perro responde ahora a las órdenes de "H", de una -- determinada manera a causa de lo que le ocurrió en el pasado, si se me dice que continúe la serie de números naturales, después de cien continuos, de una manera determinada a causa de mi entrenamiento anterior.-

Sin embargo, la frase " a causa de ", se usa en forma diferente en éstas dos situaciones: el perro fué condicionado para responder de un modo determinado, mientras que yo sé la forma correcta de continuar sobre la base de lo que se me ha enseñado.-

Esta condición se cumple, sólo si el sujeto puede defender -- lo que hizo cuando le argumentan que debía haber hecho algo diferente, ó al menos debe poder comprender que hubiéramos sido actuar en forma diferente.- El perro que acita un terrón de azúcar frente a su nariz, en respuesta a la órden de su amo, no tiene ninguna idea de lo que sería responder de una manera distinta porque no tiene ninguna idea, en absoluto, de lo que está haciendo.- Por lo tanto carece de alternativas regpecto de lo que hace, sólo responde a los estímulos adecuados. Un hombre honesto puede contenerse y no robar dinero, aunque le resulte posible hacerlo sin dificultades y, además, lo necesita con urgencia; no -- es necesario que nunca se le ocurra pensar que puede actuar de otra manera. Sin embargo, tiene la alternativa de actuar de otro modo, porque comprende la situación en que está y la naturaleza de lo que está ha--ciendo ó conteniéndose de hacer. Comprender algo significa también comprender lo opuesto: Yo comprendo lo que es actuar en forma honesta, -- justo en la medida y nada más en ella, de igual forma comprendo lo que es actuar en forma deshonesta. He aquí el porqué la conducta es un producto de la comprensión, y sólo esa conducta es aquélla para la cual -- existe una alternativa.

Pero no sólo se ha polemizado en cuanto a la posibilidad de reducir ó generar, según el punto de vista, un abismo entre conducta animal y conducta humana, sino también entre actividad humana interna y externa, y también entre actividad humana que no es conducta (actos, reflejos, etc.) y actividad humana a la que se asigna voluntad y que en tal sentido se denomina conducta.

En el campo del Derecho Penal, también se discute el significado del término y la conveniencia de su aplicación. Soler se opone a su utilización, argumentando que " la expresión conducta, importa una referencia amplia e indeterminada del comportamiento ordinario y general del sujeto.- La conducta, más que una acción, es una especie de promedio ó balance de muchas acciones, y por eso, adoptar esa expresión para definir el delito, resulta equívoco y, por lo tanto, peligroso políticamente."-

Jiménez de Asúa también se opone: " No aceptamos el vocablo conducta, porque ésta se refiere más bien al comportamiento, a una actuación más continuada y sostenida que la del mero " acto psicológico" que, como veremos; es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. "-

Jiménez Muerta, por el contrario, se muestra partidario de su utilización: " la palabra conducta, metafóricamente aplicada, es una expresión de carácter genérico, significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano.- Frecuentemente suelen emplearse las palabras "acto", "hecho", "actividad" ó "acción" para hacer referencia al elemento fáctico.- Nosotros empero, preferimos la expresión "conducta", no solamente por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual, las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar mejor el sentido y el fin que es forzoso buscar en la acción ó en la inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integra un comportamiento típico.- Dicha expresión gramatical es, en efecto, lo -

----- suficientemente amplia para recoger en su contenido y con --- exactitud, las diversas formas en que el hombre manifiesta externamente su voluntad, ésto es, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular , como aquéllas que implican inactividad, inercia ó --- inacción.- Resulta paradójico que ésta segunda forma , que puede revertir el comportamiento típico caracterizada por una inactividad ó ausencia de acción, forme parte de un concepto general denominado " acción ó actividad ".- En la expresión conducta, entendida como modo ó forma de manifestarse el externo comportamiento típico, quedan comprendidas tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad.- Implica entonces, un superior concepto de genérica significación, idóneo para abarcar las diversas formas en que típicamente se plasma la voluntad de los hombres."- (6)

(6) Jiménez Huerta, Mariano. Citado por Villalobos, pag. 94

Porte Petit, distinguiendo entre hecho y conducta, ambos --- elementos objetivos del delito, " según la descripción del tipo ", con sidera que: " el término conducta es más adecuado para abarcar la acción y la omisión, pero nada más.- Es decir, dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho , que como exponemos más adelante, se forma por la concurrencia de la conducta (acción u omisión) del resultado material y de la relación de la causalidad.- La conducta sirve para designar el elemento objetivo del delito, cuando el tipo exige -- como núcleo, una mera conducta.".- Y añade que: " el Código Penal, al reglamentar la conmutación (artículo 74) alude a " los móviles de su - conducta."-(7)

(7) Porte Petit, Celestino. Citado por Villalobos, pag. 94

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, agregamos nosotros, también se utiliza la expresión "mala conducta" -- como causal de destitución de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el artículo 3o., párrafo 5o.; pero lo cierto es que en el Código Penal ó en la Constitución antes señalada, se utilizan con mayor frecuencia y en el mismo sentido, expresiones tales como acción, omisión, hecho y acto, artículos 7o., 12o., 13o., frac. IV, -- 15o. frac. II. etc. del Código Penal y artículos 14o. párrafo segundo, 16o., 20o. frac. III, 28o. párrafo segundo y 2o. párrafos segundo y -- quinto.-

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha -- considerado que " dentro del significado de la palabra conducta, debe entenderse el comportamiento corporal voluntario ", según cita de Porte Petit, aunque en otras ocasiones particularmente en lo referido a -- condena condicional, la conducta aparece como un conjunto de acciones valoradas unitariamente que permiten caracterizar el comportamiento general de un sujeto.-

La conducta, elemento del delito, y en éste sentido como género de la acción y de la omisión, tiene mayor ó menor alcance, según las distintas teorías del delito.- Para los autores que siguen el concepto casual de acción, la conducta comprende la voluntad, la actividad; y, en el caso de la omisión, el deber jurídico de abstenerse.-

Pero la voluntad que se toma en cuenta, en éste caso; es una voluntad como causa del hacer u omitir externo, y no la voluntad como efecto de una decisión finalista.- En cambio, para la teoría finalista del delito, la conducta es tomada en cuenta desde el punto de vista de una actividad dirigida a su meta por la voluntad.-

También es casual la llamada " concepción finalista de la acción ", pero en ella, ésta no es causa, sino efecto y por lo tanto; el "dolo" ó la finalidad lícita, aparece en los delitos dolosos ó culpoo--sos, respectivamente, como uno de sus elementos.-

Aunque el finalismo pretende que con ello se logre un concepto de acción (conducta) ontológico ó perjurídico como objeto de regulación del Derecho Penal, lo cierto es que jurídicamente la conducta como contenido de normas, se estructura según su peculiar y propia realidad.-

El error del causalismo, por su parte, ha sido el de discutir la cuestión en el plano de lo perjurídico ó naturalístico, ello es un error porque la "voluntariedad de la conducta", más que confirmación empírica de un fenómeno, es el sentido de la imputación jurídica.

En otras palabras, la conducta, vista desde el ángulo de una interpretación causal, constituye un objeto de conocimiento distinto - al de la conducta como objeto de conocimiento bajo un esquema de interpretación normativo.-

Desde el último punto de vista, acción y omisión constituyen conceptos intercambiables y por lo tanto reductibles, mientras que -- desde un enfoque naturalístico ó causal, tal cosa no es posible.-

2) ANTIJURIDICIDAD.- Calidad de ciertas conductas que no cumplen con lo prescrito por la norma jurídica que las regula.- Dependiendo del concepto de Derecho que se adique, pueden ser sinónimos "injusto" (si se piensa que derecho y justicia son esencialmente iguales) e "ilícito" (si se concibe sin una connotación de ataque a la moral, además del derecho).- Tradicionalmente se ha concebido a la antijuridicidad como lo contrario de derecho, ésto se dá por una necesidad lógica, para que una acción pueda ser clasificada como lícita, (adecuada a la norma jurídica que la regula) ó como ilícita, (violando la norma jurídica).-

Eduardo García Maynez señala: "son lícitas las conductas que ejecutan lo ordenado, omiten lo prohibido u omiten ó ejecutan los actos notestativos, (no ordenados ni prohibidos) mientras que son ilícitas las que omiten un acto ordenado y las que ejecutan uno prohibido.- (8)

Hans Kelsen, ataca la concepción tradicional de la palabra - antijuridicidad (contraria ó violatoria del Derecho) indicando que ésta proviene de una concepción estrecha del Derecho, que sólo toma en cuenta a las normas secundarias, (en el sistema kelseniano, norma secundaria es aquélla que contiene la conducta debida que evita la sanción) y no a la norma primaria, (aquéllas que contienen el orden de aplicación de la sanción por cargo de un órgano que la aplica).-

Indica, además; que contrariamente a lo que se piensa, no es ilícito lo que provoca que un acto tenga sanción, sino que es la sanción lo que provoca que un acto sea ilícito.- La primera postura indicada, proviene de una concepción ius-naturalista, donde se pretende -- que las conductas sean buenas ó sean malas, justas ó injustas.- La acción no es necesariamente algo inmoral, pues lo que puede ser ilícito - (entijurídico) en un sistema moral, puede no serlo en otro.-

La ilicitud debe ser considerada por los juristas independientemente de que acenten ó no su utilidad.-

" Si en visto así el Derecho, ya no es posible hablar de antijuridicidad como contrario ó violatorio del Derecho, pues la aplicación de la sanción, es un acto prescrito en la norma.- En consecuencia, la ilicitud es sólo una de las condiciones para que el Estado aplique la sanción, ya sea penal ó civil según sea el caso. ".- (9)

(8) García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa, México 1989. 40a. Edición, pag. 214.

(9) Kelsen, Hans. Citado por García Maynez, pag. 216.

Ahora bien, en el Derecho Penal, algunos autores sostienen - que la antijuridicidad es uno de los elementos del delito, éstos autores definen al delito como la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, (no existe un criterio uniforme sobre el número de elementos) otros sostienen que darle a la antijuridicidad una característica - de elemento de delito, resulta redundante, ya que el legislador, al se- ñalar en su catálogo de tipos a cierto delito, le dió ya la caracte- rística de ilícito.-

Es interesante destacar que algunos autores, entre ellos Ce- lestino Porte Petit, definen a la antijuridicidad indicando que una -- conducta es antijurídica cuando no se prueba una causa de justifica- ción, es decir; la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejerci- cio de un derecho, el cumplimiento de un deber, el procedimiento legíti- mo ó el consentimiento del interesado.-

3) **TIPICIDAD.**- La expresión "tipo", es usualmente utilizada por la Doctrina para aludir a la descripción de una conducta prohibida que es realizada por una norma jurídico-penal, en tanto que la tipici- dad, es entendida como la característica de una acción de adecuarse -- a una disposición legislativa.-

Por ello, en Derecho Penal se dice que un comportamiento es típico cuando se coincide con lo previsto en un tipo penal, así como - por ejemplo; la acción de privar de la vida a otro, es típica, pues es exactamente la descripción del delito de homicidio. (artículo 302 del Código Penal vigente en la Entidad).-

Es evidente, en consecuencia; que aún cuando las expresiones tipo y tipicidad son conceptualmente diversas, deben ser tratadas con- juntamente , ya que son notoriamente interdependientes.-

Existe consenso en admitir que el origen histórico del con- cepto, corresponde a Heling, quien re-elaboró un esquema antes formula

-----do por Binding, para poder interpretar lo dispuesto en el -----
artículo 59 del Código Penal Alemán de 1871.-

Binding había distinguido dos aspectos esenciales de la ---
Ley Penal, el precepto, es decir; la norma que establece la pena, y la
sanción, que comprendía los elementos determinantes de la punibilidad.

Lo anterior lo condujo a concluir: " que el delincuente no -
obra contra la Ley, sino contra la norma que lógicamente le precede. El
delincuente hace exactamente lo que dice la Ley, (mata a otro) pero al
obrar en esa forma, viola la norma que prohíbe matar, por lo mismo lo
violado es la norma y no la Ley penal."- (10)

Basado en éste precedente teórico, Binding afirmó: "en toda -
acción contraria a Derecho, existe conceptualmente un momento previo -
en que la conducta coincide con la descripción contenida en la Ley", y
por ello sugirió: "diferenciar los niveles de análisis que hasta enton-
ces eran realizados bajo el común denominador de la anti*juridici*-----
dad."- (11)

Para poder verificar si una acción es contraria a la norma,
es preciso, brevemente, constatar si coincide con lo que dice la Ley,
y es precisamente a esa característica de la acción de poder ser sub--
sumida en la descripción legal, a lo que Binding llamó Tipicidad, por -
lo que es viable analizar si la conducta es anti*jurídica* (contraria a
la norma) lo que depende de la inexistencia de alguna ó algunas cau---
sas de justificación.-

(10) Citado por Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal.
Editorial Trillas, México 1990.
Segunda Edición, pag. 156.

(11) Citado por Márquez Piñero. Op. Cit., pag. 156,

Beling distinguió entonces, dos condiciones de punibilidad:

a) aquéllas que necesitan ser conocidas por el autor, para fundamentar la imposición de una pena, que son precisamente las que pertenecen al tipo y por lo mismo deben ser captadas por el dolo, y, b) aquéllas otras respecto a las cuales un error resulta irrelevante, pues no necesitan ser conocidas por el delincuente.- Estas últimas, quedan fuera del ámbito del tipo y por ello no necesitan ser captadas por el dolo.- (12)

La teoría de Beling, permitió precisar en un primer momento; el concepto de "tipo", al limitarlo a un sólo de los presupuestos de la pena, dando origen al esquema que para la sistematización del delito, ofreció el positivismo y que hoy se conoce como Teoría Clásica.-

Este modelo permitió una ordenación conceptual en la que cada eslabón de la teoría del delito, mantuvo independencia: "la acción concebida como elemento natural, el tipo como juicio de adecuación meramente descriptivo, la antijuridicidad como valoración referida a la parte externa de la conducta, y la culpabilidad, finalmente como elemento que permitía valorar la parte interna (ánimica) del comportamiento."- (13)

Los factores que gravitaron fueron múltiples y complejos por lo que sólo se aludirá a los más relevantes.-

(12) Citado por Márquez. Op. Cit., pag. 157

(13) Op. Cit., pag. 194

Hubo en primer lugar, la necesidad de adecuar el esquema original antes descrito, al poner de manifiesto que no necesariamente todos los tipos penales presentan una estructura meramente descriptiva.- Algunos textos legales describen la prohibición, incorporando elementos que exigen valoraciones normativas ó culturales, (elementos normativos del tipo) en tanto que otros exigen que el autor oriente su comportamiento en función de una especial finalidad, (elementos subjetivos del tipo) ejemplo: de lo primero se observa la necesidad de que la cosa sea ajena en el tipo, artículo 367 del Código Penal, y de lo segundo, en el propósito de satisfacer un deseo erótico sexual en la descripción que del rapto formula el artículo 267 del mismo ordenamiento. Influyó también la evolución de la teoría de error en general, y más específicamente, algunas construcciones orientadas a asimilar el error de prohibición al tipo, adjudicándole similares efectos exculnantes.-

Se observa un progresivo proceso de aproximación entre el tipo y antijuridicidad en las sistematizaciones posteriores al positivismo legal, cuyas manifestaciones más significativas fueron la idea de que la tipicidad era razón de ser del injusto y la teoría de los elementos negativos del tipo.

La innovación más relevante de consecuencias más perdurables fue realizada por el finalismo, fundamentalmente por efecto de la reformulación del concepto y la reubicación sistemática del dolo en el ámbito del tipo.

La doctrina contemporánea nos propone una noción de tipo sistemático comprensiva de un tipo objetivo integrado por elementos objetivos y normativos, y un tipo subjetivo exclusivamente integrado por elementos referidos a la parte interna del comportamiento, de los que el dolo es el de mayor relieve.

La Teoría del Tipo Penal, fué receptada en la Dogmática Penal Hispanoamericana por la obra de Jiménez de Asúa, quien desde 1930, propuso adotar el sistema de Beling, sin embargo, su desarrollo sufrió algunas modificaciones como consecuencia de que los autores españoles y latinoamericanos la destinaron prioritariamente a cumplir funciones distintas para las que fué originalmente concebida.-(14)

Consecuencia de lo anterior, fué la tendencia a rescindir a la teoría del tipo, del sistema del error, vinculándola al principio de legalidad, es decir; a la garantía constitucional que se consagra en la " Maxima Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege.".-

En realidad éste principio puede identificarse con la tipicidad, pues la garantía no sólo exige que la conducta prohibida esté brevemente descrita en la Ley, sino que requiere que todas las condiciones de punibilidad, estén expresadas en la Ley antes de la comisión del delito.-

Consecuencia del proceso aludido, es que la literatura jurídico-penal, ofrezca más de un concepto de tipo, cada uno de los cuales difiere a su contenido, así como él, la función que se le adjudica.-

La Noción de tipo-garantía, es utilizada para relacionar la idea de tipicidad con el principio " Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege:", en cuya virtud sólo pueden ser sancionadas aquéllas conductas que han sido brevemente previstas por la Ley y combinadas con pena.-

La fuente normativa de éste principio de legalidad, se encuentra en lo previsto por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.-

(14) Jiménez de Asúa, Luis. Ley Penal.
Editorial Ediar, Argentina, Buenos Aires 1954.
Tercera Edición, pag. 184.

Es éste concepto más amplio del Tipo, ya que como se ha mencionado con anterioridad, necesariamente la garantía de legalidad se proyecta sobre todos los presupuestos de la pena.- Consiguientemente, ésta noción amplia del tipo, no puede diferenciarse del concepto de delito.-

La noción de tipo-sistemático, ha sido consecuencia de la elaboración que la Doctrina ha formulado en el seno de la Teoría del Delito, aludiendo a una sola de las características que la acción debe presentar para que se pueda aplicar una pena.-

Se trata de un concepto más restringido que el anterior, --- ya que sólo alude a un elemento del delito y no comprende a los demás presupuestos de la pena.- El concepto de tipo-sistemático, es conceptualmente breve e independiente a los de antijuricidad y culpabilidad y por lo mismo no los comprende.-

La noción del tipo del error, es aún más restringida, ya que se limita a comprender los elementos externos que deben ser captados por el dolo y respecto de los cuales un error es relevante.-

Como se dice, por ejemplo; que el autor obró con dolo en la medida en que tuvo conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo, se está haciendo referencia a éste último concepto.-

Corresponde aclarar en función de lo referido, que las precisiones conceptuales y relativas a la estructura del tipo penal, como las que formulan a continuación, están exclusivamente referidas al tipo-sistemático.-

Como consecuencia de los aportes del finalismo, en cuya virtud se puso de manifiesto que el juicio de subsunción que caracteriza la adecuación típica, no puede quedar reducido al análisis de la parte externa del comportamiento, corresponde distinguir, en el tipo-sistemático de los delitos dolosos, entre tipo objetivo y tipo subjetivo.-

El tipo objetivo comprendería todos los elementos descriptivos y normativos, previstos en la descripción legal, el subjetivo estaría integrado por el dolo y, en su caso, por los llamados elementos -- subjetivos del tipo.--

El tipo objetivo incluye elementos descriptivos que son ---- aquéllos que pueden ser captados por medio de los sentidos, y normativos respecto de los cuales es necesaria una valoración jurídica ó cultural.--

El más importante de los elementos descriptivos del tipo objetivo, es la acción, usualmente denominada núcleo del tipo y frecuentemente expresada por medio de un verbo consignado por el legislador, (apoderarse, engañar, matar, etc.).--

Es además frecuente, que el legislador exija la concurrencia de ciertas modalidades, entre las que se pueden mencionar algunas referencias , como por ejemplo:

- a) a la víctima, como es el caso del tipo de estupro, que --- exige que la persona ofendida sea "mujer",
- b) al lugar en que la acción debe ser realizada, como el robo en lugar cerrado,
- c) al objeto, como el robo en donde se señala el apoderamiento de una cosa mueble,
- d) al tiempo, como el infanticidio cuyo tipo está limitado a causar la muerte de una persona dentro de las 72:00 horas del nacimiento, y
- e) al medio empleado por el autor como por ejemplo: la seducción ó el engaño.

Algunos autores aluden a referencias al sujeto activo, en el caso de tipos que sólo ciertas personas pueden cometer, como es el caso del peculado, que únicamente puede ser cometido por un Servidor Público.-- Sin embargo, la Doctrina dominante aprecia que la calidad del autor, (sujeto activo) en los llamados delitos especiales, no es una mo

-----dadidad del tipo, sino un elemento del deber jurídico.-

El ejemplo de un elemento normativo lo ofrece el tipo relacionado con el robo, el cual lo describe el Código Penal como el "apoderamiento de una cosa ajena", lo que exige una valoración jurídica.-

En otros casos se advierte la presencia de elementos normativos, al requerirse valoraciones de índole cultural, como el requisito en el delito de estupro, de que la víctima sea casta y honesta.-

El elemento principal del tipo subjetivo, es el dolo; sin embargo, en algunos casos, la descripción alude a una especial finalidad en el autor, (sujeto activo) como cuando la consumación del rapto, se condiciona a que el autor (sujeto activo) haya querido satisfacer un deseo sexual ó casarse con la víctima.-

4) CULPABILIDAD.- Definición: (De culpable, calidad de culpable y culpable del latín "culpabilis". Aplícase a aquél a quien se puede hechar ó hecha la culpa. Delincuente responsable de un delito.-

Concepción Dogmática: si bien la problemática de la culpabilidad es muy antigua y todos los autores penalistas se han ocupado de ella, su concepto y sistematización tal como actualmente se entiende, es de reciente data.- Es apenas a partir de mediados del siglo pasado, con Merkel y Binding, cuando encontramos planteamientos de ella, semejantes a los que modernamente se hacen. En el desarrollo de la dogmática jurídico-penal moderna, cuyo incuestionable iniciador fué Franz Von Liszt (1881), dos han sido fundamentalmente los conceptos que se han elaborado de la culpabilidad, uno psicológico y el otro normativo, que aún se mantiene en nuestros días y a su vez, han dado origen a dos teorías correspondientes, siendo el segundo, el de mayores transformaciones, ha experimentado sobre todo a raíz de la teoría de la acción finalista de Welzel."- (15)

(15) Citado por el Diccionario Jurídico Mexicano.
Editorial U.N.A.M., México, 1985, pag. 344.

La concepción psicológica de la culpabilidad, que se corresponde con el naturalismo causalista y se fundamenta en el positivismo del siglo XIX, parte de la distinción tajante entre objetivismo y subjetivismo del delito.- Refiriéndose lo primero, a la antijuridicidad y lo segundo, a la culpabilidad, ésta por tanto; es entendida sólo subjetivamente como relación psicológica entre el autor (sujeto activo) y su hecho, el cual se agota en sus especies ó formas: "dolo" y "culpa", y tiene a la imputabilidad como su presunto.-

Conforme a ésta corriente, la culpabilidad sólo es nula mediante las causas que eliminan el proceso psicológico, como son: el error y la coacción, el primero destruye el elemento intelectual, y la segunda, el elemento volitivo.(del dolo)

Entendida así la culpabilidad y su exclusión, la concepción tropezó con grandes problemas, por una parte, no podía explicar satisfactoriamente la culpa, en especial, la culpa consiste ya que el nexo psicológico suponía una concepción de la culpabilidad basada fundamentalmente sobre el dolo.- Por otra parte, no podía explicar la concurrencia de determinadas causas de exclusión de la culpabilidad, diferentes al error y a la coacción, como por ejemplo; el estado de necesidad con bienes de igual valor, ya que éste no efectuaba la relación psicológica para superar esas dificultades, surge la Teoría Normativa de la Culpabilidad.-

La concepción normativa de la culpabilidad, es el resultado de una larga abolición doctrinaria, cuyo fundador es Reinhar Von Frank y se desarrolla en una etapa en que la dogmática recibe una gran influencia del pensamiento Katiano de la primera mitad del siglo XX, en su nuevo vertiente de la escuela sudo-occidental alemana de Baden Baden, y en que el Derecho Penal es entendido, referido a fines y valores.- La culpabilidad, ahora, ya no es entendida psicológicamente sino normativamente como reprochabilidad, y se le liga con la concepción katiana de la retribución por el contenido ético que el reproche

---- lleva.- La culpabilidad, pues, ya no se reduce simplemente a ----
dolo y culpa, sino a un juicio de reproche que se dá tanto en las ac-
ciones dolosas como en las culposas.-

El pensamiento de Frank es continuado por James Goldschidt -
(1913) y Freudthal (1922) y llevado a su mayor desarrollo por Mezguer
(1931), para quien la culpabilidad es el conjunto de aquéllos presu-
puestos de la pena, que fundamentan, frente al autor, la reprochabili-
dad personal de la acción jurídica.-

Los componentes de éste concepto son: la imputabilidad, el -
dolo, la culpa, la relación psicológica del autor (sujeto activo) con
el hecho y la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabi-
lidad; de donde se desprende que la imputabilidad no es ya presupuesto
de la culpabilidad, que el dolo y la culpa son elementos ó formas de -
la misma y no especies, y que, además; tanto como las circunstancias -
acompañantes, la motivación normal ó la exigibilidad, sólo aparecen en
forma negativa como exclusión de culpabilidad.-

Se trata pues, de un concepto complejo ó mixto, porque junto
a la base naturalista-psicológica, aparece la teoría de valores, es --
decir; junto a los elementos psicológicos aparecen componentes normati-
vos que le imprimen una mayor coloración ética al concepto y reafirma -
su corte retributivo.- (16)

(16) Citados por el Diccionario Jurídico Mexicano.

