

115
207



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"

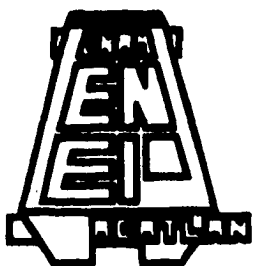


**"LA URGENTE NECESIDAD DE DEROGAR EL DELITO
DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL DEL CODIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL"**

T E S I S

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

JUAN JAVIER JIMENEZ GARNICA



ACATLAN, ESTADO DE MEXICO

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

A MI MADRE:

Sra. Ascención Garnica Z.

En recompensa a sus sufrimientos
y desvelos, por nosotros.

A MI SRA. ESPOSA:

Ma. del Rocío Guerra M.

En agradecimiento a su apoyo
incondicional.

A MIS HIJOS:

Carlos Alberto

Y

Laura Rocío

Con el fin de que les sirva
de estímulo.

A MIS HERMANOS:

Manuel A., Dulce Marfa, Rosario,
Graciela y Ana Marfa. Con amor
fraternal.

A MI AMIGO:

JUAN BENJAMIN RAMIREZ SANDOVAL.

Quien compartió esperanzas y --
anhelos que hoy se empiezan a -
cumplir.

A MIS CUÑADOS:

Por su gran apoyo.

A MIS SOBRINOS:

A

Lupita y Maru.

AL LIC. ANTONIO SOLANO SANCHEZ GAVITO.

Mi gratitud, por su valiosa gufa para
terminar felizmente el trabajo recep-
cional que se será sometido a conside-
ración del Honorable Jurado.

AL HONORABLE JURADO, por sus aten-
ciones al revisar la tesis y apor-
tar sus sabios consejos para incre-
mentar la misma.

I N D I C E

PAG.

CAPITULO I. EL DELITO

A) CONCEPTOS	1
B) ELEMENTOS	16

CAPITULO II. DERECHO PENAL

A) DEFINICIONES	31
B) CARACTERISTICAS DEL DERECHO PENAL	34
C) TITULAR Y DESTINATARIOS DEL DERECHO PENAL	37
D) ESCUELAS PENALES	41
E) FINES DEL DERECHO PENAL	60

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

A) ABUSO SEXUAL	64
B) ESTUPRO	80
C) VIOLACION	99

CAPITULO IV. ESTUDIO INTEGRAL DEL DELITO DE HOSTIGAMIEN TO SEXUAL

NOCION LEGAL	145
CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION	150
SITUACION DE VIABILIDAD EN MEXICO	160
CONCLUSIONES	164
BIBLIOGRAFIA	167

C A P I T U L O I

EL DELITO

A) CONCEPTOS

Según el maestro Rafael Márquez Piñero, la palabra delito proviene del latín delicto o delictum, del verbo delin--quere que significa desviarse, resbalar, abandonar.

Continúa el autor manifestando que son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o concepto de delito. Tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto o de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica vale dero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta, que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y cada siglo, por consi---guiente lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa. (1)

Luis Jiménez de Azúa, define al delito como toda ac---ción u omisión, antijurídica, típica y culpable sancionada con una pena. (2)

-
- (1) Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Editorial Trillas. México 1990. 2a. Ed. pág. 131.
(2) Jiménez de Azúa, Luis. La Ley y el delito, Editorial --- Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 132.

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

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

Además de esa contraposición, con esa norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la Ley como delito que corresponda a un tipo legal. Toda vez que no toda acción antijurídica constituye delito, sino que ha de tratarse de -- una antijuricidad tipificada.

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

Desde el punto de vista sociológico podemos considerar que el delito tiene como principal característica que se en--frenta a la moralidad de las personas y se opone a las míni--mas condiciones de vida de la sociedad.

En México el Código Penal de 1871 en su artículo 1º de finió el delito como la infracción voluntaria de una Ley Pe--

nal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

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

Uno de los penalistas que trataron de dar una definición de delito fue Garófalo, miembro de la Escuela Positiva, quien pretendía formular una definición útil del delito, para lo cual recurrió al delito natural, partiendo de la indagación de los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas. Queriendo formular, al principio, un catálogo de todas las acciones y omisiones humanas que en cualquier tiempo y lugar hayan merecido siempre la sanción pe

(3) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Editorial Nacional 9a. Edición, México, pág. 254.

nal, con el fin de dar el concepto de delito natural, pero -
tuvo que abandonar la tarea debido a que no habia manera de
fundar la contestación a su pensamiento. Y así tuvo que re-
currir al elemento sociológico para conceptualizar el delito,
pero relacionando el delito es "la ofensa de los sentimien--
tos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medi-
da en que los posee un determinado grupo social".