Op. Cit., pag. 346

La concepción normativa por excelencia de la culpabilidad -- producto de las elaboraciones de la Teoría de la Acción finalista y -- del rechazo total, tanto del naturalismo causalista como del naturalismo psicológico, fundamenta el Juicio de Reproche en la posibilidad -- del autor (sujeto activo) de actuar de manera diferente, ésto es; en -- la libertad de voluntad para motivarse de acuerdo a la norma.-

Conforme a ello, el reproche de culpabilidad, presupone que el autor (sujeto activo) podría haberse motivado de acuerdo a la norma y ésto no es un sentido abstracto de que algún hombre, en vez que -- el autor, (sujeto activo) sino que concretamente de que éste hombre -- habría podido en esa situación, estructurar una voluntad de acuerdo a la norma.-

A ésta concepción se llegó después de un proceso de evolu--- ción, que implicó librar una serie de batallas científicas con las diversas líneas de la llamada " sistematización causalista ", que hasta los años 30 de éste siglo, era totalmente dominante, lo que determinó naturalmente, el rechazo por su parte, de los finalistas del concepto -- causal ó naturalístico de acción del concepto y estructura del tipo -- que de ello resultaba, y finalmente, del concepto y estructura de la -- culpabilidad mixta.-

En lugar del concepto causal, se sostiene ahora, un concepto final de acción: el tipo, que en la mayoría de los casos se estructuraba sólo de elementos sub-objetivos y subjetivos, y entre éstos se ubican el dolo y la culpa, resultando que ya a nivel del tipo, puedan distinguirse los delitos dolosos de los culposos.-

Como consecuencia de lo anterior, la culpabilidad queda desprovista del dolo y de la culpa, es decir; del objeto de valoración y como componentes de ella se encuentran ahora: la inmutabilidad, la posibilidad de conocimiento ó conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad.-

Desde otra perspectiva, en la Doctrina Penal también se ---- habla, como posiciones antiestéticas de culpabilidad de actos y de culpabilidad del autor, (sujeto activo) según que el Juicio de Reproche - se haga al autor por su acto típico y antijurídico ó por su personalidad, lo que en cierta medida se corresponde de un derecho penal de acto y un derecho penal de autor.-

En relación a la función que desempeña la culpabilidad de -- las anteriores consideraciones dogmáticas, se deriva que siempre ha -- cumplido una función sistemática, por ser ingrediente esencial en la - estructura del delito, es decir; se trata de un componente que junto a otros, convierte a la acción en delictiva.- Al concurrir ésta función, necesariamente se convierte al lado del injusto, en presupuesto de la punibilidad, ya sea como fundamento de la pena ó como límite de ella.-

Como fundamento de la pena, la culpabilidad sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución, entendida ésta, como una imposición de un mal adecuado a la culpabilidad por el hecho antijurídico realizado.-

Como límite de la pena, en cambio, la culpabilidad sirve para limitar el poder de intervención estatal, en tanto que la culpabilidad es el límite máximo de la pena.-

" Tanto el concepto normativo de la culpabilidad como a la -- función que tradicionalmente se le ha dado, se han elevado severas críticas.- Al concepto normativo se le critica, por una parte; por partir de un presupuesto científicamente indemostrable, como la libertad de - voluntad, lo que ha originado que algunos, tomando una postura radical lo rehacen (así Ellscheid-Hassemer-Gimbernat), y otros, sin llegar al extremo de desecharla, sólo le señalan ciertos correctivos (así Roxin, Córdoba Roda, Fr. Puig, Muñoz Conde entre otros) y por otra, por la -- dificultad de concebirla como un Juicio de Reproche.(Córdoba Roda).-

En cuanto a las funciones de la culpabilidad, para quienes la proponen sustituirla, ella tampoco puede constituir un fundamento ra-

-----racional de la punibilidad, al basarse en algo científicamente -
indemostrable, los moderados en cambio, ven la necesidad de su mante-
nimiento, si bien, no como fundamento, sí como límite de la pena.- De
éstas dos posturas, la segunda parece ser la más razonable, ya que es
conveniente mantener el criterio de la culpabilidad como presupuesto y
límite de la pena, lo cual constituye una garantía para los individuos
de un estado de Derecho y por el Derecho Penal de culpabilidad es el -
que coincide al hombre como persona."- (17)

La culpabilidad en la Doctrina Mexicana. Del articulado del
Código Penal de 1931, es difícil derivar que la culpabilidad del autor
(sujeto activo) sea fundamento para la aplicación de la pena, más la -
no existencia de una disposición expresa, no significa que se desconoz-
ca dicho principio, ya que hay disposiciones como por ejemplo; los ar-
tículos 51, 52, 53, 60 y 63 que mediante la interpretación nos puede -
conducir al reconocimiento del principio de la culpabilidad.- Pero su
aceptación no puede ser total, ya que parece ser controvertida por el
artículo 90. del propio Código Penal, que presume la intencionalidad -
delictiva, sobre todo si partimos de la interpretación de que ese con-
cepto hace la Doctrina y la Jurisprudencia mexicana.-

En la ciencia del Derecho Penal Mexicano, encontramos críté-
rios que siguen el concepto puramente psicológico y otros que adoptan
el concepto normativo con contenidos psicológicos, es decir; mixto, de
culpabilidad, conforme a los cuales, el dolo y la culpa son formas ó e-
lementos de la culpabilidad.-

(17) Citados por el Diccionario de Derecho Usual. Pag. 143

De acuerdo a dichas concepciones, en el artículo 8o. del --- Código Penal, es donde se establece la distinción entre delitos dolosos y delitos culposos; se encuentran señaladas las dos formas de culpabilidad, de manera que; para hablar de la existencia de un delito, - éste necesariamente tiene que haberse cometido ó dolosa ó culposamente y, en consecuencia; culpablemente, en donde se deriva que la culpabilidad sí es un presupuesto de la punibilidad.-

Consecuentemente con ésto, en el artículo 9o. del Código Penal, la intencionalidad delictuosa (dolo) se presume, y se presume también la culpabilidad dolosa.-

Conforme a la Teoría de la Acción Finalista, los artículos - 8o. y 9o. del Código Penal, se interpretarían de diferente manera, en virtud de la diversa ubicación que le dé el dolo en la estructura del delito.-

5) IMPUTABILIDAD.- Del latín "imputare", poner a cuenta de otro, atribuir.- Capacidad condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y determinarse de acuerdo a esa comprensión.

Es el concepto que cabe inferir de los Códigos Penales mexicanos más recientes y de los proyectos de reformas de los últimos cuarenta años.- La regulación de la imputabilidad que hacen el Código Penal vigente para la entidad y los Códigos Penales locales que en él se inspiran, debería, en concepto de muchos; conducir a ésta materia a -- otra formulación y, en consecuencia, a otra sistemática.-

De significar el término imputabilidad la referencia del acto al sujeto, en el sentido de serle éste atribuible, ha pasado a denotar la previa capacidad del sujeto para esa referencia ó situación en que debe hallarse el agente al momento del acto u omisión, y no una -- relación psicológica con su hecho.-

Tal capacidad lo es de culpabilidad ó autoriza al Derecho -- para dirigirle el reproche en que está consiente a menos que deba tenerse ella por excluida, en virtud de otras causas.-

La imputabilidad, como capacidad de comprensión y determinación, es un concepto esencialmente técnico, no metafísico, cuya elaboración, se apoya psicológica y psiquiátricamente en datos verificables, sin anticipar, por tanto; posición alguna frente a cuestiones -- como la existencia de alma ó relación de alma y cuerpo.- Esos datos verificables, se refieren esencialmente a los factores existenciales internos y condicionantes de la capacidad del agente por lo que hace a -- comprender y determinar.-

La Ley Penal suele no definir la imputabilidad, si expresa -- positivamente los factores que la condicionan, sino meramente indicar, en vez, las causas que la excluyen.- De ésta indicación no resulta, -- sin embargo, demasiado difícil extraer dogmáticamente la conclusión de que, de manera positiva, la imputabilidad consiste, como se ha dicho, -- en la capacidad de comprender el significado del hecho y de determinar se conforme a esa comprensión.-

Debido a que ésta comprensión ó determinación conciernen al mundo de valoraciones del derecho y no al de la ética, las formulaciones legales y doctrinarias sobre la materia, subrayan el carácter ilícito ó antijurídico del acto u omisión que el sujeto está en capacidad de comprender y de determinarse a poner en obra.-

La verdad es, empero, que la total significación del hecho, -- tanto en el plano estrictamente fáctico como en el de la contrariedad del Derecho, lo que hay que tener en cuenta, respecto de la capacidad de comprensión y determinación de que se trata en la conceptualización de la imputabilidad.-

La fórmula legal de la ininputabilidad puede configurarse de tres modos: 1) EL BIOLÓGICO O PSIQUIÁTRICO, que expresa sólo las fun-

-----tes de la incapacidad como pueden ser la sordo-mudez, demencia, locura, etc., sin aludir a la consecuencial incapacidad de comprender ó de determinarse, como por ejemplo en el Código Penal Napoleónico; 2) EL PSICOLOGICO, que expresa ésta incapacidad sin mencionar sus fuentes, como por ejemplo el Código Penal del Estado de Veracruz; 3) EL PSIQUIATRICO-PSICOLOGICO JURIDICO O MIXTO, en el que la indicación más ó menos amplia de las fuentes, sigue uno de sus efectos en cuanto a privación, como dice Jiménez de Asúa: "de la conciencia de delinquir ó de la posibilidad de obrar conforme a Derecho", por ejemplo el Código Penal del Estado de Guanajuato.- Pero sea cual fuere la fórmula, los factores condicionantes de la ininmutabilidad son dos: el desarrollo mental insuficiente y la carencia de salud mental.-

Dentro del desarrollo mental insuficiente, cabe mencionar,-- conforme a la legislación penal mexicana: a) la menor edad, que no aparece sólo a la ininmutabilidad sino, por regla general; el definitivo agresor de los menores de 18 años de la regulación del Código Penal vigente para la entidad, para quedar sometidos a un régimen jurídico especial y, b) la sordo-mudez, prevista en la legislación penal, parte con desigual acierto en cuanto a su condicionamiento, (carácter congénito ó no de la deficiencia sensorial y concomitante carencia absoluta ó parcial de instrucción) y a su consiguiente extensión, como causal excluyente de inmutabilidad.-

En relación con el desarrollo mental insuficiente, se ha dado a colación, el Código Penal vigente para el Estado de Michoacán, (artículo 16), asimilándola a la sordo-mudez, "la ceguera de nacimiento, cuando haya falta total de instrucción".- Ha consignado, además, como causal de ininmutabilidad no prevista en otros ordenamientos estatales y de distrito, "la condición de indígena analfabeto no integrado a la civilización" (artículo 16 fracción II), un problema de extrema importancia ha encontrado así en un texto, una solución técnicamente discutible, pues no parece que el indígena, por su apego a normas an-

-----cestrales, haya de entenderse " ipso jure ", privado de la capacidad de comprender el carácter ilícito de su acto y determinarse de acuerdo a esa comprensión.- La solución parece y debo de ser buscada más bien en el ámbito del error sobre la antijuridicidad.-

En lo que atañe a la falta de salud mental, la moderna legislación penal mexicana, se ha cuidado de distinguir entre el trastorno mental permanente y el transitorio.- Ahora bien, sin entrar ahora a las diferencias de formulación que puedan darse en ésta materia, importa señalar en términos generales, que el trastorno mental permanente, comprende las oligofrenias media y profunda, las demencias avanzadas, las psicosis esquizofrénicas y maniaco-depresivas, así como las psicosis exógenas.- Más debatible es la inclusión en éste cuadro de ciertas perturbaciones cuyo origen anatómo-patológico es reconocible, como las epilepsias, de ciertas psiconeurosis, de los delirios sistemáticos paranoicos y de las personalidades psicopáticas.-

En cuanto al trastorno mental transitorio, concepto que la legislación penal mexicana más moderna, ha venido decididamente a reemplazar al estado de inconciencia del Código Penal vigente en la actualidad, se entiende que él, engloba trastorno de génesis patológica y de raíz psicológica que deben hacerse extensivo hasta el arrebató y el dolor moral cuando ellos conducen a los extremos de un verdadero trastorno mental.-

Muchos de los mencionados casos de trastorno mental permanente ó transitorio, además de algunos de desarrollo mental insuficiente, no acarrear la incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, sino la de determinarse conforme a esa comprensión.- Piénsese en la insuficiencia de poderes de inhibición revelada por ciertas conductas de menores de edad, en estados fóbicos graves, (claustrofobia- zoofobia-etc.) y en compulsiones igualmente graves, como puede acontecer en estado de profunda emoción ó miedo.- Casos como éstos, en que suelen mantenerse a la incapacidad, se dice a la capacidad de comprender la

----- antijuricidad del hecho, llevan a concluir en la definición --- de la imputabilidad, la idea de la capacidad de determinarse conforme a esa comprensión.-

La concepción de la imputabilidad como capacidad, ésto es, -- como un estado de condición del sujeto y no como una relación psicológica con el hecho singular, no significa, claro está, que pueda hablarse de imputabilidad en otro momento que el de la comisión del hecho.-

Puede darse el caso, sin embargo, de hechos típicos cometidos en estado de imputabilidad, se dice ininputabilidad o que ha llegado -- por un acto voluntario del actor, como sería, verbi-gracia, el caso de ¿ quien sería el ejecutor de un acto típico en estado de inconciencia determinado por ingerir bebidas embriagantes ó estuperficientes ?, la legislación no ampara en éstos casos con la exclusión de la imputabilidad, lo que no pareciera merecer reparos, tratándose del delito culposo ó imprudente, pues quien sabe, que en estado de ebriedad, por ejemplo; desarrolla reacciones agresivas y en éste estado, comete homicidio ó lesiones, ha infringido el embriagarse un deber de cuidado que -- personalmente le atañe, y ha podido prevenir la aparición de un resultado como el acaecido.- No puede decirse lo mismo de quien se embriaga de propósito para cometer un homicidio en estado de ebriedad, pues el acto de embriagarse voluntariamente para matar una vez ebrio, no es de manera alguna, el comienzo de ejecución del delito de homicidio, y éste, cuando es cometido dolosamente, perpetrado más tarde, en estado de ininputabilidad, hecho totalmente azoroso, no puede, en razón de aquél mismo estado, serle cargado en cuenta.-

Los conceptos anteriores, desarrollados en términos generales a la luz de la legislación penal mexicana más reciente, autorizan para situar sistemáticamente la imputabilidad en el plano de aquélla característica del ilícito que es la culpabilidad.-

Las normas del Código Penal vigente para la entidad, hacen -- difícil, para muchos, mantener tal concepción y tal sistemática.-

Ello no resulta de hallarse los menores, que son inimputables al margen del Código Penal vigente para la entidad, ni de la regulación que éste hace del estado de inconciencia, donde situaciones de ausencia de acto, encuentre ciertamente un sitio junto a situaciones de inmutabilidad.- Surge, sobre todo, de que la sordo-mudez y el -- transtorno mental permanente, no se cuentan entre las circunstancias -- excluyentes de la responsabilidad que consigna el artículo del ordenamiento señalado con anterioridad, y aparece recién regulado, en cambio, en el Título Tercero del Libro I, sobre aplicaciones de las sanciones, cuyo capítulo V contiene normas relativas a la reclusión para enfermos mentales y sordo-mudos.-

Si éstos últimos contravienen los presupuestos de una Ley -- Penal, se les recluirá en escuela ó establecimientos especiales para -- sordo-mudos, por el tiempo que fuera necesario para su educación ó ins -- trucción (artículo 67), y si los primeros, ésto es; los "locos, idio -- tas, imbéciles ó cualesquiera otros que sufran cualquier otra debili -- dad, enfermedad ó anomalía mental", según la defectuosa formulación -- legal, ejecuten hechos ó incurran en omisiones definidas como delitos, deberán recluírseles en manicomios ó departamentos especiales para to -- do el tiempo necesario para su curación, y sometidos, con autorización de un experto facultativo, a un régimen de trabajo (artículo 68). Por tanto, unos y otros; sordo-mudos y alienados infractores, quedan ser -- entregados a quienes corresponde hacerse cargo de ellos bajo fianza, -- depósito ó hipoteca, de un monto que cubra el daño que pudieran causar por no haberse tomado las precauciones necesarias para su vigilancia, -- y si ni aún con ésta garantía queda asegurado el interés de la socie -- dad, seguirán en el establecimiento especial en que estuvieran recluí -- dos, (artículo 69).-

Puesto que la sordo-mudez y la enajenación mental permanente no cuentan entre circunstancias que excluyen la responsabilidad, que -- quienes la padecen deben sufrir sanciones, (mediante las medidas de se -- guridad) siempre que incurran en actos u omisiones típicas y antijuri --

---dicas, y que no hay lugar a resolver tales medidas mientras deba asegurarse el interés de la sociedad, habría de concluirse que ante los sordo-mudos y enajenados infractores, naufraga la idea de la imputabilidad como capacidad condicionada por el desarrollo y salud mentales. -- de ser culpable, y de que la ausencia en ellos, de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto y determinarse conforme a esa comprensión, no sería, por ende, causa de inimputabilidad sino a caso, -- mera causa personal de exclusión de la pena, con la consagración de -- una base asimétrica para el reproche y con consecuencias sistemáticas diversas a las que se han venido exponiendo.--

Parece útil recordar a esta respecto que los redactores del código, pronunciándose expresamente en favor de la idea de -- responsabilidad social, la hicieron encarnar, al menos en lo que hace alienados, en medidas de reclusión asegurativa que , con carácter facultativo y no obligatorio, es cierto, había otorgado al juez legislaciones penales muy anteriores a la aparición de la doctrina ferriana -- de la responsabilidad social. También parece prudente traer a cuento -- el obstáculo que los redactores reconocieron en el artículo 19 de la -- Constitución, conforme en el cual "ninguna detención podrá exceder el -- termino de tres días, sin que se justifique con un auto de formal --- prisión". Afirman Beniceros y Garrido que "si la comisión (redactora) se pronunciaba por el criterio clasico entonces el loco debería irse a su casa con grave peligro para la sociedad, ya que si no es responsable no se le puede detener, pues conforme al artículo 19 constitucional -- ninguna detención podrá exceder de setenta y dos horas, si no se justifica con un mandato de prisión preventiva, que dentro de la situación -- que consideramos, no podría dictarse por no existir responsabilidad; -- y en cuanto a la solición proporcionada por los positivistas, adolece -- del defecto, dentro de nuestro sistema legal, de que se tiene que seguir proceso en forma, es decir, tomarle al loco su declaración preparatoria dictarle auto de formal prisión, etc. , para poder resolver al término

del mismo que es responsable, socialmente, y que constituyendo una amenaza para la sociedad se recluya a un manicomio hasta su curación. Por lo expuesto se veía que la comisión se encontraba ante un problema insoluble, y esto por la solución menos mala, o sea, la que ya había adoptado el legislador de 1929, consistente en apoyar la responsabilidad social en estos actos". (18).

Sería asunto digno de detenido examen, que no procede emprender aquí, el de la medida en que la idea de responsabilidad social es efectivamente uno de los pilares del Código Penal y del grado en que la solución menos mala en él adoptada, en razón de obstáculos constitucionales, ha llegado realmente a prescindir de la inautabilidad como instancia insoslayable de un moderno derecho penal de culpabilidad.

Puede darse el caso de que la capacidad de comprender y determinarse no se halle total sino parcialmente impedida. Tal ocurre, verbi-gracia, con oligofrenias no profundas o con demencias cuya progresión no ha alcanzado aún grado muy avanzado. La consecuencia sería la atenuación de la responsabilidad por inautabilidad disminuida. Este concepto cuenta con partidarios y detractores, estos últimos no coinciden que entre la capacidad plena y la plena incapacidad pueda darse una semicapacidad de comprender y determinarse. La tendencia prevaeciente en las legislaciones es, no obstante, la de tener por atenuada la responsabilidad penal en tales casos, con arreglos a los respectivos mecanismos legalmente previstos de individualización judicial de la sanción.

(18) Citados por el Diccionario Jurídico Mexicano. Pág. 590.

6) PUNIBILIDAD.- Significa la susceptibilidad de pena o castigo por la conducta llevada a cabo; por ello consideramos pertinente hablar de la pena.

Pena.- (Del latín poena. castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta). Desminución de uno o más bienes jurídicos impuesta jurisdiccionalmente al autor de un acto anti-jurídico (delito), que no representa la ejecución coactiva, efectiva, real y concreta del precepto infringido, sino su reafirmación ideal, moral y simbólica.

El anterior enunciado separa netamente la pena criminal, como sanción punitiva de las sanciones ejecutivas, con las cuales se trata de imponer coactivamente la realización de lo establecido en el precepto correspondiente, así proceda tal realización del impedimento de la acción contraria al precepto, de un constreñimiento a la acción prescripta por él, del restablecimiento del status que antes del resarcimiento de los perjuicios causados, de la nulidad del acto viciado, ó de su inoponibilidad, es decir; del desconocimiento de sus efectos respecto a terceros. La pena criminal en cambio hiere al delincuente en su persona e importa necesariamente un mal que significa una restricción afectiva de su esfera jurídica. El ladrón no es más pobre que antes -- con la restitución de aquéllos que con su acción perjudicial, obtuvo -- (sanción ejecutiva que realiza coactivamente el precepto primario de la norma), pero ve materialmente reducida su esfera jurídica al deber soportar la pena criminal de privación de libertad en un establecimiento carcelario (sanción punitiva, pena).

Es éste carácter de la pena, el de ir más allá de la mera ejecución coactiva de lo dispuesto en el precepto infringido, lo que conduce, más que a propósito de las de más sanciones, a indagar sobre su esencia, su sentido y sus fines. ¿Cómo, porqué, y para qué pueden los órganos del Estado imponer ésta clase de sanción que es la pena?, a éstas cuestiones procuran responder las teorías de la pena.

Para las teorías de la retribución, la pena responde esencialmente a la realización de la idea de justicia, y no tiene, pues un fin, sino que es un fin en si misma. La esencia y sentido de la pena es la compensación de la culpabilidad del autor através del mal que la pena representa.

De éstas teorías, dicen sus críticos, que ellas no explican cuándo tiene que pensarse, ésto es, con forme a qué presupuestos es autorizado el Estado para compensar ó retribuir la culpabilidad. Se argumenta, así mismo, que es en general indemostrable el libre albedrío sobre el cuál reposa la posibilidad de la culpabilidad, y que, enseguida si procediera afirmarlo, en principio, no es dable comprobar si en la situación concreta el sujeto, habría podido obrar de otro modo. Se dice por último, que sólo un acto de fé puede hacer posible el tener el mal del delito retribuido por el mal de la pena, pues racionalmente no puede comprenderse cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal que es el de sufrir la pena.

Para las teorías de la prevención general, la pena no es un fin en sí, sino que tiene un fin que es el de combatir el peligro de delitos futuros por la generalidad de los súbditos del orden jurídico.

La pena, pues, al amenazar un mal, obra como contraimpulso sobre la psiquis individual frente al impulso a delinquir, como freno ó inhibición que, en la mente del agente, transforma el delito de causa de utilidad en causa de daño, induciéndolo a abstenerse del delito a fin de no incurrir en el mal amenazado.

Los adversarios de éstas teorías les reprochan, en primer lugar, que también ellas dejan sin resolver el problema de cuales son los comportamientos frente a los que tiene el Estado la facultad de intimidar franqueando el paso a penas desmesuradamente graves.

Argumentan, enseguida, que no ha podido probarse el efecto intimidante de la pena respecto de muchos delitos y delincuentes y, todavía más, cada delito efectivamente cometido es demostración de la

----- ineficacia de la prevención general. Aunque sólo sean visibles -- los casos en que la intimidación fracasa, sería además paradójico, en -- cierto modo, dice Roxin, que el Derecho Penal no tuviera significa----- ción alguna precisamente para los delincuentes, es decir, los no inti- midados y quizá sencillamente inintimidables, y que no hubiera de pre- valecer y legitimarse, frente a ellos también. Alegan, por último, que aún cuando la intimidación fuera eficaz, ella importaría una instrumen- talización del hombre, cuyo valor como persona es previo al Estado.'

Para las teorías de la prevención especial, el fin de la pe- na no es retribuir un hecho pasado, sino evitar la comisión de un hecho ilícito futuro por el autor del delito ya perpetrado.

Sus críticos hacen valer que, ya que todos estamos necesita- dos de corrección, es posible que el Estado pueda aplicar el tratamien- to a sus enemigos políticos, a aparte que los asociales tradicionales, no pueden ser susceptibles de un tratamiento que corresponde más bien a un acto aislado que a una forma de vida. Ello sin contar que tal tra- tamiento podría, para satisfacer cumplidamente sus propósitos, llegar a exceder la duración fija establecida para la pena. Sostienen, además, que la pena, de acuerdo al criterio de la prehevencción, se dice, pre- vención especial, no debería imponerse si no existe peligro de repeti- ción de él con lo que habría de probarse la impunidad de algunos cri- minales.

Podría decirse que frente a éstas teorías el Código Penal -- vigente para el Distrito Federal, adopta una posición sincrética, es-- pecialmente por efecto de las importantes reformas que le han sido in- troducidas con fecha trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro tratase claramente ahora de un Derecho Penal de culpabilidad en que -- junto a algunas medidas de seguridad, perdure la pena con magnitudes-- prefijadas por la Ley, dentro de las cuales compete al juez determinar en concreto su "Quantum" con forme a amplias directrices también esta- blecidas legalmente sin perjuicios de las facultades que en este respec-

----- to corresponden a los encargados de la ejecución penal. -----

Es en éste último plano donde cambia, en grado apreciable, - la idea de la prevención especial a partir del Cardinal Mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido - de que el sistema penal debe perseguir la readaptación social del delin- cuante, mandato seguido por la Ley de normas mínimas y las leyes loca- les de ejecución penal. Ahora bien, la retribución máxima encarnada en la pena capital y demás estrictamente corporales, no ha dejado en el - ordenamiento jurídico mexicano, más vestigio que la autorización cons- titucional no utilizada por el legislador, que es la de imponer la pena de muerte a delitos muy calificados.

C) ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.-

1.- **AUSENCIA DE CONDUCTA.-** Evidentemente si faltan algunos - elementos del delito, éste no se integrará, en consecuencia, si la conducta está ausente, no habrá delito a pesar de las apariencias.-

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

Una de las causas que impiden la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada " vis absoluta " ó fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción I del artículo 15 - del Código Penal vigente para el Distrito Federal.-

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

3.- **CAUSAS DE JUSTIFICACION.-** Podría ocurrir que la conducta típica esté en oposición al Derecho, y sin embargo, no sea antijurídica, por existir una causa de justificación.-

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

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

El referido maestro, Castellanos Tena, señala como causas de inimputabilidad : el estado de inconciencia, ya sea permanente ó ----

----- transitorio; el miedo grave y la sordo-mudez.-

5.- **INculpABILIDAD.**- La inculpabilidad significa la ausencia del nexo psíquico entre sujeto y resultado, por lo que en el delito, - entonces, existen individuos que no reúnen los dos elementos necesarios a saber: el querer actuar y el conocimiento de la antijurídico de la conducta.-

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

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

"a) excusa en razón de la conservación del núcleo familiar, - por ejemplo: el robo entre ascendientes,

b) excusa en razón de la mínima temibilidad, el robo que no exceda de veinticinco pesos de valor, cuando sea restituído por el su-- to activo, el bien robado y pague los daños y perjuicios antes de que el hecho sea puesto a conocimiento del Ministerio Público, y

c) excusa en razón de la maternidad consiente, por ejemplo: el aborto, cuando el embarazo ha sido resultado de una violación.".(19)

(19) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho - Penal. Editorial Porrúa, México, 1989, pags. 271, 272 y 273.

CAPITULO II.

DELITO DE ADULTERIO.

A) DEFINICIONES.- Para el Diccionario Jurídico, el adulterio significa: " la violación de la fé conyugal."- (20)

Gramaticalmente quiere decir: " falsificación y fraude.".(21)

Respecto al origen etimológico de la palabra adulterio, existen diversas opiniones sobre éste tema; algunos consideran que proviene de dos palabras latinas: " Alterius " y " Thorus " que significan: " el hombre que va ó fué al lecho de otro, ó cuando la mujer es encontrada en el lecho del marido con quien es ayuntada y no el de ella."- (22)

Otros manifiestan que proviene de la palabra latina " Adulterium ", que significa: "viciar, falsificar alguna cosa", Morin dice -- que el origen del adulterio es: "el de corromper, mezclar."-(23)

En lo que se refiere a la segunda parte de éste capítulo, relativo a la definición del adulterio, a continuación se mencionarán varias definiciones de éste, encontrándose, entre otras; las que nos dá el Derecho Romano, misma que es obtenida de la Enciclopedia Jurídica Omeba, que dice: " ad alterum thorum vel uterum secessio ", que significa de una manera literal: " dar libre acceso al lecho conyugal y al útero."-(24)

(20) Cfr. Diccionario Jurídico. Editorial Bazan. México, 1978, pag. 17

(21) Cfr. Diccionario Larousse Usual. Editorial México, 1985, pag. 11

(22) González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1961. Sexta Edición, pag. 425

(23) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I, Editorial Driskill. Argentina, Buenos Aires, 1979. pag. 537

(24) Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit., pag. 539

Francisco González de la Vega, manifiesta que la Ley de las Siete Partidas, (Título XVII de la Primera Ley) da una definición de adulterio que dice: " yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada ó desposada con otro ", significando literalmente: " el error que un hombre comete a sabiendas, yaciendo con mujer casada con otro."- (25)

En el lenguaje vulgar se define al adulterio de la siguiente manera: " es el ayuntamiento carnal ilegítimo del hombre con una mujer siendo uno de los dos ó ambos, casados."-(26)

Carlos Tejedor, citado por la Enciclopedia Jurídica Oaxca, - dice que el adulterio es: " la violación de la fé conyugal, cometida - corporalmente y a sabiendas."- (27)

Rafael de Pina, manifiesta que el adulterio es: " la relación sexual establecida entre personas de diferente sexo, cuando al menos una de ellas se encuentra unida a otra por el vínculo del matrimonio."- (28)

Jurídicamente, en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, el adulterio es el tratamiento otorgado al delito en comento:

Artículo 273.- Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal ó con escándalo.-

(25) González de la Vega, Francisco. Op. Cit., pag. 425

(26) Diccionario Enciclopédico Uteha. Tomo I. Editorial Hispano-Americana. México, 1970. Pag. 198

(27) Op. Cit., pag. 537

(28) Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México, 1960. Quinta Edición. Pag. 19

Artículo 274.- No se podrá proceder contra los adúlteros, -- sino a petición del cónyuge ofendido, pero cuando éste formule su que-
rella contra uno sólo de los culpables, se procederá contra los dos y
contra los que aparezcan como delinquentes.-

Esto se entiende en caso de que los adúlteros vivan, estén -
presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país, pe-
ro cuando no sea así, se podrá proceder contra el responsable que se -
encuentre en esas circunstancias.-

Artículo 275.- Sólo se castigará el adulterio consumado.-

Artículo 276.- Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, ce-
sará todo procedimiento siempre y cuando no se haya dictado sentencia,
y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno.-

Esta disposición favorecerá a todos los responsables.-

B) DESARROLLO HISTORICO.- En lo referente al desarrollo histó-
rico del delito de adulterio, es necesario mencionar que éste delito -
no es de nueva creación, sino que ya existía desde los albores de la --
civilización, tal y como se demuestra en las reglamentaciones existen-
tes respecto al pueblo egipcio, el cual castigaba a la adúltera cortán-
dole la nariz para así dejarla infamada, y a su amante, lo castraban.-

El pueblo judío castigaba a la adúltera con la lapidación.-

Los germanos quemaban a la adúltera y sobre sus cenizas aju-
sticiaban a su co-partícipe.-

Ahora bien, considero necesario hacer mención de las legisla-
ciones de Roma y España, por ser las que más datos nos proporcionan --
sobre la regularización del delito de adulterio, como hecho delictuoso
y además por ser las que más estrecha relación tienen con nuestra le-
gislación.-

Los datos mencionados a continuación, respecto al desarrollo

----- histórico, fueron tomados fundamentalmente de la obra del -----
Doctor en Derecho Alberto González Blanco.-

"En lo que respecta a los antecedentes históricos del delito de adulterio, en el pueblo romano; se dice que en los primeros tiempos de Roma, la represión del adulterio estaba a cargo del " Pater Familie", por estar éste, investido del derecho de vida y muerte sobre los miembros de su familia.- Más tarde, al generalizarse el matrimonio libre, esa facultad pasó al marido ofendido.- En esa época sólo se castigaba a la mujer, pues ésta era considerada como objeto de propiedad del marido, presentándose así el adulterio, como un robo, como un atentado a la propiedad marital, y el marido era quien imponía la pena, como se demuestra en la oración de Catón, recopilada por Aulio Gelio, que dice: " a menos de divorcio, el marido es juez de su mujer en voz de su censor, sobre ella tiene un imperio ó poder absoluto, si ella hace algo deshonesto y vergonzoso, si ha bebido vino ó a faltado a la fé conyugal, él la condena y la castiga.- Si sorprendieras a tu mujer en adulterio, ella no se atrevería a tocarte ni con el dedo, así es la ley."

La acción del marido para perseguir a la adúltera, prescribía a los cinco años y en caso de que el marido haya tenido conocimiento y no ejercitara su acción, era considerado ó tachado de indigno y era reo del delito, y si había reconciliación, ésta se extinguía, presumiéndose ésta, si el ofendido no arrojaba de su lado a la adúltera."(29)

En la época de la República, la pena era el destierro pero, - al sobrevenir la corrupción alcanzada por la vida familiar romana, se establecieron penas más severas y así fué como tiempo después, el Emperador Augusto expidió el Edicto conocido con el nombre de " Lex Julia de Fudo Dotali Et Adulteris.".-

(29) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales. Editorial Aloma. Buenos Aires, Argentina. 1964. Tercera Edición. Pag. 188

De ésta Ley, y de sus posteriores modificaciones, se pueden destacar, como características importantes, las siguientes: sólo se -- castiga el adulterio cometido por la mujer, se concede acción pública para su persecución y se castiga con relegación, después Constantino -- inunso la pena de muerte para la mujer casada y su amante adulterino. --

Pero en la época de Justiniano, se considera privada la acción para castigar el delito de adulterio. -- La sanción se impone en atención a la calidad de los culpables y a la flagrancia ó no del delito, se autoriza mediante ciertos requisitos, al Pater Familie para dar muerte al co-partícipe, pero en cambio de la mujer infiel, en azotes y reclusión monasterio como obligación de tomar los hábitos, si el marido no la perdona después de dos años. -- Más tarde, en la época de Marco y Cómodo, se amplió esa facultad al marido ofendido, por prescripto y por último, y para dar por terminado lo que se refiere a los antecedentes históricos del adulterio, en el pueblo romano, se estableció diferentes categorías de penas, inclusive la de la privación de la vida.

En virtud de que la Nueva España, como pueblo conquistado, -- no tenía capacidad legal para dictar sus propias leyes, en la época Colonial tuvieron vigencia, numerosas leyes españolas, por lo cual considero necesario hacer mención de los antecedentes históricos del adulterio en el pueblo español, como antecedente legal inmediato de nuestra legislación. --

Y para el estudio, recolecté los datos suministrados por los ordenamientos jurídicos que surgen a partir de la invasión de los pueblos romanos y germánicos. --

Haciendo mención del Primer Código Penal u Ordenamiento Legal, al siguiente:

Código de Eurico. -- Para hablar de éste Código, hay que hacer notar que éste sólo se aplicaba a los vencedores, es decir; a los visigodos, considerándose a éste obra legislativa, como la más destacada --

----- en el Orden Jurídico y es considerable su importancia por ----- ser el Código más antiguo de los romanos y que sirvió de modelo para la redacción de Códigos posteriores como la Ley de los alemanes, de -- los bávaros.- En éste Código se castigaba solamente el adulterio cometido por la mujer casada, concediéndose acción al marido para perseguirlo, además de facultarlo para dar muerte a los culpables, si éstos eran sorprendidos en la comisión del delito.-

Código de Alarico.- Conocido también como Liberio de Adriano, *Forumian Alarici*, aplicable solamente a los vándalos, (hispano-romanos) basándose éste, en los escritos de los Jurisconsultos Gayo, Paulo y Papiano, y en las Constituciones de los Códigos Gregoriano y Teodosiano, a su importancia se le ha denominado Ley Romana de Accidents, - tratando como finalidad la de evitar los conflictos de la diversidad de normas jurídicas existentes, además de que se respira el espíritu jurídico romano, estableciendo relevancia las disposiciones de la Ley ----- Julia.-

Fuero Juzgo.- Esto se considera como la obra legislativa más importante de los visigodos, y en su redacción el Liberio de Alarico, éste servirá para caracterizar a todo el Derecho Visigodo, se subordina - el Derecho Romano a la Justicia Divina y se sanciona el Derecho bajo -- los principios de comunidad y personalidad, se concede pleno respeto - a la personalidad humana, atorgándosele valor primario a la honra y a la dignidad, regulaba también, el adulterio en las leyes del Título IV, - Libro Tercero.-

Fuero Viejo de Castilla.- En éste Código, no se prevé en -- forma expresa, el adulterio, sino solamente el fornicamiento de mujeres.

Fuero Real.- Esta legislación es de gran influencia germánico-romana y romana, su fuente de inspiración está en el Fuero Juzgo y en los Fueros Municipales.- Esto contiene una regulación más completa del delito de adulterio, sanciona el cometido por él con mujer casada sin descartar el del marido, siempre y cuando él no lo hub-----

----- sicario y cuando él no lo hubiere cometido a su vez y a cual-
quiera otra persona, si el marido no hubiere otorgado el perdón.- En lo
que respecta a la acción, sigue el criterio del Fuero Juzgo ó sea que
el marido puede dar muerte a los adúlteros, pero con la condición de
que sea a los dos y concede inmunidad para el uxoricidio cometido por
ésta causa, extendiéndola al caso de la hija ó hermana que sean ser-
prendidas en delito.-

Leyes de Estilo.- Dictadas por Fernando IV, llamadas también
Declaraciones sobre el Fuero Real, contiene, respecto al adulterio, --
disposiciones reglamentarias.- En la Ley 93 se menciona la facultad --
concedida al marido para dar muerte a los adúlteros, en sentido de ne-
gar esa facultad, si uno de ellos lograba escapar, en que caso, no ---
podía dar muerte al otro, sino cuando lograba la detención del prófugo
y se le venciera en juicio.-

Código de las Partidas.- (1256- 1263) Obra realizada por -
Alfonso X el Sabio, llamada también Senterario, Libro ó Fuero de las -
Leyes, debiendo su nombre al número de libros que la componen, ésta le
gislación es de influencia netamente cristiana y tiene como fuente, en
primer término, la palabra de los santos y en segundo lugar los dichos
de los sabios.- Define el adulterio y excluye porque no puede perse-
guirse el cometido por el marido, reconoce el carácter del delito pri-
vado a éste, pues la acción para perseguirlo, se concede al marido, y
en su defecto, al padre, a los hermanos y a los tíos, impide la acción
del marido cuando éste, a su vez, lo ha cometido, perdonando ó dejando
prescribible la acusación que debe ser probada por ó con testigos, si
es público, y si se trata de acusación privada, con siervos al servi-
cio de los acusados.- La pena se impone en atención a la calidad del -
sujeto pasivo, exime de pena con ciertos requisitos al marido, cuando
priva de la vida al individuo a quien previamente había prohibido las
relaciones con su mujer.-

Fueros Municipales y Legislación Foral.- El Fuero Municipal de Plasencia, no exime de la pena al marido que castre al individuo sorprendido con su mujer, ó con su hija y a la vez, faculta para autillar a la adúltera.- El de Miranda y Sádoba, no sanciona al marido cuando priva de la vida al adúltero sorprendido infraganti.-

En las Legislaciones Forales, " el Libro de las Cortes generales de la Insigne Ciudad de Borbona ", distingue al adulterio cometido por cristianos, con dependiente, criado, huésped, portante ó con infieles y la acción para denunciar el delito, corresponde al marido ofendido.-

Ordenamiento de Alcalá.- Fue aprobada ésta obra por Alfonso XI, en 1384 y fue destinada a León Castilla.- Ordena que el marido está facultado para dar muerte a los adúlteros, pero con la condición de que fueran los dos y se les concede derecho a hacer uso de esa facultad, ó el de ejercitar la acción en contra de uno solo ó de ambos.-

Leyes Recopiladas.- Fueron publicadas con el título de " Ordenanzas Reales de Castilla ", y en ellas se reproducen las disposiciones del Fuero de Castilla en lo que respecta al adulterio.- En la Nueva Recopilación, se agregó el título XX, mismo que habla sobre el adulterio, el rapto y el estupro, y la Novísima Recopilación, sanciona el adulterio en las Leyes del título XXVIII del libro XII y se replican las disposiciones contenidas en los ordenamientos anteriores, respecto al castigo que el marido.-

Código Español de 1882.- En éste Código se hace la distinción como delitos diversos, el adulterio de la mujer y del marido, denominándolo concubinato.-

Código Español, 1848-1870.- Distingue como delitos: el adulterio y el concubinato y en cantidad penal con reclusión menor, admite en cualquier momento, la acción, haciéndolo extensivo a ambos adúlteros y sanciona el uxoricidio en caso de delito infraganti.-

Como ya se mencionó anteriormente, el Derecho Español --- derivado del Derecho Romano, Reducido a su vez, vigencia en la Nueva España y en virtud de ésta, no tiene capacidad legislativa, pero hay que reconocer que los pueblos indígenas existentes antes de la Colonia, ya tenían sus formas de castigar los hechos que consideraban nocivos, así cabe hacer mención honorable de algunas costumbres pre-coloniales y en materia de castigar el adulterio.-

Entre las tribus que habitaban Venezuela y Guayana, se castigaba el adulterio, con la muerte, ya que se consideraba a la India como cosa propia del marido.- En Guayana Guayana y las Indias, castigaban con la misma pena el adulterio, pues consideraban que era un hecho para el marido, y el robo era considerado como una de las más graves infracciones en contra de la persona.- Respecto a la América con que castigaban los delitos, el adulterio; existían varias facultades para castigarlo, la venalidad, pero se dice que con la de la lapidación.-

Las sanciones dadas sobre el adulterio, en nuestra legislación nacional, fueron absorbidas de la obra de Don Juan González de la Vega.-

Código Penal de 1871.- En esta época cuando aparece una legislación nacional, pues aunque luego habido una independencia, seguían vigentes las Leyes Españolas, y así, en sus artículos 816 y 821, manifiestan la estimación como delito a todo el adulterio de la casada, en cambio la esposa sólo podía quejarse en tres casos: cuando su marido lo cometiera en el domicilio conyugal, con concubina ó con escándalo.- Se permitía de la siguiente manera: se concedía a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos gravedad que a ésta, ya que si no se puede negar que moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son iguales las consecuencias, pues cuál pueda inferido por la infidelidad de su consorte y la reputación de ésta, no se puede por las faltas del marido; la mujer adúltera defraudada, su deber a sus hijos legítimos introducen-

-----do herederos extrínsecos a la familia y ésto no sucede en el -----
adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio.-

Código Penal de 1929.- Incluyó al adulterio en el título ---
de los delitos contra la familia, (delitos contra el estado civil de
las personas, abandono de hogar, adulterio, bigamia y otros matrimonios
ilícitos) sin embargo no estableció distinción en lo que respecta al
sexo de los culpables, manifestando en el artículo 891 que: --
" sólo se sancionará el adulterio cuando éste se cometiére en el domici-
lio conyugal ó cuando cause escándalo."-(30)

C) SITUACION ACTUAL.4 Existen algunas legislaciones que tie-
nen pequeñas variaciones con el Código Penal Federal, como por ejemplo:
el Código Penal del Estado de Jalisco, en su artículo 247, éste, en --
su ejecución casi es igual que el Federal, existiendo una pequeña di-
ferencia, pues el del Distrito Federal, en su artículo 274, párrafo II
manifiesta: "que éste, se aplicará en el caso de que los dos adúlteros
vivan ó se hallen sujetos a la acción de la Justicia del país", ó ----
sea, que éste dá amplias facultades para seguir a los culpables en to-
do el territorio de la República Mexicana, en cambio el Estado de Ja-
lisco señala: "que los adúlteros viven y se hallen sujetos a la acción
de la Justicia del Estado", restringiendo así el ámbito territorial de su
disposición, pues éste se aplicará que sólo se sujetará a la justicia
y autoridades del Estado de Jalisco. En misma diferencia la mencionen-
los Códigos Penal del Estado de Colima, en su artículo 240 y el de -
Sonora en su artículo 222.

(30) González de la Mora, Francisco. Op. Cit., págs. 426-427

Otras de las diferencias que tiene el Código Penal del --- Estado de Sonora con el del Distrito Federal, es que en su artículo --- 221 impone una pena de tres días a tres años de prisión y priva de los derechos por seis años, es decir; que aumenta la penalidad impuesta --- por el Código Federal, ya que éste impone hasta dos años solamente.

El Código Penal de Aguascalientes, sí da una definición del delito de adulterio ya que señala en su artículo 248: " Cometten el --- delito de Adulterio, el hombre y la mujer que tengan entre si relaciones sexuales, siendo uno de ellos ó los dos casados con otra persona, siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal ó con escándalo. ". Existiendo así una diferencia grandísima, pues éste sí ma--- nifiesta expresamente lo que es el delito de adulterio.

En cambio, existen algunos Estados en los cuales ha sido suprimido éste delito de sus legislaciones, como por ejemplo: El Código Penal de los Estados de Michoacan, Puebla y Veracruz.'

Al tratar el tema de los elementos materiales que integran el delito de adulterio, diremos que éstos son: a) un acto de adulterio b) que éste se cometa en el domicilio conyugal ó circunstancia del lugar, y, c) con escándalo ó circunstancia de modo. Existiendo algunos autores entre los cuales se encuentran Francisco González de la Vega, que reconoce otro elemento más, indistintamente de los ya mencionados, mismo que es el elemento psicológico.'

Respecto al primer elemento, es decir; el adulterio propiamente dicho, en materia civil se da una definición la cual abarca ya, lo que se entiende por adulterio y que considero importante hacer --- mención, señalando: "que el adulterio es la violación de la fidelidad que se deben los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial.".- (31)

(31) Diccionario de Derecho Privado. Op. Cit.

Menciona el Doctor Alberto González Blanco: " Ante la ausencia de definiciones legales sobre éste tema, se ha orientado en el aspecto de otorgar un significado puramente gramatical, como se demuestra con la ejecutoria pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, inscrita en la página 4757 del Tomo 81 del Semanario Judicial de la Federación, que establece que a pesar de la ausencia de definición, sobre el delito de adulterio que en general se nota en todos los ordenamientos penales que rigen en la República Mexicana, para su caracterización jurídica, se ha atendido a su significación gramatical ordinaria, es decir, la prueba se ha dirigido a demostrar las relaciones extra-matrimoniales de los cónyuges, y aunque éste, por su propia naturaleza es susceptible de apreciación a través de determinadas circunstancias que no dejan duda al respecto por lo que hace al acreditamiento de aquellas relaciones íntimas con personas a la ligada por el vínculo conyugal. " .- (32).

Y así para hacer un estudio de lo que se entiende por acto de adulterio, como ya se mencionó, es el acceso carnal, que en mi opinión el doctor Alberto González Blanco, debe de estudiarse desde los aspectos de esencia y existencia. En lo que se refiere a éste último aspecto, se ha planteado el problema de que sí existe el delito de adulterio, en los casos en que no haya posibilidad de enjendrar, como por ejemplo, con un niño ó un anciano; y en relación a esto, es necesario hacer mención que el delito existe aún cuando se haya realizado con un niño o un anciano, ya que el elemento principal es el acceso carnal ó acto sexual y no su anjendramiento, así que no importa la edad o condición física del co-partícipe, para la total tipicidad del delito, sino sólo el acto sexual.

(32) González Blanco, Alberto. Op. Cit. Pág. 190.

En lo que se refiere a la esencia, existen diversos criterios sobre el acto sexual, siendo los prevalectientes los que a continuación se mencionan: a) El que exige la cópula normal (coito) y por tanto descarta los actos libidinosos y los contranaturales, manifestado Carrara, que éstos últimos sólo son simples injurias al marido y no adulterio; b) El que exige " la seminatio intra vas ", es decir; la introducción del órgano genital masculino en un conducto femenino, pero con la condición de que la " seminatio intra vas " sea por el conducto normal, y , c) el tercero es el que no precisa la " seminatio intra vas ", sino simplemente la unión de los órganos genitales, a éste criterio se adhieren Manzini, Ferrer y Moreno.'

El maestro González de la Vega señala: " Que la legislación mexicana lleva un sistema ecléctico, pues se castiga tanto del ayuntamiento en forma normal, como el realizado contra natural, por considerarse una ofensa para el engañado y en el orden de la familia, existente en los dos supuestos y no es necesaria la perfección fisiológica, en su pleno agotamiento, sino que sólo basta la intruducción del miembro masculino en el órgano femenino, para que exista el adulterio y se excluya cualquiera otra obscenidad por intenso que sea y los actos Homosexuales."- (33).'

Este mismo criterio tiene Hoffer, quien menciona que los graves contra natura, no lesionan menos que la cópula normal y la pureza del matrimonio. Tambien Eusebio Gómez señala que el acto se hace extensivo a todo contacto entre mujer casada y hombre que no sea su marido.

(33) González de la Vega, Francisco. Op. Cit.' Pág. 432.'

La Ley establece que sólo se castigará el adulterio consumado, ésta regla es derogatoria de la tentativa del delito de Adulterio y obedece a que los actos preparatorios ó los antecedentes de la fornicación adulterina son generalmente equívocos y su persecución se presentaría a errores e injusticias. El adulterio se considera como delito instantáneo, se consuma en el momento mismo del acceso carnal, además de poderse interrumpir el delito continuado cuando entre los mismos autores se prolonga en formas más ó menos persistentes un estado de relaciones sexuales.

El segundo elemento se divide en dos aspectos: a) que el adulterio se cometa en el domicilio conyugal, circunstancia de lugar, y, b) que se cometa con escándalo, circunstancia de modo. Para que éste delito pueda castigarse, es necesaria la realización de cualquiera de éstas circunstancias especiales, dañadoras del orden familiar matrimonial, por la afrenta que entraña al cónyuge inocente.

Domicilio Conyugal.- El Código de mil ochocientos setenta y uno, señala en su artículo 822, que se entiende por domicilio conyugal, " la casa ó casas que el marido tiene para su habitación y se equipara al domicilio conyugal la casa que solo habita la mujer." (34). Y se puede objetar ésta definición basándose en que desatendía el hecho en la casa en donde convivieran o no los dos cónyuges.

El Código de mil novecientos veintinueve, en su artículo 892 señala un sentido más real o verdadero, pues entendía por domicilio conyugal, " la casa en que el matrimonio tiene habitualmente su morada. ", (35). El error de éste Código fué exigir su habitualidad, sin tomar en consideración que la infracción puede realizarse a ún en residencia transitoria.

(34) González de la Vega, Francisco. Op. Cit. Pág. 434.

(35) Idem. Pág. 434.

La doctrina en que se basó el Código Penal de mil novecientos treinta y uno del Distrito Federal, entiende por domicilio conyugal: " la casa, vivienda o cuarto destinado para la convivencia permanente o transitoria de los cónyuges." .- (36).

Raúl Carranca y Trujillo, señala que el domicilio conyugal es: " la casa u hogar donde están establecidos o donde viven permanentemente o transitoriamente los casados conforme a la ley civil.".- (37).

En lo que respecta al escándalo ó circunstancia de modo, siendo éste uno de los que forman el segundo elemento material del delito de adulterio, hay que hacer la aclaración de que no existe una definición uniforme sobre éste; pues canónicamente se decía que el escándalo es: " la conducta que por el mal ejemplo se que dá, influye en la corrupción de la costumbre." .- (38).

La Academia dice que el escándalo es: " acción o palabra que es causa de que obre mal o piense mal otro y en su sentido más preciso es el desenfreno, desvergüenza o mal ejemplo." .- (39)

De una manera general diremos que el escándalo es: " la publicidad de un acto que ofende la moral media social, siendo su carácter privativo y específico, dicha ofensiva notoriedad." .- (40)

González de la Vega dá una definición de escándalo de una manera especial y dice que es: " el desenfreno o desvergüenza de los amoríos ilícitos que por su publicidad constituyen ofensa contra la moral media y en especial contra el cónyuge inocente, dado el entredicho en que queda ante los demás." .- (41)

(36) González de la Vega, Francisco. Op. Cit. Pág. 434

(37) Carranca y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 635.

(38) Mencionada por Gonzalez de la Vega. Op. Cit. 435.

(39) Idem. Pág. 435.

(40) Ibidem.

(41) Gonzalez de la Vega. Francisco. Op. Cit. Pág. 435.

La publicidad o caracter ostentoso de las relaciones adulterinas consiste en que los adúlteros ostentan cínicamente sus amorios ó los dan a entender claramente con su conducta desenfrenada. El escándalo a desvergonzada o despectiva de los amantes.

Raúl Carranca y Trujillo señala que el escándalo consiste: -- " en el desenfreno exhibido, en la notoriedad que se dá públicamente a la situación adulterina, lo que afrenta al cónyuge inocente y ofendido con el mal ejemplo a la moral pública."- (42)

El escándalo es un elemento de índole normativo, que el juez debe tomar en cuenta, basandose en las circunstancias y antecedentes personales de los adúlteros en relación con el ofendido, las modalidades de su conducta externa, y el ambiente social en que manifiesta sus relaciones adulterinas con el fin de valorar y determinar si son constitutivos, de publicidad afrentosa. La manera de demostrar el escándalo en el delito de adulterio, es necesario que se justifique que el adúltero abandonó el domicilio conyugal y se fue a vivir con el coacusado, haciendo vida marital públicamente.

Respecto al tercer elemento ó sea el elemento psicológico al que se hace mención al principio de éste tema, citaremos, lo que al respecto dice González de la Vega, quien manifiesta que: como todos los delitos que tienen por objeto el desahogo ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial ó culposa. -- El dolo radica, para los protagonistas, en la conciente ejecución de la cópula transgresora de las normas matrimoniales.

El elemento psicológico de la infracción adulterina requiere, para el casado infiel, voluntad y conocimiento de que ejecuta el acceso carnal con persona que no sea su cónyuge, y, para con persona ligada en matrimonio.

(42) Carranca y Trujillo. Op.' Cit.' Pág.' 35.

Es verdad que el adulterio consiste en una actividad sexual realizada en común por los dos protagonistas que se ayuntan y, por lo tanto, supone generalmente que ambos son culpables del acto; pero, en casos concretos, puede acontecer que el casado o el extraño, a pesar de ser autores materiales del fornicidio, no será responsable el que sufre la violación adulterina. Ejemplo claro, cuando se vence ó anula su resistencia al acto por una fuerza exterior (violencia física) ó por miedo ó temor, y para evitar daños (violencia moral) ó cuando se aprovecha para el concubinato su estado de indefensión, Como la exclusión sólo es para el que no ha actuado voluntariamente, el violentador adulterino será responsable en forma de concurso formal, tanto de violación como en su caso de adulterio, pues éste ha ejecutado un delito de los denominados complejos; pues en un solo hecho, ha violado disposiciones legales y sólo se deberá aplicar la pena de la violación por ser el delito mayor que podrá aumentar hasta una mitad más del máximo de su duración.

Tampoco responderá del delito de adulterio, aquél que obre bajo una causa de inculpabilidad de su conducta, como en el caso de que el coartado del adulterio ignore el vínculo matrimonial de su amante ó en el caso de que el autor del acceso carnal adulterino lo haya realizado por error de hecho, ejemplo, cuando sin conocer a su cónyuge haya realizado matrimonio mediante poder y sostenga relación carnal con un extraño suplentador, cuando hubiera cometido el acto creyéndose viudo por haber recibido noticias falsas que lo hicieran tener por verdadera la muerte de su cónyuge.

D) BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL ADULTERIO.- Respecto a los bienes lesionados por el delito de adulterio, es muy difícil precisar con exactitud cual es el bien tutelado por la ley; Soler opina que la causa de esa imposibilidad se puede deber a la vinculación con intereses y principios complejos, como el matrimonio, la garantía de pureza de los hijos, integridad de la familia, honestidad u aún la exclusividad de las relaciones sexuales.- (44)

(44) González Blanco. Op. Cit. Pág. 204.

A continuación mencionaremos varias opiniones de distintos autores respecto a éste tema:

El doctor Alberto Gonzalez Blanco, dice que el adulterio lesiona la honestidad tanto del ofendido como de la sociedad. (45). Este punto es bastante discutible, ya que las personas que cometen éste delito sólo lesionan su propia honestidad pública, cabe hacer mención a lo que dijo Langley: " que niega que el adulterio sea un delito contra la honestidad o que sea un ultraje al honor ó ataque el orden familiar", y dice también que a nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por inmundicias que sólo así propio... imposible alegar que es un ultraje al honor de una persona inocente por la conducta de otra culpable". (46). Luis Jimenez de Asúa dice que resulta absurdo e injusto suponer que el ofendido pueda sufrir un menoscabo en su honrra por la conducta observada por el cónyuge infiel.- (47).'

Francisco González de la Vega, considera que el bien lesionado por el delito de adulterio es la fidelidad conyugal, y Carrara, manifiesta: " que la fidelidad conyugal constituye un deber jurídico -- por que a él corresponde el derecho, en el otro cónyuge a exigir su observancia. La violación de este derecho, reprobable enfrente de la ley moral y la jurídica, es adulterio, tanto cuando la infidelidad se comete por la mujer en perjuicio del derecho marital, como cuando se comete con el marido en ofensa de su consorte... hace consistir la lesión, no sólo frente a la ley moral, sino también a la ley jurídica". Luis Jiménez de Asúa niega que éste sea el bien lesionado y manifiesta: "que reprimir el adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal, equivaldría a castigar la infracción, de los deberes morales-

(45) González Blanco, Albarto.' Op.' Cit.' Pág. 204

(46) González de la Vega, Francisco. Op. Cit.' Pág. 429.

(47) Citado por González Blanco, Alberto. Op. Cit. Pag. 204.'

---- más que jurídicos; pero aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fuese en deber jurídico por corresponder a él, en el otro --- cónyuge, un derecho a exigir su observancia, esto no bastaría para --- elevar su incumplimiento a la categoría del delito." La legislación mexicana vigente, afirma que la fidelidad no es el bien lesionado por el adulterio, ya que así fuera, toda infidelidad carnal de los cónyuges, aún la realizada sin escándalo ó fuera del domicilio conyugal, -- sería delictuosa.- (48).

El doctor Alberto González Blanco dice que el objeto de la tutela penal radica en el adulterio en el interes de asegurar la integridad del matrimonio, manifestando, además, que no tiene razón Soler al sostener que el adulterio no puede alcanzar la determinación de un bien protegido, pues debe de tomarse en cuenta que los intereses por él señalados, tienen relevancia en función de la integridad del matrimonio. Este mismo autor menciona varias opiniones de distintas personas entre las que se encuentran, Manzini quien dice: " que el bien lesionado es la externa injuria causada al cónyuge inocente por la ofensiva invasión de la residencia común ó por la grave publicidad ocasionada por su realización escandalosa.".- Manfredini señala: " que el bien lesionado por el adulterio es el orden ético jurídico matrimonial y familiar integrado por el ejercicio de la función sexual, la -- de los hijos y de la familia." .- Shaveau y Helie dice; " que el bien lesionado es el quebrantamiento al orden de la familia y al daño inferido a la sociedad." .- (49).

(48) González Blanco, Alberto. Op. Cit. Pág. 428.'

(49) Op. Cit.' Pág. 430.'

Otros opinan que el bien lesionado por el delito de adulterio, es el buen orden de la familia y respecto a esto considero necesario hacer mención a lo que dice Langley, siendo lo siguiente: " que cuando se dá el adulterio en un matrimonio, ya no existe el orden,--- la armonía y el amor familiar, sino de una manera ficticia, y además,--- ocasiona un daño de carácter público a la sociedad y así por ese desamor se destruye el orden familiar."- (50).

Francisco González de la Vega, opina que es cautelosa la --- actitud del legislador mexicano al contemplar como delito la injurio--sa y despectiva actitud de ejecutar el adulterio, invadiendo la resi--dencia matrimonial, ó con la grave publicidad motivada por el escándalo, y señala: " que más que un delito sexual es un delito de injurias en sentido lato.", y concluye diciendo que, " el objeto de la tutela penal radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra --- daños ó peligros causados por los actos adulterinos, realizados en --- condiciones de grave ofensa contra el cónyuge inocente, (escándalo ó --- violación del domicilio conyugal) siendo pues, el adulterio, delito --- de incontinencia sexual contra el orden familiar matrimonial." (51).

El adulterio puede probarse por medio del acta de nacimiento de un hijo natural del cónyuge demandado, habido con persona distinta a su esposo legítimo, por que aún cuando se trata de un documento --- público que no constituye prueba para demostrar directamente el adulterio, en cambio si hace prueba plena en cuanto al nacimiento del menor y lo declarado por quienes lo representaron y reconocieron quedando demostrado el hecho relativo al nacimiento del hijo natural, aún --- subsistía en vínculo matrimonial, queda deducida la existencia del --- adulterio, que es consecuencia de aquél hecho y establecida la presunción relativa a la existencia de la causal invocada.- (52)

(50) Citado por González Blanco, Alberto. Op. Cit. Pág. 429

(51) Op. Cit. Pág. 430.

(52) González Blanco, Alberto. Idem. Pág. 491.

Todos los legisladores de los Estados de la República Mexicana, manifiestan que el delito de adulterio no admite grados y sólo se sanciona al consumarse y si no se justifica la consumación del acto carnal constitutivo del delito, no existe tal delito.

El adulterio puede probarse por todos los medios legales conocidos, desde la prueba de " visu de los adúlteros inipsuturpitaine ó salcio et sola, nudus et nuda it codex lecto" (desde la prueba de vista de los adúlteros en el hecho vergonzoso encontrados desnudos ó desnuda en el lecho), hasta la confesión, fuga de los amantes, vida marital, testimonios y documentos privados.- (53).

El Código Penal francés menciona que las únicas pruebas que se pueden presentar en el delito de adulterio, son el delito flagrante, cartas u otros papeles escritos por el cónyuge culpable.- (54).'

(53) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Edit. Bibliográfica. Argentina, Buenos Aires. Pág. 537.'

(54) Idem. Pág. 537.'

CAPITULO III.

DELITOS QUE TUTELAN LA LIBERTAD SEXUAL Y DILIGENCIAS BASICAS QUE PRACTICA EL MINISTERIO PUBLICO PARA LA COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD.

En éste capítulo, se tratará de analizar los delitos que tutelan la libertad sexual y así mismo, la seguridad sexual, basándonos en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, así como también expondremos las diligencias necesarias que emplea el Ministerio Público, en la comprobación del ilícito en la Averiguación Previa, por lo que analizaremos por pasos, los requisitos de procedibilidad en cada uno de éstos, por lo que en seguida se comenzará a enumerar y a analizar cada uno de éstos delitos.-

A) ATENTADOS AL PUDOR.- Señalado en el artículo 260 y 261 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Definición Típica y Punibilidad.- Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual con la intención lasciva ó la obligue a ejecutarlo, se le impondrá prisión de quince días a un año ó de diez a cuarenta días de trabajo a favor de la comunidad.

Si se hiciere uso de la violencia física ó moral, la pena será de uno a cuatro años de prisión.

Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto en persona menor de doce años de edad ó en persona que por cualquier causa no pueda resistirlo ó la obligue a ejecutarlo, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión ó de veinte a ochenta días de trabajo en favor de la comunidad.

Si se hiciere uso de la violencia física ó moral, la pena será de dos a siete años de prisión.

Requisitos de Procedibilidad.- (Denuncia). En las diligencias básicas que en términos generales debe practicar básicamente el Ministerio Público en la Averiguación Previa de hechos posiblemente constitutivos del delito de Atentados al Pudor, se encuentran las siguientes:

a) Declaración de quien proporciona la noticia del delito que puede ser, el ofendido ó cualquier persona,

b) la Inspección Ministerial del agraviado para efectos de dar fé de su integridad física ó de las lesiones que presente,

c) solicitar al médico legista de la adscripción, examine al sujeto pasivo y dictamine sobre su edad clínica posible y circunstancias específicas relativas a éste, (hipótesis del artículo 261) estado de integridad física ó las lesiones que presente, recabando y agregando a la Averiguación Previa iniciada, el certificado médico correspondiente,

d) la Fé Ministerial del dictámen médico que se expida con motivo del exámen relacionado con el punto anterior, agregándose dicho documento a la Averiguación Previa iniciada,

e) la Declaración del sujeto pasivo cuando no haya sido quien proporcionó la noticia del delito, se le solicitará nombre y media filiación del indiciado si éste no se encuentra.- En caso contrario, se procederá a la diligencia de la identificación,

f) la Inspección Ministerial y Fé Ministerial de ropas del pasivo, en el caso de que en ellas se encuentren huellas ó vestigios de la conducta desplegada por el posible sujeto activo,

g) si existen testigos y se encuentran en la oficina del Ministerio Público, se procederá a tomar su declaración, si existen testigos y no están presentes, y el sujeto activo posible, se encuentra a disposición, (hipótesis contemplada en los párrafos finales de los artículos invocados con anterioridad) se les mandará citar, si no acuden a la cita, podrá ordenarse a la Policía Judicial adscrita, su localización y presentación,

h) La Inspección Ministerial del probable sujeto activo --- en su caso, para efectos de dar fé de su estado psicofísico, integridad física ó lesiones, si las presenta,

i) solicitar al médico legista de la adscripción, dictamine sobre el estado psicofísico del probable sujeto activo, su integridad física ó las lesiones que presenta, así como recabar el certificado --- médico correspondiente,

j) la Fé Ministerial e incorporación al Acta de Averiguación Previa iniciada, del documento que contenga el dictámen pericial aludido en el punto anterior,

k) la Declaración del probable sujeto activo del delito,

l) la Inspección y Fé Ministerial de las ropas del posible --- sujeto activo, cuando en ellas se encuentren huellas relacionadas con la conducta desplegada en la comisión del ilícito,

m) la intervención de la Policía Judicial cuando proceda, --- (En el caso de que el individuo no haya sido puesto a disposición ó --- estándolo, haya otras personas involucradas en la comisión del delito)

En la investigación de éste tipo delictivo, el personal del Ministerio Público deberá desentrañar como esencia de la conducta del sujeto activo, si su deseo era el de llegar ó no a la cópula con la --- víctima.-

Los delitos tanto como Atentados al Pudor y Violación, en --- grado de tentativa, presentan una afinidad aparente que desde luego no existe, de ahí que sea importante desentrañar, con elementos objeti---vos, el dolo específico del sujeto activo.-

Ahora bien, la cópula, es el acto sexual por excelencia, los demás actos ejecutados sobre el sujeto pasivo, para que sean considera---dos como sexuales, deberán estar matizados de lubricidad, es decir; de apetencia de lo sexual, aunque no se pretenda llegar a la consumación de la cópula, como por ejemplo; de actos sexuales, algunos autores --- citan el restregar el órgano sexual de la víctima con el miembro -----

----- viril, hacerse tocar éste, tocar las piernas ó los pechos -
de una mujer, acariciar la vagina, besar, aplicando los labios ó la --
lengua lascivamente, entre otras.-

Los párrafos segundos de los artículos transitorios del Cr--
denamiento legal invocado con anterioridad, contemplan como circunstan-
cia agravante de la penalidad, la utilización de la violencia física ó
moral, como medios para la realización de la conducta.- Esto hace nece-
sario que al tomarse la declaración, a los sujetos involucrados en la
Averiguación Previa iniciada, debe tratar de precisarse si concurre--
ron cualesquiera de éstos medios en la ejecución del ilícito.- Por ---
otra parte, lo anterior es determinante de la competencia, ya que si -
la conducta se adecúa al primer párrafo, la acción penal se ejecuta --
ante un Juez de Paz, mientras que si se encuadra en el segundo párrafo,
la competencia será de un Juez de Primera Instancia.-

B) ESTUPRO.- Señalado en el artículo 262 del Código Penal --
vigente para el Distrito Federal.-

Definición Típica y Punibilidad.- Al que tenga cópula con --
mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consenti-
miento por medio del engaño, se le aplicará de un mes a tres años de -
prisión.-

Requisitos de Procedibilidad.- Querrela por parte de la mu--
jer ofendida, de sus padres, ó a falta de éstos, de sus representantes
legítimos.- (artículo 263 C.P.)

Diligencias Básicas.- En términos generales, el mínimo de di-
ligencias que deben practicarse, para integrar el cuerpo del delito y
la presunta responsabilidad en el delito de estupro, con el objeto de
estar en aptitud de ejercitar acción penal, son las siguientes:

a) Declaración de la persona que proporciona la noticia del
delito, conteniendo una narración puntualizada de los hechos y reca---

-----bádole su querrela, en el caso de que a ella corresponda el de--
recho a presentarla,

b) la Inspección Ministerial de la ofendida con el objeto de dar fé de su edad clínica probable, huellas ó vestigios que pudieran - aparecer,

c) solicitar al médico legista de la adscripción que dictamine acerca del estado ginecológico, edad clínica probable de la ofendida y recabar el certificado médico correspondiente,

d) la Fé Ministerial e incorporación a la Averiguación Pre--
via iniciada, del certificado médico a que se refiere el inciso que --
antecede,

e) solicitar de la ofendida ó de quien haya presentado la --
querrela, el documento relativo a la edad del sujeto pasivo,

f) la Fé Ministerial e incorporación a la Averiguación Pre--
via iniciada, del documento ó dictámen relativo a la edad de la ofen--
dida,

g) la declaración del sujeto pasivo, proporcionando nombre y media filiación del indiciado, si no hubiera sido presentado ó identificación del mismo, en caso de estar presente,

h) la declaración de testigos, en su caso,

i) cuando esté presente el inculpado, se practicará Inspec--
ción Ministerial respecto de las huellas ó vestigios que pudieran a--
preciarse en relación a los hechos que se investigan,

j) el Exámen Pericial Médico respecto al estado andrológico del probable sujeto activo,

k) la declaración de testigos para acreditar la calidad de -
casta y honesta que el tipo legal exige en el sujeto pasivo,

l) el esclarecimiento de que el consentimiento para la cópu-
la se obtuvo por medio del engaño.- Esta situación se puede establecer con la propia declaración de la ofendida, con la declaración de los --
testigos presentados ó con la confesión del indiciado,

m) la intervención de la Policía Judicial cuando el posible

----- sujeto activo no haya sido puesto a disposición.-

Elementos del Tipo.- 1) Copular, 2) con mujer menor de dieciocho años, 3) que sea casta y honesta, y 4) que haya obtenido su consentimiento mediante el engaño.-

La cópula en éste tipo, debe entenderse como el ayuntamiento carnal, como la introducción del órgano viril en la vagina de una mujer.- Otro tipo de relación sexual aberrante, negaría los calificativos de honestidad y castidad del sujeto pasivo.-

Castidad y honestidad, son términos de valoración cultural en cierta forma imprecisos por subjetivos, pero la interpretación doctrinal y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han fijado su contexto.-

La castidad es entendida como la abstención de conductas sexuales indebidas.-

La honestidad consiste en la aceptación y reconocimiento social, del comportamiento correcto de una mujer en lo referente a lo sexual, es decir; la imagen que una persona proyecta por su comportamiento y que es observada por la gente de su grupo social, avalando el mismo.-

Engaño.- El engaño es la mentira manifestada con dolo, para formar en quien la recibe, una falsa interpretación de la realidad.-

En éste aspecto, el estupro gráficamente se identifica con el fraude del amor.-

A propósito de éste medio comisivo en delito de Estupro, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que " es la tendenciosa actividad seguida por el agente activo del delito, para alterar la verdad y producir en el agente pasivo un estado de error, confusión ó equivocación para lograr la prestación erótica."- (55)

Por lo tanto, en la investigación de éste ilícito, el Agente investigador, deberá mostrarse acucioso en el interrogatorio de la víctima y del indiciado, con el fin de encuadrar y precisar el medio comisivo que haya puesto en juego el sujeto activo.-

La descripción de las conductas previas al acto sexual, darán pauta para establecerlo y siempre deberá tenerse presente que el engaño habrá de tener tal fuerza que sea realmente el medio ó la causa de la realización de la cópula.-

Es importante mencionar que por disposición expresa de la -- parte final del artículo 263 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, lo siguiente: cuando el sujeto activo se case con la mujer -- ofendida, cesará toda acción para perseguirlo, de tal manera que la de mostración por cualquier medio legal de que han contraído matrimonio -- los sujetos activo y pasivo, none fin al procedimiento.-

C) VIOLACION.- Señalado por el artículo 265 y por el artículo 266 bis del Código Penal vigente para el Distrito Federal.-

Definición Típica y Punibilidad.- Al que por medio de la violencia física ó moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.-

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

Requisitos de Procedibilidad.- (Denuncia)

Diligencias Básicas.- Las diligencias que debe de practicar el Ministerio Público, básicamente, para estar en aptitud de resolver una Averiguación Previa iniciada por el delito de violación, son las -- siguientes:

a) Declaración de quien proceda la noticia del delito,

b) la Inspección Ministerial del sujeto pasivo, dando fé --- detalladamente de su estado y circunstancias, principalmente respecto a su estado ginecológico y proctológico, según sea el caso, además de la presencia de lesiones y estado psicofísico,

c) solicitar al médico legista de la adscripción, examine -- al sujeto pasivo del delito y dictamine acerca del estado de la persona, principalmente y respecto al estado ginecológico ó proctológico de acuerdo con el caso concreto, la presencia ó ausencia de lesiones y -- estado psicofísico, su edad clínica probable en caso de que sea menor de edad y si se trata de persona púber ó impúber,

d) la Fé Ministerial e incorporación del dictámen que se -- menciona en el inciso anterior, a la Averiguación Previa iniciada,

e) la Inspección y Fé Ministerial de la ropa que vistiera el sujeto pasivo al suceder los hechos, cuando en ella se encuentren ---- huellas ó vestígios relacionados con la conducta delictiva y el medio empleado en su comisión,

f) la Declaración del sujeto pasivo, si no fué la persona -- que proporcionó la noticia,

g) la Inspección Ministerial del lugar y de los hechos, cuando fuere posible ubicarlo,

h) la Inspección Ministerial y Fé de armas ó cualquier otro objeto que tuviése relación con los hechos que se investigan,

i) la Declaración de testigos, en su caso,

j) si el probable sujeto activo del delito, se encontrase -- presente, se practicará la Inspección Ministerial para dar Fé de su -- estado psicofísico y demás circunstancias, dando relevancia al estado andrológico del sujeto activo, y además la presencia de lesiones ó en su caso, la ausencia de las mismas,

k) solicitar al médico legista de la adscripción, examine y emita el dictámen pericial médico relativo al estado psicofísico del -- probable sujeto activo del delito, dando especial importancia a su estado andrológico, así como la presencia ó ausencia de lesiones,

l) Fe ministerial e incorporación a la averiguación previa - del dictamen que proporcione el perito médico.

m) Inspección ministerial y fe de ropas que vista el probable sujeto activo, cuando en ellas se encuentren huellas o vestigios relacionados con la conducta delictuosa o el medio empleado en su comisión.

n) Declaración del probable sujeto activo.

o) Declaración del o los testigos si los hubiere y estuvieran presentes; si no están se les mandara citar y de no comparecer se le - ordenara su presentación por conducto de la Policía Judicial cuando el probable sujeto activo estuviera a disposición del Ministerio Público.

p) Intervención a la Policía Judicial, cuando no se encuentre detenido el sujeto activo o estándolo existan coautores o partícipes que no hayan sido puestos a disposición.

Delito equiparado a la Violación.- se impondrá la misma pena que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena aumentara en una mitad.

Requisitos de Procedibilidad.- Denuncia.

Diligencias Básicas.- Las diligencias básicas que deben practicarse para integrar la averiguación previa de éste ilícito son fundamentalmente las mismas que las señaladas anteriormente para la violación, en conducente. En especial deberá establecerse la edad de la víctima o la causa por la cual se encuentre imposibilitada para resistir la conducta delictuosa. Precisar por cualquier medio legal la edad del pasivo (prueba documental, pericial médica, etcetera.), determinar el estado patológico, toxico, traumático o cualquier otra índole en -- que se encuentre el sujeto pasivo a virtud del cual no estuvo en posibilidad de resistir la conducta delictuosa.

Circunstancias Agravantes de la Punibilidad.- Artículo 266 - bis del Código Penal.

Cuando la violación fuere cometida con la intervención directa o inmediata de dos ó más personas, las penas previstas en los artículos anteriores se aumentara hasta la mitad.

Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor contra su pupilo, por el padrastro ó amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro, en los casos en que le ejerciera, el cunabale perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

Cuando el delito de violación se ha cometido por quien desempeñe un cargo ó empleo público ó ejerza una profesión utilizando los medios ó circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión. Como se puede apreciar, el citado precepto legal prevé tres hipótesis que agravan la pena, que son: I) Por intervención de dos o más personas; II) Por razones de parentesco, tutela, relación de padrastro a hijastro y; III) Por razones de cargo, empleo o profesión.'

Diligencias Básicas.- En lo conducente es aplicable al respecto lo señalado en anteriores diligencias básicas debiendo, según la hipótesis, establecer la intervención de dos o más personas, mediante testimonial, confesional ó con el auxilio de peritos; en el segundo supuesto probar la situación de parentesco, tutela, situación de padrastro e hijastro ó amasiao del autor con la madre del ofendido, por medio de documentos o testigos; y en tercer caso, probar el cargo- empleo o profesión con prueba documental principalmente y de manera eventual con testimoniales.

En la violación del tipo básico, que en éste delito el bien jurídico protegido es la libertad sexual. El empleo de la violencia física (*vis absoluta*) o moral (*vis compulsiva* por parte del sujeto activo comprime dicho bien, no estando el pasivo en posibilidad de manifestarse libremente en ese campo. Se traduce en la imposición de la cópula por el activo en la persona del pasivo mediante la utilización de la violencia física o moral para vencer su resistencia a la realización de dicha cópula.

Es conveniente mencionar que a propósito del delito de violación, la cópula que intengra el elemento objetivo del ilícito puede ser normal, esto es, cópula vaginal; o anormal (rectal-peranum u oral-falsetio in ore-).

En relación con el medio comisivo que haya utilizado, en activo, es necesario que al tomar las declaraciones de los sujetos involucrados se trate de precisar con todo detenimiento en qué consistió la violencia utilizada para vencer la resistencia del pasivo, entendiéndose por violencia física, la fuerza material desplegada para imponerle la cópula y por violencia moral la amenaza de causarle un mal inminente o futuro en su persona o de un tercero, capaz de deconstruirle para realizar la cópula.

Violación Impropia ó Equiparada.- Esté tipo delictivo no requiere que el activo haya usado la violencia física o moral, exigiendo únicamente la realización de la cópula y una calidad específica en el sujeto pasivo, es decir, que sea menor de doce años, o bien determinar circunstancias concurrentes en dicho pasivo al producirse la infracción penal (estado de ebriedad, bajo efectos de una sustancia tóxica, etcetera) o estados orgánicos mentales (oligofrenias, cierto tipo de psicosis, deficiencias mentales o físicas, etcetera) que impidan que el pasivo se produzca voluntariamente en sus relaciones sexuales o no esté en posibilidad de resistir la conducta delictuosa.

En estos casos se recomienda solicitar peritaciones en medicina ó Psiquiatría, según el caso, para determinar las circunstancias ó las situaciones específicas en que se encontró ó se encuentra la víctima del delito.

Debe considerarse, que este tipo, para los efectos de su punibilidad, hace remisión al párrafo I del artículo 265, razón por la cual éste precepto debiera ser citado como fundamento en la sanción en el pliego respectivo.

El artículo 266 establece tres hipótesis: en las dos primeras no exige la utilización de la violencia (física, moral ó ambas). En la tercera descripción sí prevé la violencia como medio comisivo, por lo que deberá tenerse especial cuidado en probar que concurre aquella.

Toda vez que ambas conductas típicas tienen su respectiva punibilidad, deberá ponerse atención en presisar los párrafos de los presupuestos jurídicos que sean aplicables.

Se tendrá cuidado en el encuadramiento típico de los hechos denunciados, hábida cuenta de los diferentes elementos que cada tipo exige. Por otra parte es importante también allegarse los elementos necesarios desde la Averiguación para acreditar las circunstancias agravantes de la punibilidad en los tres supuestos que contempla el artículo 266 bis.

D) RAPTO.- (Artículo 267 y 268 del Código Penal.)

Difinición Típica y Punibilidad.- Al que se apodere de una persona por medio de la violencia física o moral, o del engaño para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse, se le aplicará la pena de uno a ocho años de prisión.

Se impondrá también la pena del artículo anterior, aunque el raptor no emplee la violencia ni el engaño, y consienta en el rapto la persona si ésta fuere menor de dieciséis años.

Requisitos de Procedibilidad.- Querrela

Titulares del derecho de Querrela.- Conforme al artículo --- 271 del Código Penal, puede presentar la querrela por el delito de Rapto la ofendida o su marido si fuere casada, si fuere menor de edad la raptada, puede presentar la querrela quien ejerza la patria potestad o tutela ó la misma menor.

Diligencias Básicas:

- a) Querrela de la persona facultada para formularla.
- b) Recabar prueba, en caso, de la edad de la ofendida, que puede ser mediante dictamen de peritos o documentos.
- c) Declaración de testigos en su caso.
- d) Inspección ministerial de la ofendida para dar fe de la existencia de lesiones, que servirán para probar la violencia si el caso lo requiere.
- e) Solicitar y agregar dictamen pericial para efectos de determinar la integridad física ó lesiones, si en la especie procediere.
- f) Inspección ministerial y fe del estado ginecológico ó proctológico, si a juicio del funcionario encargado de la averiguación previa fuere necesario.
- g) Solicitar y agregar dictamen pericial de estado ginecológico ó proctológico, si fuere útil para la averiguación.
- h) Inspección ministerial y fe de ropas.
- i) Inspección ministerial y fe del lugar de los hechos.
- j) Declaración del probable sujeto activo si se encontrase presente.
- k) Inspección ministerial y fe de la integridad física o lesiones del indiciado, si se estima útil para la averiguación previa.

l) Inspección ministerial y fe del estado andrológico del -- sujeto activo, si fuere procedente.

m) Solicitar y agregar dictamen pericial médico para efectos de determinar acerca de la integridad física o lesiones del probable -- sujeto activo, si se estimare procedente.

n) Solicitar y agregar dictamen pericial médico acerca del -- estado andrológico del inculpado, si se estima que puede aportar elementos para la averiguación.

o) Intervención, en su caso, a la Policía Judicial, para -- efecto de la investigación.

Comentarios.- Elemento objetivo del delito: El apoderamiento de la persona. El apoderamiento debe ocurrir por un período más o menos prolongado en el que se desplaza ó retiene a la víctima fuera del ambiente donde normalmente se desenvuelve.

Medios Operativos Seleccionados por la Ley Para Perpetrar el Apoderamiento.- Violencia física(vis absoluta). Aplicación de la fuerza física directa sobre la víctima o respecto de aquéllos que momentáneamente controlen el libre desplazamiento del pasivo, por ejemplo: -- sobre el conductor del vehículo en que viaje aquél. Coacción moral, -- amenaza de un mal grave, en su persona ó en la de un tercero que sea -- capaz de vencer la resistencia de la pasivo para evitar el apoderamiento. Engaño: Este consiste en los artificios, mentiras ó tendencias -- actividad seguida por el activo para alterar la verdad y crear en el -- pasivo un estado de error, confusión o equivocación para lograr el a-- noderamiento o la retención con el objeto de satisfacer el deseo erótico-sexual de que habla el tipo o para casarse con ella, un ejemplo -- tradicional es la promesa de matrimonio a la pasivo rehusándose a cumplir posteriormente.

Bien Jurídico Tutelado.- Es la libertad personal, aunque la obtención de la finalidad de satisfacer un deseo erótico- sexual pudie-

-----ra lesionar algún otro bien jurídico tutelado por diverso tipo -- como pudiera ser el de Atentados al Pudor, Estupro o Violación, con -- los cuales puede coexistir.

Fin Inmediato y Directo.- Satisfacer un deseo erótico- sexual que puede ser hasta la cópula, que constituye la máxima expresión de -- dicho deseo, o bien, para casarse.

Jurisprudencia.- Tesis 1831: El consentimiento de la ofendida no extingue el delito.

Tesis 1836.- Tutela el libre desplazamiento de la mujer en el tipo, se comprende un elemento finalístico de contienda sexual que debe estar presente para su integración.

Es conveniente mencionar, igualmente, que de acuerdo con el artículo 270, cuando el raptor se casa con la mujer ofendida no se podrá proceder "criminalmente" contra él, ni contra sus cómplices, salvo que se declare nulo el matrimonio.

En la averiguación de este delito, principalmente en la toma de las declaraciones a los involucrados y de manera especial del activo y de la pasivo, es muy importante tratar de precisar el medio comisivo, al igual que la finalidad del apodramiento, la que por ser un elemento subjetivo, sólo puede desentrañarse a través de un adecuado -- interrogatorio.

E) INCESTO.- (Artículo 272 del Código Penal).

Definición Típica.- Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus -- descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

Se aplicará ésta misma sanción en caso de incesto entre hermanas.

Requisitos de Procedibilidad.- Denuncia

Diligencias Básicas.- Las diligencias mínimas que debe realizar el Agente del Ministerio Público al tomar conocimiento de una conducta posiblemente constitutiva del delito de incesto, son:

a) Declaración de quien proporciona la noticia del delito ó hace la remisión.

b) Solicitar y recabar dictamen pericial en relación con el estado ginecológico, andrológico y proctológico de los sujetos involucrados y agregarlos a la Averiguación.

c) Inspección ministerial con el objeto de dar fe del estado andrológico, ginecológico ó proctológico de los sujetos que participaron en el ilícito.

d) Declaración de los probables sujetos del delito.

e) Si no se encuentran en la Agencia Investigadora del Ministerio Público los probables sujetos activos, se dará intervención a la Policía Judicial a criterio del Ministerio Público, tomando en cuenta las diversas situaciones que ocurran en el caso concreto, sobre todo considerando la flagrancia.

f) Si existen testigos y se encuentran de momento en la oficina, se les tomará declaración; en caso de existir, pero no se encuentran, los activos se encuentran a disposición, se les mandara citar, y en el supuesto de que no comparezcan, se le ordenará su presentación con la Policía Judicial, esto a criterio del Ministerio Público.

g) Prueba de la existencia del parentesco que puede ser, documental, testimonial ó confesional.

h) Prueba de conocimiento del parentesco entre los activos que puede ser igualmente testimonial, documental ó confesional.

Comentarios.- El elemento objetivo del ilícito en el incesto consiste en la realización de la cópula, esto es, el ayuntamiento carnal.

Nos encontramos en este caso ante sujetos calificados, es -- decir, que solamente pueden incurrir en este ilícito aquellos que tengan relación de parentesco entre sí.

El tipo en estudio admite dos formas de comisión:

I) Primera Hipótesis.- Que haya concurrencia de voluntades de ambos sujetos para efectuar la relación sexual (se configurará únicamente el delito de incesto).

II) Segunda Hipótesis.- Que haya ausencia de la voluntad en uno de los sujetos, a virtud de la violencia que se ejerce sobre él -- (Artículo 265 C.P.) ó bien por alguna de las circunstancias específicas que exige el artículo 266 del Código Penal en el sujeto pasivo --- (coexistirían, en concurso ideal, el incesto y la violación propia o -- impropia). En la primera hipótesis se consideran como sujetos activos a los dos participantes en la relación sexual, aunque para los descendientes haya una penalidad disminuida, al igual que cuando sea relación entre hermanos.

Ademas del dolo genérico que en este delito consiste en querer la relación de la cópula, existe un dolo específico, consistente en -- querer realizarla sabiendo que es su ascendiente o descendiente con -- quien habrán de efectuarse estas relaciones, ó que son hermanos, significa que deben tener conocimiento de la relación de parentesco, pues da otra forma nos encontraríamos ante un aspecto negativo especial -- cuidando en dejar precisada en la Averiguación, así como hacerlo al tomar la declaración de los sujetos involucrados, y tratar de allegarse testimoniales de personas que pudieran saber que los activos conocían o no esa relación existente entre ambos.

En la segunda hipótesis, el interrogatorio que se practique -- debe ser muy acucioso con el objeto de investigar si concurrió algunos de los medios comisivos que el artículo 265 del Código Penal establece para configurar el ilícito de violación, ó si concurren en el sujeto -- pasivo alguna de las circunstancias del artículo 266 del Código Penal --

- - - para configurar una violación impropia, pues en tal caso la ---- la averiguación debe ser iniciada por ambos delitos, toda vez que no - obstante que pudiera pensarse que éste último excluye al incesto, la - Suprema Corte de Justicia de la Nación ha asentado Jurisprudencia en - sentido de que pueden coexistir, así , ha sustentado; " El delito de - violación y el de Incesto son figuras autónomas sin que alguna de ---- ellas rechace a la otra, aunque ambos ilícitos se ejecuten en un solo - hecho, verificando en un solo acto" (Jurisprudencia 299, sexta época, página 584, sección primera). En otra ocasión sostuvo: " En la viola-- ción se protege la libertad sexual del sujeto pasivo que siempre es -- individual y en el caso de incesto el bien jurídico tutelado es el -- principio exogámico y la base de la familia; tal como se encuentra or-- ganizada actualmente, así cuando con un solo hecho se lesionan ambos - valores tutelados los dos ilícitos en cuestión quedan, siendo jurídi-- camente posible su coexistencia" (primera sala, sexta época, volumen LXXIV, segunda parte, página 26).'

La calificativa del tipo de violación contemplada en el artículo 266 bis, párrafo segundo del Código Penal se tomará en cuenta para efectos de la punibilidad, según las reglas del concurso ideal, pero ello en nada afecta la concurrencia de los delitos de incesto y -- violación.

F) ADULTERIO .- (Artículo 273 del Código Penal)

Definición Típica y Punibilidad.- Se aplicara prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.'

Requisitos de Procedibilidad.- Querrela de parte del cónyuge ofendido. Cuando éste formule su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codeincentes.

Diligencias Básicas.- En términos generales las diligencias mínimas que deben practicarse durante la investigación del delito de adulterio son las siguientes:

- a) Querrela del cónyuge ofendido.
- b) Prueba del vínculo matrimonial existente.
- c) Declaración de testigos en su caso, si existen.
- d) En caso de que los activos no se encuentren detenidos se dará intervención a la Policía Judicial a criterio del Ministerio Público, tomando en cuenta las diversas situaciones que concurren en el caso concreto.
- e) En el supuesto de que los activos se encuentren a disposición se tomarán sus respectivas declaraciones.
- f) Inspección y fe ministerial de ropas de los activos en el caso de que en ellas existan huellas o vestigios de la conducta desplegada por éstos.
- g) Solicitar y recabar examen pericial médico acerca del estado andrológico, proctológico o ginecológico, en su caso, de los activos, agregando a la averiguación los certificados.
- h) Inspección ministerial, dando fe del estado andrológico - proctológico ó ginecológico de los activos.
- i) Inspección ministerial y fe del lugar de los hechos que se investigan.
- j) Si existen testigos y se encuentran de momento en la oficina, se les tomará declaración, en caso de existir, pero no se encuentran presentes, se les citara y en el supuesto de que no comparezcan se ordenara su presentación con el auxilio de la Policía Judicial a criterio del Ministerio Público.
- k) Cuando de la inspección ministerial de las ropas (íntimas) se aprecien huellas o vestigios relativos a los hechos que se investi-

----- gan, a criterio del funcionario encargado de la investigación -- se enviarán al laboratorio para la práctica del análisis químico en -- busca de evidencias físicas útiles en la averiguación.

1) Recabar y agregar a la Averiguación los resultados de las pruebas periciales solicitadas.

Comentarios.- A pesar de que no se define en este Código lo que debe entenderse por adulterio, podemos afirmar que lo cometen el -- hombre y la mujer que sostienen relaciones sexuales entre sí, si uno -- de ellos o los dos se encuentran casados con otra persona y siempre -- que las afectuaren en el domicilio conyugal o con escándalo.

Tanto el hombre como la mujer que sostienen relaciones sexuales en estas circunstancias son sujetos activos del delito, siendo -- sujeto pasivo el o los cónyuges ofendidos y la comunidad social en -- que se desenvuelven éstos, toda vez que, según algunos autores, el --- bien jurídico tutelado es la fidelidad sexual prometida por virtud del matrimonio, así como la moral pública.

Existen también en este caso un dolo específico en los activos, consistente en el conocimiento de que uno de los cónyuges es casado y a sabiendas de ello realizan la conducta delictiva, esto es, sostener relaciones sexuales con escándalo ó en el domicilio conyugal. Si uno de los dos participantes en la relación desconoce la calidad de casado que tiene el otro, respecto de él existiría un aspecto negativo de la culpabilidad. En la Averiguación previa debe tratar de desentrañarse este aspecto, puesto que si el activo desconocía ésta situación y así se desprende de lo actuado deberá ser puesto en libertad.

Por lo que hace al domicilio conyugal, debe tenerse por ---- éste la casa o el hogar donde están establecidos o viven permanentemente o transitoriamente los casados, conforme a la ley civil.

Por escándalo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que éste " Consiste en la grave publicidad del estado ----

---adulterino, que hacen los propios adúlteros por la exhibición ostentosa de sus relaciones carnales, que conduzcan a una afrenta para el ó a escarnecer al cónyuge inocente".

En otra ejecutoria sostiene que " se integra el escándalo en el adulterio, con la publicidad o notoriedad de las relaciones de una persona casada, con otra ajena al matrimonio" y en diferentes ocasiones sostuvo que " no es violatoria de garantías la sentencia que condena por el delito de adulterio, si durante el proceso quedó comprobado que el acusado hacía vida marital y vivía en unión de persona distinta a su esposa legítima, ya que esto constituye escándalo".

De conformidad con el artículo 275 del Código Penal, solo se castigará el adulterio consumado aunque teniendo en cuenta la dificultad para la prueba de su comisión, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que basta con la prueba presuncional de las relaciones sexuales. Así, afirma que " si por la naturaleza del delito casi nunca se puede probar el acto mismo, la doctrina, la jurisprudencia y la ley admiten que bastan antecedentes concomitantes y consecuentes como reunión en recinto cerrado, sorpresa en ropas menores y actitudes de estas uno en brazos de otro, para establecer la presunción incontrovertible de la ejecución del tipo delictual".

El artículo 276 establece expresamente como causa de la ---extinción de la acción penal el perdón del ofendido, supuesto en el --cual dicho perdón favorecerá a todos los "responsables."

De lo anterior, es decir se concluye que el Agente Investigador debe tratar de allegarse los elementos para acreditar en un momento dado que el adulterio fue cometido en el domicilio conyugal (ins--pección ministerial, confencional, testimonial) o con escándalo (principalmente testimoniales, confencional o cualquier otro medio que conduzca a su determinación).'

CAPITULO IV.

HOMOSEXUALISMO Y LESBIANISMO.

A) DIVERSAS CONDUCTAS SEXUALES.

Degeneración, aberración, desviación, perversión, deprava---ción y en los más recientes textos de sexología, sexopatías o sexopa---toligías, son términos usados, seguidos los primeros del calificativo-"sexual", para denominar conductas referentes a la sexualidad, que en un momento y lugar determinado chocan, van en contra de lo que la moral imperante considera normal, sano, correcto ó bueno. Estas mismas con---ductas en otras épocas o lugares pudieron haber sido vistas con indi---ferencia por la comunidad o incluso consideradas perfectamente norma---les. El homosexualismo, por ejemplo, que en la antigua Grecia de Sócrates, Platón y Aristóteles era aceptado con tanta naturalidad como el ---heterosexualismo y que más tarde el cristianismo señaló como pecado, du---rante hasta nuestros días tal consideración; o el incesto, que no sólo era permitido, sino obligatorio entre los faraones egipcios para con---servar la pureza de su raza; o ciertas posturas o prácticas del coito entre hombre y mujer consideradas no hace mucho como ejercitadas sólo---por hombres degenerados y prostitutas, sin embargo, practicadas hace ---siglos de manera común y corriente en la India y vuelta a usar hoy en---día por matrimonios o parejas jóvenes.

Desde luego, para valorar y calificar una manifestación sexual debemos confrontarla con la moral socio- sexual en que se dá, enten---diendo por ésta última, el conjunto de ideas, creencias y actitudes ---que una sociedad tiene sobre la sexualidad en un momento y espacio de---terminados.

Lo que actualmente es considerado normal, es la relación ---sexual entre hombres y mujeres como fué descrita, y es en las anomalías sexuales donde surge la discordancia y la discusión entre los estudios

----- e interesados en el tema, por lo que a continuación exponemos algunas opiniones de diferentes autores sobre la sexo-patología.

Para los doctores A. Willy y C. Jamont, : "... el hombre con su libre albedrío, no admite limitaciones.- Puede frenar ó lanzarse al desenfreno.- Esta es la causa de las perversiones y desviaciones en la sexualidad, cuando ésta se torna obsesiva.- Claro que no todo es fruto de la voluntad.- Hay causas constitutivas, desequilibrios hormonales y estados inter-sexuales congénitos.- Pero existen también otras tendencias psíquicas que llevan a extremos tales como el masoquismo, el sadismo, el fetichismo, etc., propios de seres débiles e inadaptados.....".

Opina el Doctor Albert Ellis, : " diversas autoridades insisten en que un acto sexualmente aberrante ó pervertido, será ----- aquél que:

- a) sea estadísticamente anormal ó practicado raramente por las personas que constituyen la población de un país,
- b) sea inadecuado bajo el punto de vista biológico ó reproductor,
- c) sea malsano ó poco maduro psicológicamente, ó bien,
- d) sea malo ó equivocado bajo el punto de vista ético ó moral.

Pero yo afirmo que ninguno de éstos criterios es satisfactorio, porque, en última instancia, todos aquéllos dependen principalmente de normas sociales ó de ideas culturales aceptadas, y éstas ideas difieren enormemente de una comunidad a otra.".-

Para éste autor, el anormal sexual es aquél que de una manera obsesiva, (coaccionado por el temor irracional) realiza una sola forma de conducta sexual, negándose de igual manera, es decir; de manera obsesiva, y sin razón, a practicar cualquier otra.- Luego, el comportarse loco y perverso, está, no tanto en su conducta, como en su obseción, en su ceguera ó en su necedad de no practicar otra conducta, - aunque después vuelva a lo anterior.

Segun la teoría del doctor Gregorio Marañón, en el ser humano existen potencialmente los dos sexos y es durante la pubertad cuando uno de ellos se impone al otro, sin apagar del todo las características del sexo contrario. No existe el hombre absoluto ni la mujer absoluta. En todo hombre y en toda mujer hay caracteres, por pequeños que sean, femeninos o masculinos respectivamente, que se acentúan durante la infancia y la vejes. Exepto por los organos sexuales externos, es difícil distinguir a un niño de una niña o a un anciano de una anciana. En tanto, es más o menos notoria la diferencia entre un hombre y una mujer a los treinta años.

Con la brevedad que exige la explicación de un tema que nos es ajeno, trataremos de enumerar las conductas sexuales mas frecuentes que se practican, toda vez que éstas no son del ambito jurídico y como se ha mencionado éstas son estudiadas por expertos en la materia, por lo que éstas conductas son las siguientes:

a) Heterosexualismo.- Es la relación sexual entre hombres y mujeres, osea, la introducción del órgano sexual masculino en el femenino con eyacuación y orgasmo y al cual llamamos coito.

Entendiendo entonses que esta forma o clase de relación es la relación base, normal y toda otra forma de alcanzar el orgasmo que no sea ésta es lo que ha sido llamado "perversión"

b) Pederastía o Sodomía.- Consiste en la substitución de la vagina por el ano. Puede presentarse este tipo de relacion tanto entre hombres y mujeres, como entre dos hombres.

Según opinion de A. Willy y C. Jamont, " el ano y el perineo no pueden considerarse órganos sexuales propiamente dichos, pero desempeñan, sin embargo, un importante papel en la vida sexual de la mujer, algunas de las cuales (los hombres en menos cuantía) poseen una gran sencibilidad en esta región, que responde intensamente a los estímulos táctiles.

La opinión, muy extendida, de que la expresada zona no se ma-

---nifesta activa más que con cargo a las relaciones homosexuales, -- es francamente errónea, siendo mucho mayor de lo que se cree el número de personas que de ambos sexos reaccionan enérgicamente ante las excitaciones anales, hasta el punto de que hay mujeres que no consiguen el proxiimo si no intervienen las aludidas sensaciones. El hecho tiene una fácil explicación anatómica, sabiendo que toda región está intimamente ligada al aparato genital por multitud de nervios y músculos por lo que no se pueda hablar de perversión en este caso."

c) Ambisexualidad.- Es la atracción por ambos sexos sin que la inclinación hacia el sexo propio signifique repulsión hacia el sexo contrario. Son personas que pueden llevar una vida normal con el sexo opuesto sin que ello les impida tener en ocasiones relaciones de tipo homosexual, encontrando gran placer en ambas relaciones.

d) Masturbación u Onanismo.- Consiste en la manipulación de los órganos sexuales, realizada por el propio sujeto o por otra persona, para producir el orgasmo.

Tenemos aquí otro ejemplo de los que anteriormente se explicaban acerca del cambio de opiniones en las distintas épocas. Antiguamente existía la creencia de que la masturbación, en los niños o en los adultos provocaba trastornos tales, que la idiotez era de los más leves. Se llegó a grandes crueldades con los niños, a quienes se pretendía quitarseles a tan "demoníaca" costumbres, con cataplasmas arrojadas en los genitales y llegando, en caso de las niñas la amputación del clítoris.

Actualmente los médicos admiten que durante la niñez y la adolescencia, no sólo no es mala la masturbación, sino que es un hábito profiláctico físico y mental, e incluso, malo y dañino es cuando no se practica o se impide al niño que lo lleve acabo.

En donde varía el criterio médico, es cuando esta practica la realizan los adultos. Para unos, es una perversión que surge por la falta de madurez emocional en el sujeto; tanto que para otros sólo se

----- considerará perversa si se realiza de manera exclusiva y única - haciendo a un lado la actividad sexual normal, pudiendo llevarla acabo.

e) Erotonía.- Es la obsesión, el delirio caracterizado por un deseo excesivo y desorbitado por todo lo sexual. Cuando esos deseos los experimenta el hombre, se llama Satiriasis; cuando es la mujer se denomina Ninfomanía.

f) Eonismo o Transvestismo.- Es la propensión de algunos --- hombres a encontrar satisfacción sexual vistiendose con atuendos femeninos denotando por lo general, una deficiente masculinidad.

g) Algolagnio o Algomanía.- El sujeto sólo logra alcanzar el orgasmo haciendo sufrir, vejando y humillando a la otra persona o/y -- con el sufrimiento, vejación y humillación propias. Puede presentarse sólo con una de las dos formas, si se presenta en el aspecto activo, - haciendo sufrir, se le llama Sadismo, si solo se da en su aspecto pasivo, sufriendo, se le da el nombre de Masoquismo.'

h) Fetichismo.- Es la relación sexual desencadenada espontáneamente en un individuo ante la sola presencia de un fetiche, osea, de un objeto animado o inanimado. En estas personas las relaciones afectivas carecen de importancia o no existen, sus relaciones sexuales son - exclusivamente con objetos.'

i) Necrofilia.- Constituye una forma de fetichismo en la -- cual el objeto sexual es un cadáver o un pseudo cadáver.

j) Exhibicionismo.- Necesidad sexual experimentada por el -- sujeto, por lo común hombre, de mostrar su desnudez y en especial los -- órganos genitales principalmente ante mujeres, ya sea niñas, adultas o ancianas.

k) Fisgoneo, Escoptofila, Mixoscopia o Voyeurismo.- Cuando -- el placer sexual se satisface observando a personas desnudas o reali-- zando el acto sexual. En estas personas encuentra la pornografía sus -- más fieles consumidores, se dice que el exhibicionismo y la escoptofi-

----- lia son aspectos activos y pasivos respectivamente, le una misma conducta.

l) Narcisismo.- Es la exaltación sexual que provoca a ciertas personas, la sola contemplación y palpación de su propio cuerpo.

m) Bestialidad o Zoofilia.- Es la obtención del orgasmo a través de la relación sexual con animales. En el medio rural es bastante-frecuente ésta conducta entre jóvenes y adolescentes varones.

n) Bascomanía.- Actitud de aquellas personas que hacen de lo feo, lo sucio y lo repugnante algo sexualmente atractivo. Pertenecen a este tipo de conductas, el vampirismo, el que el sujeto satisface sus-deseos sexuales chupando o bebiendo sangre, cuando el deseo concreto + es de beber sangre menstrual, se llama Homofagia o Menofagia. Otras conductas pertenecientes a la Bascomanía son:

- La Urodispomanía o Urofilia.- Satisfacción sexual en beber orines.

- La Coprofagia .- Satisfacción sexual en comer excrementos.

- El Picacismo.- Consiste en la satisfacción sexual en digerir alimentos que previamente se han introducido en el ano o vagina de la pareja o del mismo sujeto.

ñ) Gerontofilia.- Consiste en el placer sexual de realizar la cópula con ancianos o ancianas, según se trate de una mujer o un hombre.

o) Paidofilia o Pedofilia.- Placer sexual en realizar la Cópula con niños, experimentado por un adulto, ya sea mujer o hombre.

p) Fellatio in ore.- Sexo oral, relación bucogenital, cuando se exita o se hace llegar al sujeto al orgasmo succionando el pene con la boca. Es común esta practica entre homosexuales y lo ha sido --- entre heterosexuales de distintas épocas, incluyendo la actual.

q) Cunnilingus.- Similar a la anterior pero lo que aquí se --succiona son los genitales externos de la mujer, principalmente el ---

----- clitoris y en cuanto a su práctica ha sido igual que la fellatio: a veces acentada y otras rechazada.

Una forma más de expresar la sexualidad y a la que no se ha dado nombre, es la de personas que experimentan enormes placeres, e -- incluso alcanzan el orgasmo, através de obscenidades manifestadas en forma verbal-personal o telefónicamente-escrita, dibujada o representada con las manos.

r) Incesto.- Relación sexual entre parientes consanguíneos -- muy próximos, ya sean ascendientes o colaterales.

s) Prostitución.- Se llama prostituta a la mujer que realiza la cópula por dinero, haciendo de ello su modus vivendi. También se -- realiza esta practica por el hombre, pero por ser menos frecuente es -- menos conocida.

t) Homosexualismo o Inversión.- Es una conducta resultante de la atracción sexual hacia personas del propio sexo. Así mismo es el -- tema base de este capítulo, en donde trataremos de hacer un análisis de esta conducta, así como de la conducta lesbica, por lo que a continuación se realizara un estudio concreto desde diferentes puntos de vista.

Para emperá tenemos que aunque la homosexualidad comprende -- tanto a personas de sexo masculino, como femenino, cuando se trata de las segundas se les dá el nombre de Lesbianismo o Sáficomo, denomina-- ción inspirada en la isla de Lesbos, Grecia y en la poetisa Safo, de -- quien decian que era homosexual y vivía en dicha isla.

El cóito entre hombres "invertidos" se realiza de manera anal, no siendo éste el único modo de relación sexual. Entre las mujeres los actos consisten, entre otros, en masturbación por succión clitoridiana u otras formas. Las lesbianas de cierta posición económica pueden adquirir un aparato llamado "olisbos", con el cual sujeto a la cintura -- por tirantes, realizan una imitación del coito heterosexual.

El más conocido y estudiado en este tipo de conductas ha sido el homosexualismo masculino, debido tanto a su mayor número, como a una mayor discreción de las conductas lesbianas.

De todas las conductas que venimos estudiando, la más discutida y tratada ha sido ésta, debido principalmente a que en su seno cuenta y ha contado desde siempre, con grandes personalidades en todos los aspectos - Positivos y Negativos -; a que estos sujetos han luchado por que se les reconozca su actividad como normal, esgrimiendo y buscando razones que la justifiquen; y por que de todas las llamadas perversiones es la que más cuenta con adeptos, muchos de los cuales han tenido el valor o la desvergüenza, según se juzge, de mostrar a la luz pública su conducta homosexual e incluso describirla en forma autobiográfica.

Muy cuestionado ha sido, y sigue siendo, el origen de la homosexualidad, ¿es algo genético, hormonal o psicológico?. La aceptación o negación de cada uno de estos posibles orígenes de la inversión ha tenido su época de aceptación, tanto por el criterio médico, como por la creencia popular.

Matter y Johnson en su libro "Homosexualidad es Perspectiva" aceptan ignorar el génesis de la homosexualidad: "nosotros creemos que nuestra orientación sexual la aprendemos en el medio social. Nacemos seres sexuales; genéticamente hombres y mujeres. ¿La homosexualidad se adquiere?, la contestación actual es afirmativa; lo mismo pasa en la heterosexualidad, que también se adquiere. . . algunas gentes insisten en que la orientación homosexual es el resultado de tener una madre dominante o bien que es adquirida en la escuela, nosotros admitimos abiertamente desconocer la etiología de la homosexualidad."

B) LA HOMOSEXUALIDAD Y SU HISTORIA.

La historia de la homosexualidad no es lo que constituye la base de la historia del mundo, contrariamente a lo que parecería deducirse de la lectura de ciertos autores, aunque muy minoritariamente, -

- - - la homosexualidad ha existido en todas épocas. Pero si el mundo solamente hubiese sido homosexual, no habría historia.

Escribir una historia de la homosexualidad con lógica es una cosa difícil. Si consideramos la cronología, vemos que las imbricaciones son constantes, algunas observaciones de etnólogos contemporáneos encuentran en ciertos pueblos actuales de cultura primitiva aspectos de la homosexualidad que no difieren mucho de los que existían en civilizaciones muy antiguas. Sin embargo, pederastía griega es de otra clase y tiene otro alcance que las de los otros tiempos, por lo que la verdadera historia de la homosexualidad es más la sucesión de sus formas que la sucesión de las fechas.

La permanencia del hecho homosexual se debe a imperativos psicológicos que pertenecen a todos los tiempos, pero la auténtica historia la inversión es la de su constante e irreversible profanación. Conviene precisar lo que entendemos por profanación, esté término no es en sí peyorativo, ya que expresa una evolución en la existe una progresiva separación o alejamiento de lo sagrado. Lo que estaba reservado al interior del santuario, viene a mostrarse delante del mismo, (pro: delante; fanum; templo) y más particularmente del templo en el que habla el oráculo, (Fanor; vaticinar).

Historia en los Pueblos Primitivos.- No puede iniciarse el estudio de la historia de la homosexualidad sin decir algunas palabras sobre el castigo celeste que cayó sobre Sodoma y Gomorra.

Se afirma que Sodoma y Gomorra, conjuntamente con Seboim y Adama, fueron destruidas al amanecer del día 16 del mes Abib, pero no se dice de que año. Esta es la historia, una quinta ciudad Segor, que formaba parte del mismo grupo, escapó a la destrucción.

Estas cinco ciudades Cananeas, tenían fama de dedicarse a la sexualidad contra natura. Así mismo encontramos más referencias en el Corán, que habla de seis ciudades distintos del episodio de Sodoma (suras-XI, 81; XXVI, 171; XXVII, 57; XXIX, 32 y 33; XXXVII, 135; XLVI, 10).

En éstos diversos pasajes, se relatan tres cargos contra las ciudades malditas: La mala hospitalidad, las relaciones homosexuales y también, lo que reviste particular importancia, el pecado contra el espíritu y contra la difusión de la palabra de Dios.

No es muy distinto lo que nos enseña la historia de los tiempos más remotos del pasado, de lo que nos muestran los estudios etnográficos realizados en los pueblos primitivos contemporáneos.

Encontramos la homosexualidad casi en todas las épocas y en todos los países. Pero el hecho de que fuera conocida por los Hititas, los Asirios, Los Celtas, Etc., no nos autoriza a considerarla normal. Así mismo al analizar a las antiguas civilizaciones nos encontramos -- que la práctica de la homosexualidad, en la mayoría de éstos pueblos -- tenían algo que ver con el aspecto religioso ya que la homosexualidad se practicaba por hermandades y bien, en celebraciones de tipo religioso para adorar a un Dios o una Deidad.

Encontramos éste carácter religioso de la homosexualidad hasta en la historia del pueblo de Israel. En ciertas épocas se introduce en la historia del pueblo de Dios, una prostitución masculina, parece que los jóvenes prostituidos se utilizaban para las ceremonias -- orgiáticas. En los santuarios consagrados había prostituidos sagrados de ambos sexos. Israel conoció ésta práctica en la época en que el sincretismo manchó el culto del templo.

Florece la homosexualidad en la India, pero existe casi exclusivamente en manifestaciones sagradas, rituales, etc.

La ortodoxia sexual predominante en la India, está determinada ante todo por el concepto de casta.

Para los indúes, los actos eróticos no tienen importancia en sí mismos mientras no conduzcan a un matrimonio fuera de casta, la condenación del onanismo, la corrupción de menores, la homosexualidad y la prostitución por los cristianos parece a los indúes tradicionalistas --

----- tan absurda como lo sería la privación de comer manzanas o de dormir la siesta. La sexualidad de la amistad no escandaliza a los indúes, el placer se convierte en una cosa común e indivisa, como las -- restantes actividades de la vida.

En la Grecia antigua, los homosexuales, que buscan cartas de nobleza van a buscarlas sin dilación en el Atica y el siglo de Peri-- cles, así mismo se observa que en está época la homosexualidad a im--- primido un sello en la historia. Cuando los defenzores de la homosexualidad no se limitan a querer justificar su desviación, presentandola -- como un hecho natural o de tradición mágica, sino que pretenden ansalzarla y mostrar que se halla dentro de la mejor tradición de las mas elevadas especulaciones filosóficas, van a buscar su argumentación los griegos.

No les falta del todo razón, puesto que en la Hélade de los siglos V y VI antes de Cristo, pueden encontrar la justificación aparentemente más profunda de su pretensión de situarse en la línea de -- una tradición de una antigüedad de más de dos milenios que refleja el mas puro y mas refinado humanismo.

La Homosexualidad que reinaba en el mundo griego, no era monopolio de sofistas desmaterializados. Fué intensamente practicada y -- realizada en todas sus formas. El modo sodómico distaba mucho de ser -- excluido e incluso era preponderante. El vocabulario erótico homosexual de la Hélade clásica sabía formar vocablos aptos para expresar las --- prácticas amorosas más anodinas. Las modalidades amorosas peculiares -- de la sodomía, se expresaban con una riqueza verbal llena de imágenes-- desconcertantes por su crudeza, si bien el amor griego pertenece a la historia de la homosexualidad, también tiene su historia propia. En -- adeptos de Sodoma hay una exesiva tendencia a hacer la apología de la-- homosexualidad, mientras que el pensamiento griego anterior a Platón -- y también el de su época y el posterior distan mucho de presentarnos un cuadro concordante de elogio de la homosexualidad. Muy al contrario, hasta en la época de Platón no se escatimaron condenaciones formales, --

----- incluso con la pluma de Platón. El amor griego hasta en sus formas platónicas, nunca dejó de ser ambiguo.

La teogonía de Hesíodo nos muestra una mitología en la que no ha aparecido todavía la homosexualidad, pero hay en la estructura de su Olimpo los factores que habían de fomentarla, por que desnaturalizan las filiaciones normales tan valoradas en la teología antropomórfica de la Grecia Clásica. En tiempos de Hesíodo, Eros es un dios cósmico nacido del caos primitivo, no tiene padre ni madre. El Dios del sexo no procede de una generación sexuada, considerando siempre a éste como un Dios masculino, pero sin progenitores de uno u otro sexo. Cuando se habla del Eros Griego, no debe pensarse en la galante aventura del Eros y Psique, sino en la figura órfica primitiva que no ha sido todavía --desnaturalizada. Representa el dinamismo esencial del hombre capaz de lo mejor y lo mas grande, que se ha convertido.

No menos ambigua es la diosa del amor, Afrodita, según la teogonía de Hesíodo, también nació sin progenitores. Nace de la castración de Uranos. El Dios Uranos fué castrado por sus hijos y de sexo, arrojado al mar, surgió una espuma que dió nacimiento a Afrodita. Tanto en Afrodita Celeste, Uraniana, como la Venus vulgar, popular, de los caminos; no tienen origen normalmente sexuado. Afrodita nace de la castración del que no puede llamarse su padre, Diosa del amor y de los --amores, era sexualmente un misterio, los griegos le daban el calificativo de macho y hembra. No es solamente la diosa del amor heterosexual, la Ley de los Pederastas de la época de su apogeo, lo invocaban de ---igualmanera que a Eros.

Hesíodo no ofrece mucha información sobre Artémide. Unicamente nos dice que la Diosa arquera era hija de Leto y Apolo, si nos detenemos unos momentos en hablar de ésta diosa, se debe a que Artémide -- la futura Diana de la mitología romana, se identifico primeramente a -- una diosa Tracia Arcaica; la diosa Cotito, que fue, según la tradición patrona de los homosexuales. Al parecer se celebró su culto en el siglo VII a. de c. , en un santuario subterráneo de Baros la patria de -- Arquíloco.

Artémide, que remplazo a la diosa Cotito, merece ocupar nuestra atención. Que sepamos, no fue consagrada oficialmente patrona de los homosexuales. Era una diosa virgen, una de las tres diosas virgenes (las otras dos eran Vesta y Atenea), cruel para los hombres, que llevaba una vida de hombre, recorriendo los bosques y cazando. Virgen pero celosa, de fiero pudor, no vacila en hacer deborar por sus propios perros a Actéon por que habia tenido la desgracia de penetrar sin saberlo a la gruta secreta de la diosa. Esta cazadora mata a su ojeador Orión por celos, por que habia tomado la libertad de enamorarse de Aurora, cruel y homicida, Artémide no es apropiada para estimular en los jovenes el amor a las mujeres.

De todos modos, la Homosexualidad era poco conocida todavia en la Grecia antigua. Cuando se habla de ella es en terminos de reprobación, como un crimen que atrae la desgracia sobre quienes lo cometen. La leyenda de Laios es elocuente. Laios, hijo de Labdacos y padre de Edipo, tuvo algunos percances desgraciados que lo obligaron a refugiarse en el país de Pélope. Este tenía un hijo llamado Crísipo, Laios se enamora de Crísipo y abusa de él. El muchacho deshonrrado por esta relación, a la que habia sido obligado por Laios, se mata con su espada, este hecho acarreo la desgracia sobre Laios a quien mato algún tiempo después su hijo Edipo.

Arquíloco pertenece a la segunda mitad del siglo VII. A inicios del siglo siguiente aparece una literatura erótica dedicada a la pederastia. El periodo Pederástico se sabe con certeza la época en que surge. Se inició posiblemente a fines del siglo VII y es seguro que ya se habia entrado en él a principio del VI. No podemos precisar su fin, por que se prolonga con la poesia alejandrina y luego con la época romana de Petronio. Pero la homosexualidad dista mucho de presentar características constantes en el curso de éstos si te siglos.

En los albores del período socrático nos hallamos ya en plena efervescencia homosexual en las ciudades de la Hélade, pero si bien la inversión ha conquistado a los poetas y pudo ser practicada por los --

----- filósofos, todavía no ha sido contaminado el pensamiento filosófico.

Así mismo se ha preguntado si Sócrates y Platón fueron los creadores de una nueva forma de amor, o se propusieron enaltecer lo que convenía a sus tendencias personales, sumergidos en un mundo intelectual en el que había una oleada de auge de la pederastia. Así mismo a estas preguntas es difícil responder, ya que la homosexualidad estaba ya bien arraigada en Atenas antes de Sócrates y Platón y los filósofos no escaparon a esta tendencia, parece probable que ante la invasión homosexual, siendo imposible hacerle frente, intentaron utilizarla lo mejor posible en el marco de una grandiosa filosofía.

Podemos distinguir dos tipos de homosexualidad: el militar y el pedagógico. En un primer examen, estas dos formas aparecen como muy distintas. En la Primera, se trata en general de la erotización de una camaradería selectiva entre jóvenes de edad parecida; en la segunda, hay una relación de maestro a discípulo, con edades separadas por varias olimpiadas. Pero el origen de ambas formas no es distinto. En los dos casos la causa esencial es un mundo masculino encerrado en sí mismo.

La enseñanza pederástica aparece como una especie de dialéctica entre el amante y el amado. El amante procura seducir al amado y valorarse a sí mismo por la atracción que ejerce y modelando al discípulo a su imagen. El amado encuentra en el amante el ejemplo y desarrolla en sí el deseo de ser digno de este ejemplo.

Sófocles, siendo ya de edad bastante madura, se dirigió fuera de las murallas de la ciudad en compañía de un joven erómeno al que pensaba haber conquistado. El muchacho se sometió a los caprichos del viejo maestro, pero quiso vengarse de unos transportes amorosos que no le complacían, escapó con el himatión del viejo. El gran Trágico no tuvo remedio más que vestirse de corta Glámide del alumno y volver a Atenas escurriéndose junto a las paredes para que no le vieran con vestidos del jovencuelo.

Platón fue indiscutiblemente homosexual. Recomendaba la ---- abstención carnal entre amante y amado, pero se sabe de cuatro érme-- nos suyos; Aster, Dionisio, Pedro y Alepsis. Nada nos autoriza a supo-- ner que tuvo con ellos amores castos, por que el muy socrático Platón-- no siempre era Platónico en el amor, tuvo una actitud en extremo indul-- gente para con la inversión, incluso a sus formas más carnales, en edad juvenil, pero luego, en las leyes, adoptó una posición muy severa res-- pecto a la inversión.'

Sócrates, cuya exepcional elevación de pensamiento no discuti-- mos, ¿ qué fue en el aspecto de la homosexualidad?. Se dice que fue -- amado de Arquelo. Pero ninguno de sus contemporáneos le acusa de haber practicado la pederastia carnal con sus discípulos.

Al termino de esta larga exposición sobre el amor griego --- reivindicado continuamente por muchos como referencia trascendente de la aristocracia homosexual, podemos preguntarnos si no se trata de un falso problema. ¿ Cuantos homosexuales han superado su sexualidad para alcanzar las cumbres socráticas?. Se objetará tal vez; ¿ Cuantos hete-- rosexuales han pasado en su amor más allá del instinto, el conformismo y lo inmediato?.

De todos modos, la pederastia griega es un hecho cierto, un-- hecho historico, no cabe discutir su realidad; no debemos minimizarla, pero tampoco hipertofiarla. No está ligada a una inmeidad; no tiene a priori nada de neurótica. Pueden descubrirse causas profundas más o me-- nos lejanas, pero nada de lo que le precede o le sigue permite atribuir un alcance a este hecho psicológico, limitado a una costa y una época. No puede considerarse como un hecho de cultura más que un sentido ---- artificial, pero no el sentido de progreso.

La homosexualidad había experimentado una cierta degeneración al final del período helenístico. Formo parte de la decadencia del Impe-- rio Romano. Hubo una reacción jurídica con las leyes de Justiniano, que marcaron toda la edad Media.'

Así como la pederastia griega no puede reducirse a algunas fantasías eróticas, tampoco la homosexualidad que floreció en la época del esplendor humanista puede resumirse en las intrigas cortesanas de principines más o menos depravados. La inversión de esta época se sitúa en otro plano. Se ha acusado frecuentemente a la edad media de ser muy severa respecto a la libertad sexual. Lo cierto es que tuvo en este aspecto una actitud ambivalente. Severa en su codificación religiosa, -- fue excepcionalmente libre en su expresión artística. Pocos siglos nos--hen dejado una estatuaria tan atrevida como los portales y capitales -- de nuestras catedrales. El objetivo que se proponía era el mostrar a -- los fieles sin duda los castigos que acarrear la lujuria, fue también un medio de expresar sin temor de reproches lo que no se habría osado -- representar de otro modo. Si bien la edad media fue la época de la om--nipotencia moralizadora de la iglesia, fue también la época de una -- cierta libertad. Son testimonios de ello los baños mixtos medievales -- que desaparecieron en el renacimiento, apesar de la mayor laxitud de -- éste. De todos modos, la edad media no fue compaciente con el sodomita sobre el que pesaba la amenaza de la hogera.

La acusación de la sodomía fue a menudo un pretexto empleado con más o menos mala fe contra todos los perturbadores y contra aque--llos que los poderosos del momento tenían interés de hacer desaparecer.

La acusación (verdadera o falsa) de sodomía formulada contra los templarios, además de otros cargos, sirvió para exterminarlos y -- apoderarse de sus bienes. Análogamente, el cargo de sodomía contra -- un herético cátaro proporcionaba motivo para entregarlo al verdugo.

El amor cortés de los trovadores idealizaba a la mujer, pe--ro la convertía al propio tiempo en intocable. El erotismo de los -- trovadores era en erotismo angelista, que conducía a una exacerbación -- pasional y a un rechazamiento de la satisfacción del deseo, por lo me--nos en la forma pura de este ideal. Lo esencial de la doctrina de a--mor de los trovadores era el joy, es decir, el culto a un deseo siem--

----- pre exasperado que no podía satisfacerse. Se llevaba esta exasperación a un paroxismo al que no debía ceder el amante. La prueba suprema impuesta a su amador para la dama amada era el assaig, es decir, una noche pesada juntos, ambos desnudos, sin que hubiera ninguna práctica de amor.'

La aparición del amor cortés distaba mucho de ser el advenimiento de una forma evolucionada; por el contrario, introducía en la historia de la relación interpersonal hombre-mujer una desviación al propio tiempo que un refinamiento.'

El mito de la edad de oro de la la pederastía no había muerto se sospechaba, al parecer no sin razón, que los grandes artistas, pintores y escultores no siempre eran platónicos, con sus jóvenes discípulos, pero quizás se ha insistido excesivamente en las hipotéticas aventuras homosexuales de Boticelli, Leonardo da Vinci y Miguel Ángel. No se poseen datos seguros que permitan que éstos fueran homosexuales --- prácticamente, aunque sí puede asegurarse que lo heran en potencia.'

Aunque la homosexualidad del renacimiento no tuvo la duración ni la grandeza de la homosexualidad helenica, no por ello dejó de imprimir su sello a la época. Pero se inclina ya a la decadencia. No están lejos Enrique III el travestido y sus modelos.'

En los siglos siguientes ya no se observan grandes movimientos pederásticos. Hay nombres aislados. Se constituyen cenáculos y la homosexualidad aparece en medios particulares, como, en la actualidad, el de la alta modistería, la danza y ciertos círculos literarios. La homosexualidad, después de haberse retirado del templo, brilla todavía en ciertas escenas, pero en general ha bajado a la calle; cada vez más el Eros celeste es substituido por el Eros Pandemos.'

Entre los fervientes socráticos venidos de todos los horizontes, ha habido en los últimos cien años algunos grandes nombres pero no puede hablarse de escuelas.'

La historia de la homosexualidad se ha transformado, sin que por ello haya disminuido el número de sus adeptos. El marqués de Custine, Sade, Proust y algunos otros han influido en su época por su genio personal más que por su homosexualidad. La pederastía se aferra -- todavía a un estatismo esotérico, pero Sodoma, cada vez más invasora -- no ha vuelto a encontrar un Sócrates ni un Platón.

C) LA HOMOSEXUALIDAD EN RELACION CON LA MORAL, LA RELIGION Y LA LEY.

La homosexualidad y la Moral.- Si la moral es la condenación de lo que es contranatural, es cierto que en nombre de la naturaleza -- la homosexualidad aparece como una falta. Algunos hechos aislados, --- aunque se quiera exotarlo, no pueden hacer entrar la homosexualidad -- en el cuadro de lo natural. Se halla al margen de la finalidad y el -- plan de la naturaleza.

Sin embargo, no puede juzgarse sobre la conducta moral de un determinado homosexual del mismo modo respecto a un sujeto normal sin -- riesgo de caer en la más flagrante de las injusticias. Pero esto no afecta -- a la intangibilidad de los grandes principios rectores. Nos hemos -- onuesto decididamente a la concepción que quiere presentar la homosexual -- alidad como natural y normal, pero debemos admitir que, para el homo -- sexual, su desviación se halla en su naturaleza. No se le debe juzgar -- con el mismo peso y la misma medida que a la generalidad de las perso -- nas. Se insiste en la distinción entre el juicio particular y los prin -- cipios generales que deben inspirarlo, pero no imponerlo. También los -- criminales, los ladrones y los perjuros podrian pretender que el robo, el crimen y la mentira se hallan en su naturaleza y que solamente pue -- den realizarse a sí mismos mediante el ejercicio de sus vicios. Pero -- esta objeción es insostenible, por que la tendencia homosexual corres -- ponde al instinto anormal, no natural, pero que se convierte en parte -- constitutiva de la naturaleza y lo normal del sujeto que lo tiene.

La moral no puede formular juicios sobre el instinto, sino -- únicamente sobre el uso que hace el individuo de sus instintos. Exactamente lo mismo lo mismo debemos decir del heterosexual, pero ¿ como -- juzgaremos en nombre de la moral natural sobre el uso que se hace de un instinto anormal que es sentido como natural por el individuo que lo -- tiene en sí ?!

Los homosexuales reclaman una moral que tenga en cuenta sus -- realidades. Esto es lo que les pedimos nosotros, pero abolir una mo--- ral no es nunca una labor positiva. Nos habla de una moral abierta, -- floreciente, liberadora de la naturaleza humana. Nos adherimos a ello, pero a condición de que subsista una moral.

Antes de Juzgar al homosexual, no por su inversión, sino por -- el modo de como lo ejerce, conviene recordar algunas verdades: Es más -- fácil resistir a las exigencias de una sexualidad normal que a las de una sexualidad desviada. En esta última, debido al terreno neurótico -- que existe habitualmente, hay siempre una cierta lebilidad del Yo.'

No puede obligarse al homosexual a llevar una vida de conti- -- nencia por el mero hecho de su homosexualidad. El problema de la conti- -- nencia se plantea para él como para un heterosexual. Debe resolverlo -- mucho más en función de sus convicciones personales que en función de un conformismo social. Podrá conducírsele a dominar la inversión sin -- coerción, la libertad, actuando sobre su formación intelectual y moral no sobre su inversión.

Desde el punto de vista moral, el homosexual deberá procurar -- ante todo no caer en lo que hemos denominado criterios de la perversión -- es decir, el placer de la transgresión, la busca del mal por el mal, -- el perpetuo deseo de justificación, el afán de destrucción, especial-- mente de los valores que no son los suyos, la labor de proselitismo, -- de reclutar e iniciar a nuevos adeptos. Deberá procurar todo esto sin- -- tratar de buscar excusas que tiendan a justificar tales actitudes.'

Debemos señalar, además, que aparte de toda voluntad de perversión, hemos encontrado frecuentemente, en ciertos homosexuales; una especie de agenesia del sentido moral focalizada en la desviación, se trata de una imposibilidad muy consciente, pero no querida voluntariamente, de formar un juicio moral sobre su comportamiento sexual, ni siquiera cuando se convierte en un obstáculo a la libertad de los demás ó en un atentado a menores.

Homosexualidad y Religión.- La moral se imbrinca siempre con lo religioso, en éste aspecto, se imbrinca más ó menos con la historia.- Por ello, empezaremos con un estudio histórico desde el punto de vista religioso, respecto a la cuestión homosexual.

Es conocida la actitud extremadamente severa del antiguo pueblo hebreo en relación con la homosexualidad: el homosexual debía ser lapidado.- Sin duda debe tenerse en cuenta, para comprender la severidad de la pena, la parte que hay en ella de reacción de defensa contra ciertas sectas vecinas, que practicaban orgías de tipo homosexual.- Además de los textos históricos del Génesis, (19-4-9) sobre la destrucción de Sodoma y Gomorra y de los pasajes de Isaías, referentes al mismo suceso, (1-10 y 3-9) los lugares más importantes son los textos jurídicos: "No yecerás con varón como se co-habita con mujer; es cosa execrable.", (Lev. 18-22) " Si un hombre yace con varón como se co-habita con mujer, ambos han cometido abominación; serán muertos, ellos son responsables de su muerte." (Lev. 20-13). " No habrá quien se prostituya a la infamia entre los hijos de Israel ni entre los israelitas." (Dt. 23-17).

Debemos señalar ante todo, que no se habla de homosexualidad en ninguna página de los Evangelios.- Se alude a Sodoma en cuanto a pasajes, pero sin precisar las costumbres contra-naturales de ésta Ciudad, ni las de Gomorra.- Sin embargo, no podemos dejar de apreciar el conocimiento del Antiguo Testamento que tenía Jesús y los Evangelistas.

Evidentemente, la idea de homosexualidad, había de estar li-

----- gada a la evocación de éstas ciudades.- La falta de Sodoma y - Gomorra, no era solamente de orden carnal, sino también contra el espíritu, por rechazar al ángel, pero el texto del Génesis, a pesar de --- cuanto se ha dicho en contra, no deja lugar a dudas respecto al hecho de que el uranismo formaba parte de los crímenes imputados a dichas -- ciudades.-

Conviene observar que si Jesús habla de Sodoma en cuatro oca- ciones, referentes a tres casos, es para anunciar a otras ciudades, -- (Gerasaím, Betsaida, y sobre todo, Cafarnaúm) que el día del Juicio, serán tratadas con mayor rigor que aquélla, (Mt. 10, 15; 10, 23-24)- pero que Cristo no site literalmente a la homosexualidad, no quiere de- cir que no la condene.- Con demasiada frecuencia los homosexuales expo- nen interpretaciones unilaterales.-

Los textos más severos contra la homosexualidad se hallan en en las Epístolas de San Pablo, en la Primera a los Corintios, en el Ca- pítulo VI, versículos IX y X, emplea San Pablo, una palabra cuyo senti- do inicial sería " Muelle Voluptuoso ", sin la indicación precisa de -- homosexual que dan ciertos traductores.-

Ciertos comentaristas no han vacilado en concebir la homosexua- lidad como un castigo de Dios y, simultáneamente una voluntad de apar- tarse de él.- Hay en esto una contradicción, ya que se observa constan- temente una confusión entre la desviación y el uso que se hace de --- ella.- Es algo parecido a la confusión entre ser zardo y dar un puñetazo con la mano izquierda, olvidando que también puede darse con la ma- no derecha.-

Los exagetas y moralistas actuales, no incurren en éstas -- confusiones, es arbitrario buscar en comentarios anticuados, motivos - de queja para lamentarse de ellos, como hemos visto en ciertos artícu- los firmados por homosexuales.-

El Apocalipsis (21, 8 y 27) habla de cosas abominables, en las que pueden incluirse muy diversas cosas.- En la Epístola de San --

----- Juan, versículos VII y VIII, se mencionan uniones contra-naturales que parecen referirse claramente a la homosexualidad, puesto que se habla de Sodoma y Gomorra.- " Así como Sodoma y Gomorra y las ciudades vecinas, siendo reas de los mismos excesos de impureza y entregadas al pecado, vinieron a servir de escarmiento, sufriendo la pena del fuego eterno.- De la misma manera mancillan éstos también su carne..".

En los primeros siglos de la Iglesia y también mucho tiempo después, en la historia del cristianismo; la suerte del homosexual depende de las reglamentaciones religiosas y jurídicas.- La religión y la Ley se anoyan mutuamente, por lo que como se trata más de una cuestión jurídica que de una cuestión estrictamente de moral religiosa, la examinaremos al hablar de legislación.-

El drama del homosexual religioso, es estar convencido de -- que se encuentra en permanente estado de pecado, por el mero hecho de ser homosexual.- Hasta en el caso de que se haya conseguido considerar su homosexualidad como no pecaminosa en sí, tiene la convicción de que no podrá vivir su vida sin caer en el pecado.-

La Homosexualidad y la Ley.- La homosexualidad topa con la Ley.- Solamente consulta al médico el que voluntariamente quiere hacer lo.- El problema moral y el religioso, se lo plantea cada uno según su conciencia, pero todos los homosexuales pueden encontrarse un día frente a la justicia.-

Este es el aspecto que más subleva a los homosexuales, examinaremos si su indignación está justificada.- Precinliremos del aspecto histórico de la legislación, limitándonos a señalar que hay un hecho dominante: en todas las épocas, en una gran mayoría de pueblos, se ha creído conveniente legislar contra la homosexualidad.- La legislación ha variado, desde la imposición de la pena de muerte por el crimen de sodomía hasta la mayor indulgencia.- Solamente recordaremos una opinión sobre la homosexualidad, frente a la Ley; la de Platón.-

Es inútil, en la importancia del Juicio del que es presenta-

-----do como uno de los promotores de los amores llamados pocráticos y es invocado constantemente por los defensores de la homosexualidad.

Consideraremos especialmente la legislación actual, sobre -- todo la francesa, que es particularmente tolerante con la homosexualidad.- Es preciso esmerar a 1942 y luego a 1945 y 1960 para encontrar - textos que mencionan a la homosexualidad.- Esta tolerancia es reconoci da por algunos homosexuales y uno de los redactores de la revista de - los homofiliis, se expresa claramente a éste respecto: " incluso después de 1942 y aún de 1960, nuestra legislación continúa siendo ex tremadamente liberal en su espíritu si le comparamos con la de muchos países europeos y americanos.", efectivamente, en Francia no se casti ga la homosexualidad como en nuestro sistema legal mexicano, sino cier tas circunstancias particulares en su ejercicio.- Encontramos la distin ción fundamental entre tendencias instintivas y modo de satisfacerlas.

La legislación francesa ignora el crimen ó el delito homo-- sexual, mientras que la legislación inglesa, desde 1885, considera a - la homosexualidad en sí como un delito, sean las que fueren las condi ciones de su ejercicio.

Hasta el año de 1942, las leyes francesas no hacían ninguna discriminación entre la reprobación de los actos delictivos homosexuales y los heterosexuales.

Los textos se refieren al ultraje público, al pudor:

Artículo 330 del Código Penal: " Toda persona que cometa un ultraje público al pudor, será castigada".

Atentados cometidos en menores:

Artículo 331 del Código Penal: " Todo atentado al pudor come tido ó intentado sin violencia en una persona de uno u otro sexo, me nor de quince años".

Artículo 332 del Código Penal: " El que cometa el crimen de violación será castigado..... .- Si el crimen ha sido cometido en la persona menor de quince años".

Artículo 333 del Código Penal: " Aumenta la penalidad en función de la situación y la responsabilidad del agresor; se refiere a -- los que tengan autoridad e influencia sobre el menor debido a su cargo ". (Sacerdotes, maestros, etc.)

En el año de 1942, un texto reiterado en la Ley de 1945, completa el artículo 333 del Código Penal e introduce por primera vez el concepto de " contra-natural ": " Sin perjuicios de las penas más graves y consignadas en los apartados precedentes y en los artículos 332 y 333 del Código, se castigaran al que haya cometido un acto impúdico ó contra-natural con un individuo de su mismo sexo menor de --- veintiún años.".-

En el año de 1960, un Diputado, M. Mirguet, tuvo la iniciativa de una Ley que condujo a la Ordenanza del 25 de noviembre de 1960 sobre la lucha contra las plagas sociales, incluyéndose en ellas a la homosexualidad, poniéndola junto al alcoholismo y la prostitución.-

Esta Ordenanza modifica el artículo 330 del Código Penal y - aumenta las penas: " cuando el ultraje público al pudor, consista en - un acto contra-natural, con un individuo del mismo sexo.".-

La legislación francesa, aunque no condena a la homosexualidad en sí, evoluciona hacia la discriminación entre las actividades delictivas sexuales según sean homosexuales ó heterosexuales.-

La idea dominante en los legisladores, es la preservación de la juventud y sólo felicitaciones merece, falta saber si éste cambio - en la legislación francesa, plantea un cierto número de cuestiones de principio.- Lo más importante es la inclusión de la homosexualidad entre las plagas sociales.- No es la consideración de la homosexualidad como delito en sí, pero puede ser una orientación en éste sentido.-

Si en Francia, como en nuestro país; el homosexual vive con dignidad, nada tiene que temer de las leyes en la práctica.- Solamente se le exige que evite los ultrajes públicos al pudor y respete a los -

----- menores, por lo que no cabe la menor duda que muchos homo-----
sexuales cumplen con éstas disposiciones.-

Se obtiene a menudo la impresión de que los homosexuales --- han buscado el castigo que cae sobre ellos, pero ésto queda en incógnita, ya que como los homosexuales, en algunos de ellos, se aprecian conductas delictivas, en los heterosexuales también se observan, ésto se debe a que las leyes les dictan los hombres, y como ejemplo se podría citar que en Israel lapidaban a los sodomitas y azotaban a las lesbianas.-

Numerosas observaciones atestiguan que voluntariamente ó no, la transgresión es siempre una tentación para los homosexuales.- Es -- cierto que algunas molestias de tipo policíaco y también, sin duda, ocasionales maniobras provocadoras, exacerbaban la susceptibilidad de los homosexuales, pero no se dá un sólo caso en el que un homosexual haya tenido molestias de tipo legal por haber vivido su homosexualidad en condiciones de corrección para con los demás.- Es preciso añadir que -- entre los que practican la homosexualidad, son muy pocos los que no se ponen alguna vez en una situación que los expone a la curiosidad de la policía y el rigor de las leyes.-

Digamos como corolario a éste Capítulo Jurídico, que si bien la ley no inquieta al que no incurre en contraversión, la sociedad farisaica en que vivimos, no siempre se comporta con espíritu de justicia frente a ésta minoría sexual.-

Asimismo podemos decir que en nuestra legislación no se contempla un castigo para una conducta homosexual, ya que en éste país, -- existen una gran cantidad de derechos y libertades para los individuos, pero en cambio cuando una de éstas personas homosexuales, comete un -- ilícito, es cuando la ley se aplica en contra del infractor, pero no -- por ello, siendo ésta persona homosexual, se le agrava el castigo ó -- pena que se aplique en relación al ilícito que éstas personas cometan, ya que la legislación mexicana, no contempla si el infractor es una --

----- persona desviada ó no, lo que contempla y tutela es el bienestar social, no importando que tipo de persona es la que comete el delito.

D) LA HOMOSEXUALIDAD FEMENINA.

La historia del safismo tiene pocas conexiones con la historia de la homosexualidad masculina.- Tan antigua y tan difundida como ésta, fué sin duda menos brillante e hizo menos ruido.-

No puede pasarse en silencio la personalidad de la que le -- dió nombre: Saffo.- Conviene señalar la circunstancia de que vivió en -- una isla, (Lesbos) en la cual, las muchachas iban a la escuela en lu-- gar de estar encerradas en el gineceo, como en Atenas.-

La homosexualidad femenina confunde frecuentemente su histo-- ria con la historia de la Literatura y el Arte, pero, como en la inver-- sión masculina, sería un error creer que ésta tendencia se encuentra -- reservada a ciertos círculos estéticos.-

Podemos aplicar la homosexualidad femenina en algunos de las consideraciones generales que se formularon a propósito de la homo---- sexualidad masculina, pero difieren radicalmente en casi todos los pun-- tos.- La homosexualidad femenina es tan frecuente, si no más que la -- masculina: es menos llamativa, pero sí observa atentamente, se le en-- cuentra en todas partes.-

La sexualidad de la mujer tiñe toda su afectividad y su difu-- sión es mucho mayor.- El antiguo " Adagio teta mulier in utero ", no se puede tomarse tal vez al pié de la letra, hasta sería necesario inver-- tirlo, mostrando que la sexualidad marca a la mujer en su totalidad, -- sin polarizarse en órganos específicos, en cambio; en el hombre, demar-- can los comportamientos ya que está más focalizado en su sensibilidad y su sensualidad.-

Por todo ello, es normal que, del modo más sano; sin que --- exista ninguna impureza, la amistad entre mujeres, adquiere formas más materiales.- Es notable, e incluso muy probable, que la licitud de un comportamiento más afectuoso con las personas de su sexo, encuentre la mujer, inconcientemente un exutorio a la nequeña tendencia homosexual que puede haber en todo ser.-

El exhibicionismo es casi exclusivo del hombre.- No nos corresponde examinar aquí su significado en el hombre, pero es un hecho que el exhibicionismo genital en la mujer es excepcional y totalmente diferente, desde el punto de vista psicológico del que se observa en el -- hombre.- Pero la mujer, mediante los vestidos, el escote, las bragas usadas para el baño, etc., satisface una tendencia exhibicionista latente.- Tal vez ésta la pone a cubierto, de tendencias más conscientes, -- que exige su realización.- Lo mismo podemos decir de las tendencias sádicas y masoquistas larvadas.- La coquetería es una forma más ó menos elegante para ejercer una tendencia sádica.- Anteriormente hemos ha--- blado de algunos aspectos del " Amor Gotez ", que era para la dama una manera de efectuar un juego de sadismo; el " Assaig ", que constituye el término frecuente de éste juego cortés.-

En cuanto al masoquismo, se afirma que en toda mujer hay poco, del mismo modo que no hay ningún hombre que no tenga alguna brizna de sadismo.- En algunas de sus manifestaciones, la homosexualidad femenina es una reacción anti-masoquista.-

Si consideramos aún la distinción que señalamos anteriormente, para el homosexual masculino, entre la desviación simple y la perversión, veremos que no puede confundirse la inversión masculina con -- la femenina.- Recordemos que desviación y perversión no son sinónimos de vicio, lujuria ó libertinaje; en el vicio, la mujer puede igualar -- y aún superar al hombre.-

La mujer vive su desviación y la practica de un modo menos -- frecuentemente neurótico y también menos perverso que el hombre.- Todo

----- ésto se relaciona con las causas de la inversión, por lo ----
que volveremos a considerarlo a propósito de la Psicogénesis de la --
homosexualidad femenina.-

Lo que muestra más claramente que toda otra consideración, -
la diferencia, existiendo entre la homosexualidad masculina y la feme-
nina una gran disparidad en la severidad de los legisladores respecto
a una y a otra.- En la mayor parte de los países, la homosexualidad fe
menina es ignorada por la justicia, en cambio, la actitud represiva es
más ó menos severa de las legislaciones respecto a la inversión mascu-
lina a pesar de las variaciones que se observan, es universal.- La ju
sticia ignora a la homosexualidad femenina como una simple obsenidad, -
que impide a la mujer que la presenta, casarse con un sacerdote.- Mai-
monides, comentando el Talmut en el siglo XII, continua reclamando la
pena de muerte para la sodomita, mientras que para la lesbiana, recla-
ma la pena de azotes y la separación.-

Hay en las escrituras, varios pasajes, en los que la sodomía
es gravemente castigada, (pena de muerte) en ningún versículo se habla
directamente de la mujer invertida.- Es preciso llegar a San Pablo ---
(Rom. I, 26) para encontrar la homosexualidad femenina expresamente --
designada.- En las escrituras pre-cristianas, se precisa claramente el
sexo masculino, San Pablo es el primero en hablar de ésta desviación -
de la mujer.-

En cuanto a Gomorra, lugar de elección de la inversión feme-
nina, según algunos literatos; no se poseé ningún texto que autorice -
la hipótesis de que fuese más conocida por la homosexualidad de las --
mujeres que por la de los hombres.-

Aunque con análoga extensión, el mundo de Gomorra es menos -
ruidoso, menos representativo, menos llamativo que el mundo de Sodoma,
la afección masoquista al riesgo, dá frecuentemente en el invertido --
masculino ya que es mucho menos marcado ó inexistente en las mujeres -
lesbianas.- Si la homosexualidad femenina se presentára como se presen

-----ta la homosexualidad masculina, no tardaría en producirse una --
reversión.- Sodoma respondería que si no hubiera reversión contra ella
no habría exhibición ó presentación, lo que es falso en la materialidad
de los hechos y en la psicología, por todo ésto; nos hallamos en dos --
mundos distintos.-

El placer de la mujer, herotismo femenino; son hechos que --
chocan poco al hombre normal, incluso si los medios empleados son des-
viados.- Los juegos del amor lesbiano, no son muy diferentes de los --
que acompañan ó preceden al amor normal.-

El ingreso occidental en la homosexualidad, es mucho más --
frecuente en la mujer que en el hombre. Los modos son variables. Pare-
ce que la vida de sociedad ofrece más ocasiones a la mujer para que --
nascan en ella tendencias homosexuales o se desarrollen las que ya ---
existían. Una educación femenina, en la que la amistad adquiere normal-
mente un caracter mas sensual, puede inclinar a la homosexualidad, aun
sin llegar a las últimas consecuencias o manifestaciones, sexualizadas,
genitalizadas, erotizadas, las camaraderías femeninas, las relaciones de
maestra a alumna, la mayor promiscuidad en el interior de los grupos--
femeninos, una aspiración a amar que se abre a la existencia menos --
en el muchaco, son los reactivos de una tendencia homosexual laten--
te más o menos desarrollada.

En la mayoría de las muchachas, el descubrimiento del amor --
homosexual, el matrimonio y la familia seran suficientes para enterrar
definitivamente lo que solamente era una tendencia latente. Pero baste
ta a veces poca cosa para que se despierten aspiraciones homosexuales --
que no habian sido percibidas hasta entonces. La ausencia de un amor --
heterosexual, o la descepción resultante de éste amor, los contratiem-
pos sentimentales o las descepciones conyugales pueden ser causa de --
una homosexualidad tardía.

Como vemos, existen tipos de homosexualidad femenina. Se tra-
ta de mujeres más o menos rinfornnas que toman todo lo que encuentran-

----- necesitan una satisfacción sexual; la masturbación, es un recurso que solamente sirve para cuando no hay otra cosa, si no encuentran compañeros sexuales masculinos, los toman femeninos.

El segundo tipo es la homosexualidad de fondo, con rechazo sistemático del hombre y limitación del deseo a la relación homosexual es principalmente en este grupo donde se encuentran los determinismos Psicoanalíticos. Más mujeres con gustos masculinos son mujeres que quieren una mujer.

El tercer tipo es el de las homosexualidades de compensación. No pueden llamarse las homosexualidades de vicio o de perversión porque no sean elegidas deliberadamente. Significa solamente que, en ciertos casos, la sexualidad de predominio heterosexual se descompensa.

No pudiéndose satisfacer las tendencias dominantes, se desarrolla invasivamente una tendencia minoritaria hasta entonces inexistente o silenciosa. Observamos un hecho psicológico muy importante: -- todo ser que no puede satisfacer su sexualidad dominante corre peligro de deslirse a desviaciones. En el comienzo de muchas relaciones --- homosexuales femeninas, hay en una de las mujeres o en ambas el sentimiento de que sería muy preferible un amor heterosexual, pero al cabo -- de un cierto tiempo quedan reprimidas las tendencias que antes eran -- minoritarias, se convierten en predominantes y, finalmente, en exclusivas.

En resumen: La homosexualidad de compensación, que no es al principio otra cosa que la puesta en práctica de una tendencia minoritaria ignorada; homosexualidad de necesidad, excepcional en la mujer; homosexualidad mundana o de vicio; homosexualidad de fondo, que es el rechazo sistemático de toda vida que no sea la homosexualidad, -- con imposibilidad de aceptarla.

Freud consideraba con razón que la homosexualidad masculina -- es una manifestación neurotica de vida o una fijación en el estado --- edípico. Muy esquemáticamente, podemos decir que en la muchacha el ---

---- complejo de Edipo, esta remplazado por el complejo de Electra, -- Ejsito amante de Clitemnestra, mato a Agamenón. esposo de la amada,-- Electra quiso vengar al padre e incito a su hermano Orestes a matar a su madre y a Ejsito. Lo que era solamente un póco de más de sangre en la historia de los Ayridas, había de convertirse en el símbolo de la --afección incestuosa de la hija al padre. Tal vez la realidad no es tan sencilla y la complejidad de la afectividad y la sexualidad de la hija proviene probablemente de la considerable diferencia que existe entre los períodos afectivos y sexuales del muchacho y la muchacha. En el --primero, devoluciones simples: La fijación primitiva se produce con la madre que cuida de él. Apartir de ésta situación se constituye el complejo de Edipo, que se liquidara para llegar a la heterosexualidad --- normal. En la niña, la evolución es más complicada, como en el niño la primera fijación afectiva será con la madre que cuida de ella, pero --esta primera afectividad es homófila al cabo de un cierto tiempo, se --produce la fijación amorosa, incestuosa con el padre, asociada a la --hostilidad a la madre. La accesoión a la heterosexualidad no podra realizarse sino después de haberse liquidado la primera fijación homófila y el complejo de Electra despues. La función erótica femenina atraviesa una fase más que en el niño.

El problema fundamental de la homosexualidad esencial y --- tambien de la homosexualidad de compensación es el narcisismo. No re--pitiremos aquí lo que dijimos sobre ésta cuestión, al tratar de la --- homosexualidad masculina, solamente diremos que hay en general, en la desviación homosexual de la mujer, mas altruismo y menos exocentrismo-- que en la del hombre, aunque es importante el narcisismo con expresión de no renunciación al livido.

Entre los traumatismos psicológicos que pueden ser causa de-- una desviación de la aorientación femenina, debemos citar en primer lugar los que acarrear una falta de maduración afectiva y sexual. No hay en esto nada nuevo, la inmaduración es la causa dominante en toda in--versión, masculina o femenina. Pero ciertos factores son específicos --

---- de la mujer y originan una inhibición, una detención en la progresión afectiva o una regresión a un periodo anterior, que ya había sido superado. El miedo a la vida sexual (también existe en el muchacho) es todavía más importante en la muchacha, Sus causas son variables. . . deben frecuentemente a un ambiente de la vida especial (brutalidad del padre; continuos lamentos de la madre, que se presenta siempre a la hija como una víctima del marido). Se trata casi siempre de madres frigiditas que no han mostrado nunca a la hija otra cosa que las obligaciones de la vida conyugal, ocultando sus alegrías. El temor a la naturalidad tiene un papel bastante importante en la vida del hombre y el refugio en brazos femeninos.

El problema fundamental de la homosexualidad esencial y también de la homosexualidad de compensación en el paraisismo. A veces son muchachas que prefieren las satisfacciones sin peligro del safismo al riesgo de las aventuras heterosexuales.

En otros casos se trata de mujeres que han tenido hijos muy seguidamente y rehullen a la vida conyugal para encontrar compensaciones sin riesgos en ciertas amigas. Y el temor a una desfloración dolorosa y sangrante puede ser motivo de inclinación a una vida sexual que no implica un traumatismo inicial.

EL LOS HOMOSEXUALES Y EL MATRIMONIO.

La cuestión del matrimonio es para el homosexual un punto muy particular en su inserción social. Si la experiencia nos mostrase la existencia de numerosos casos homosexuales casados felices en su matrimonio y haciendo la felicidad de los que les rodean casi no habría problema.

Las enseñanzas que nos aportan la historia sobre esta cuestión son algo decepcionantes. Los casos cuyo conocimiento ha llegado hasta nosotros no permiten formar juicios. Los personajes excepcionales

----- como Verlaine, Gide u Oscar Wilde, nos proporcionan escasa in---
formación sobre los verdaderos problemas de gran número de homosexua---
les casados que hay en el mundo y de los que que nada sabemos. Tampoco
nos ilustran sobre éste tema las acrobáticas elocubraciones de un Jou-
handeau.

Así mismo se puede hacer incapie en el homosexual ya sea mu-
jer u hombre puede ser tratado medicamente refiriendonos a tratamien-
tos psicológicos, a fin de que supere su conducta desviada y así formar
parte de una conducta normal, lo cual en algunos casos puede dar resul-
tados éste tratamiento.

El caso más favolable para tomar en consideración la conve--
niencia del matrimonio, ya que ésta puede darse en algunos casos ya -
en el matrimonio se puede dar el caso que un homosexual se case por -
conveniencia, ya que por aspectos políticos o sociales, en los cuales
por tratar de tapar las apariencias éstas personas ya sea hombre o ---
mujer se unan en matrimonio a una persona heterosexual ocultandoles su
conducta desviada, un individuo que siente atracción, indiferentemente
por los hombre y las mujeres puede pensar en alcanzar su equilibrio y
cierta normalidad en el matrimonio.

No debemos olvidar que, psicológicamente e instintivamente,
la tendencia desviada es siempre predominante. Si no lo fuera se hu---
biese extinguido en las condiciones normales de la vida. Por lo que --
muchos homosexuales casados sienten mayor satisfacción en las relacio-
nes homosexuales que en la vida conyugal. Muchos homosexuales casados-
que aman sinceramente a su mujer nunca han podido marla físicamente con
plenitud. En bastantes casos, para obtener reacciones físicamente con-
plenitud, en bastantes casos, para obtener reacciones físicas con su -
esposa, se ven obligados a recurrir a fantasías homosexuales y conside-
ran sus relaciones conyugales como una especie de masturbación en la -
que la compañera sexual está ausente en cuanto a persona. Pero algunos
han afirmado que, si bien ellos estaban físicamente frustrados en la --

---- en la vida sexual conyugal, la satisfacción del placer proporcionado a la esposa compensaba su decepción.

En la mayor parte de casos se ambivalencia sexual, la tendencia homosexual aumenta con los años, el ejemplo de Oscar Wilde es demostrativo, por lo que en éste momento surge una pregunta ¿ que clase de matrimonio es el del homosexual?. En la mayoría de los casos, es un matrimonio de conveniencia social, que realizan por motivos que nada tienen que ver con el amor. Una cierta nostalgia de ser como los demás puede empujar al homosexual al matrimonio, incluso no habiendo motivos de ventaja social o pecuniaria.

En otros casos, sólo el deseo de tener hijos impulsa al homosexual ambivalente a efectuar un matrimonio hacia el que no le intere ninguna tendencia instintiva. El homosexual puede tener muy sinceramente el deseo de paternidad, de continuarse en un ser nacido de él, pero, con la actitud, la esposa no es verdaderamente tal en su pleno sentido sino únicamente un instrumento indispensable para la procreación. Tenemos conocimiento de situaciones análogas, muy frecuentes, en mujeres no homosexuales que han tenido nunca en el matrimonio otro deseo que el de la maternidad, siendo el marido simplemente el elemento masculino necesario para llevar a la práctica este objetivo y mantener a la familia.

Otro factor que debe alejar al homosexual del matrimonio es la gran dificultad de permanecer fiel. No sé sabe de ningún caso en el que un homosexual haya permanecido indefinitivamente fiel a un mismo hombre (hay más fidelidad en la lesbiana).

Es excepcional que el homosexual casado engañe a su esposa con otra mujer, pero esto se debe a que las mujeres no le atraen en absoluto. El homosexual tiene frecuentemente un sentido del amor ligado a una concepción estética, lo que no se aviene con la realidad de una pareja que va envejeciendo.

En el derecho civil, el divorcio sigue en la mayoría de casos al descubrimiento de la homosexualidad del consorte, si há podido probarse. La homosexualidad del cónyuge es reconocida habitualmente -- como injuria grave, para obtener la disolución del vínculo matrimonial.'

En el derecho canónico, si la homosexualidad del consorte -- masculino produce una importancia psíquica que impide la consumación -- por impotencia psíquica incurable acarrea la "dispensa" del matrimonio. Pero es muy difícil para los canonistas aceptar como causa de nulidad del matrimonio la homosexualidad de uno de los consortes si no acarrea la no consumación. El hecho de casarse con un hombre cuya desviación -- sexual no es conocida, no constituye un error sobre la persona, lo que no vicia el consentimiento.

Pero no nos proponemos considerar el problema de la validez del matrimonio del homosexual desde el punto de vista del derecho canónico, sino que nos situamos en un plano especulativo que vale la pena examinar, aunque las conclusiones a que lleguemos no puedan ser tomadas en consideración por los juristas.

Los dos fines del matrimonio son la fecundidad y la unidad de los consortes en un amor recíproco y total. Siendo así, podemos preguntarnos si el hecho de ser uno de los cónyuges homosexual, permite la realización de éstos los fines. La reflexión sobre éste hecho nos parece merecedora de retener la atención del estudiante, tanto en el plano de la psicología corriente, como en el plano de la psicología de la -- profundidad.

A mayor razón, un individuo que practica habitualmente la homosexualidad, que no solamente piensa como un homosexual, sino que además, actúa como tal, que necesita recurrir a fantasmas homosexuales para conseguir una unión física con la esposa, que nunca será capaz de -- realizar una verdadera comunión de la vida con su esposa aunque haya en el matrimonio un recíproco afecto y la comunidad de esferas de interés y acción de una impresión de unidad.'

CONCLUSIONES

1.- El homosexualismo y el lesbianismo, a sido de lo más discutido por los legisladores, para penalizar esas conductas, ya que en nuestro sistema jurídico existe la libertad sexual, por lo cual éste tipo de conductas, no encuadran dentro de la tipificación penal para sancionarlas, ya que si el homosexual ó lesbiana utilizan ciertas conductas para satisfacer sus necesidades biológicas sexuales entre ellos, refiriendose a personas de las mismas tendencias que ellos, de manera voluntaria, ésto no afecta el orden y el bienestar social y familiar.

2.- En nuestro sistema penal actual, existe castigo para las personas que al momento de satisfacer sus deseos sexuales cometen un ilícito, pero existen otras conductas que a pesar de que causan un mal al sujeto pasivo de esa acción, y afecta el bienestar social y familiar, no se castigan, ya que no se encuentran contempladas, esas conductas, en nuestro sistema jurídico penal, refiriendome en concreto a los actos de homosexualismo y lesbianismo que se cometen dentro de un matrimonio, por parte de uno de los cónyuges.

3.- En la actualidad se han dado casos de homosexualismo y lesbianismo dentro de un matrimonio, en donde uno de los cónyuges, siendo éste heterosexual, a descubierto a su pareja en el mismo hogar conyugal, practicando un acto erótico sexual o coito sexual con una persona de su mismo sexo (ya sea entre hombres o mujeres), pero estas conductas desplegadas por alguno de los cónyuges, no se encuentran contempladas por algun tipo penal, por lo que no son castigadas, encontrandose que solamente esta conducta puede ser utilizada como causal de divorcio, ésto en materia civil, por lo que con esto se aprecia una laguna en el Derecho Penal para castigar a las personas o sujetos que cometen y despliegan esas conductas, ya que si con el adulterio, hablando penalmente, se daña el bienestar social, el bienestar familiar y las

----- buenas costumbres, con una conducta homosexual o lésbica que se practique dentro del matrimonio y más aún cuando éstas conductas son descubiertas por el cónyuge, aparte de que también afectan el bienestar social, familiar y las buenas costumbres, dejan un daño moral muy grave en el sujeto pasivo, siendo éste el cónyuge afectado.

4.- Considerando lo planteado en el punto anterior, se puede apreciar que en un caso concreto de una relación homosexual o lésbica dentro del matrimonio, existe un daño moral hacia el cónyuge afectado, que sería el sujeto pasivo de la acción, que su pareja deslegara, y si bien es cierto, que el adulterio es una conducta que se castiga penalmente, por que no castigar la conducta realizada por un homosexual o lesbiana, si ésta se realiza dentro de un matrimonio, y más aun si se practica dentro del hogar y en el lecho conyugal.

5.- Tomando en cuenta el anterior punto, y como sugerencia, se podría crear un tipo penal para castigar la conducta homosexual o lésbica cuando éstas afecten el bienestar familiar del matrimonio.

6.- Como sugerencia, y analizando el contenido de la presente tesis, así como de lo referido en los incisos de estas conclusiones al tipo penal al que nos referimos podría quedar de la siguiente forma:

Se equipara al adulterio, la conducta de persona casada, que en el domicilio conyugal o con escándalo, realice un acto sexual o en su caso erótico sexual, con persona de su mismo sexo, debiendo comprobar en su caso las tendencias homosexuales o lesbianas.

Por lo que los elementos de éste tipo penal serían:

- a) Conducta de persona casada.
- b) en el domicilio conyugal o con escándalo
- c) y la realización de un acto sexual o en su caso erótico sexual, con persona de su mismo sexo, comprobando en su caso las tendencias homosexuales o lesbianas.

Y el objetivo de éste tipo penal sería:

- a) Proteger la fidelidad conyugal, ya que ésta es el bien -- jurídico lesionado por la infracción.
- b) Castigar a aquéllos que atentan contra las buenas costumbres y con perjuicio a la moral.
- c) Castigar a aquéllos sujetos, que ocasionen un daño moral, con su conducta al cónyuge afectado.

7.- Por último se puede decir que la conducta realizada por un homosexual o lesbiana dentro del matrimonio, debería ser castigada penalmente, pues lo mismo que una conducta adulterina afecta a la moral a la sociedad, a las buenas costumbres y al hombre mismo, una conducta desolegada por un homosexual o lesbiana y si esta conducta se realiza dentro del matrimonio, afecta lo mismo y más aún, ya que se trata de una relación sexual con persona del mismo sexo, y no como en el adulterio que es con persona en donde los sujetos activos son de diferente sexo.

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

- 1.- ACEÑO, JULIO. Procedimiento Penal. Editorial Cajica, Puebla, Méx. 1968.'
- 2.- ALTAVILLA, ENRICO. La Dinamica del Delito. Editorial Temis, Bogotá, 1961.
- 3.- ANANGIO RUIZ VICENTE. Historia del Derecho Romano. Editorial Reus S.A., Madrid España.
- 4.- FRANCO GUZMAN RICARDO. El Delito de Estupro. Revista Criminális, México, año XII.'
- 5.- CANDENAS RAUL P. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1988. 16a. Edición.'
- 6.- CARRARA FRANCESCO. Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1957. 1a. Edición.'
- 7.- CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1989.
- 8.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Editorial U.N.A.M. México. 1985.
- 9.- DICCIONARIO LAROUSSE USUAL. Editorial Larousse. México. 1985.
- 10.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo I.' Editorial Driskill. Argentina. 1979.'
- 11.- GARCIA MAYNES EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México 1989.'
- 12.- GOMES EUSEBIO. Leyes Penales Anotadas. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1979.'
- 13.- GONZALEZ BLANCO ALBERTO. Delitos Sexuales. Editorial Ediar. Buenos Aires Argentina. 1953.
- 14.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1961. 6a. Edición.'
- 15.- JIMENEZ DE ASUA LUIS. Ley Penal. Editorial Ediar. Argentina. 1954.

- 16.- GARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Derecho Penal Mexicano. Editorial -----
Porrúa. México. 1988. 16a Edición.
- 17.- CUELLO CALON EUGENIO. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1952. --
la. Edición.
- 18.- DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa. México 1960. 5a Edición.
- 19.- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Editorial Labor. Tomo I. Impreso--
res Talleres Gráficos Ibero-Americanos, S.A. México. 1954.'
- 20.- DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. Editorial Heliasta. Buenos Aires ---
Argentina. 1979.
- 21.- DICCIONARIO JURIDICO. Editorial Bazan. México. 1978.
- 22.- SOLER SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Tipografía. Argentina -
1951.
- 23.- VILLALOBOS INGANCIO. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. ---
México. 1961.'
- 24.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. El Código Penal Mexicano. Editorial
Porrúa. México. 1981.
- 25.- MARTINEZ TOARO MARCELA. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa. México.
1982.'
- 26.- VAZQUEZ LOPEZ GILBERTO. El Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa.
México. 1961.'
- 27.- GUIA DE DILIGENCIAS BASICAS PARA EL MINISTERIO PUBLICO. Procuradu-
ría General de Justicia del Distrito Federal. Programa de Reformas
de Barandilla. 1990.
- 28.- CODIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO.
- 29.- CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.