Sin mencionar este autor cuales son estos sentimien--
tos fuera del orden jurídico, así que esta definición dada -
por Garáfalo incurre en el defecto de recurrir al orden so--
cial o sea a la comunidad organizada, por lo cual deja de --
ser un concepto naturalista, transformándose en Derecho Posi-
tivo, debido a que se basa en los sentimientos que tiene el
Estado sobre la probidad y la piedad. (4)

Considerando la imposibilidad de conceptualizar el de-
lito a la manera expuesta por los miembros de la escuela na-
turalista, que como se indicó, no hacen otra cosa que acudir
al Derecho Positivo en cierta época. Es necesario hacer men-
ción del delito, indicando que era imprescindible señalar so-
lamente los elementos que integran un hecho delictuoso, en --
virtud de que los elementos primordiales de justicia y equi-
dad varían con el transcurso del tiempo. Es por ello que es

(4) Citado por Fausto E. Vallado Berron. Introducción al
Estudio del Derecho, 1a. edición, México, 1961, pág.231

ta corriente, es la que en la actualidad es adoptada por gran número de tratadista considerando que siempre podrá hablarse del delito cuando concurren los siguientes elementos: Un acto humano, típico, antijurídico, culpable, imputable y sancionado con una pena.

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

" El penalista alemán ANSELMO VON FEUERBACH, dice que el delito es: "Una sanción contraria al derecho de otro conminada por una pena". (5)

FRANS VON LISZT, fundador de la denominación Escuela Sociológica Alemana, manifiesta que el delito es: "Un acto punible, es la figura legal al que el orden jurídico asocia la pena como consecuencia jurídica". (6)

MAX ERNESTO MEZGER, indica que el delito es: "Un acontecimiento típico, antijurídico e imputable". (7)

(5) Citado por Jiménez de Azúa. Op. cit. pág. 33.

(6) Citado por Márquez Piñero Luis. Op. cit. pág. 131.

(7) Citado por Márquez Piñero Luis. Op. cit. pág. 132.

El penalista español EUGENIO CUELLO CALON, dice que el delito es: "Una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena". (8)

El célebre penalista español LUIS JIMENEZ DE AZUA, dice que el delito es: "El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable, a un hombre y sometido a una sanción penal". (9)

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

A principios del año de 1764 y como resultado de la famosa obra de CESAR BECCARIA BONESANA, MARQUEZ DE BECCARIA, denominada "De los delitos y de las Penas", se origina un entusiasmo general por el estudio científico del Derecho Penal y por ende, del delito. La obra del Marqués de Beccaria, trata con dureza singular los abusos de la práctica criminal impe--

(8) Cuello Calón Eugenio. Op. Cit. pág. 254.

(9) Jiménez de Azúa Luis. Op. Cit. pág. 134.

rante, exigiendo una forma a fondo; siguiendo el pensamiento de Grocio, proclama que la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina; que la justicia penal no tiene nada que ver con la justicia divina de Dios. Estima el fundamento de la justicia penal, en la utilidad común, en el interés general y en bienestar del mayor número, sosteniendo como principio fundamental la alianza de la Ley Penal, o como él la denominaba "política", con la ley moral. (10)

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

En relación a la definición arriba señalada, el penalista Luis Jiménez de Asúa, nos demuestra con verdadero -- acierto que Carrara lo considera al delito como un ente jurídico porque su esencia debe consistir en la violación del de recho, define al delito como infracción a la Ley en virtud -

(10) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. pág. 135.

(11) Cuello Calón Eugenio. Op. Cit. pág. 137.

de que un acto se transforma en delito cuando choca contra -- ella, pero para no confundirlo con el vicio, es decir con el abandono de la Ley Moral, o con el pecado infracción a la Ley Divina, afirma su contradicción a la Ley del Estado, agregando que tal Ley ha de ser promulgada para la protección de los ciudadanos, y que sin ese fin no tendría obligatoriedad y tam bién no haría resaltar la idea especial de que el delito no - consiste en la trasgresión de la Ley, no es propiedad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos. (12)

"Carrara juzgó y consideró necesario incluir en su definición que el delito ha de ser resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, para substraer del dominio de la Ley Penal, las simples opiniones, deseos y pensamientos e igualmente para significar que solamente el hombre y únicamente él, puede ser agente activo del delito tanto en sus acciones como en sus omisiones y finalmente considera que el ac to o la omisión deberá tener el carácter de moralmente imputa bles, en virtud de que el individuo está atado a las leyes -- criminales en función de su naturaleza moral y por ser neces ariamente la imputabilidad política.

"En contraposición a la corriente clásica, a fines del siglo XIX, nace una corriente opuesta a la de Carrara, es la

(12) Jiménez de Azúa Luis. Op. Cit. pág. 137.

Escuela Positiva del Derecho Penal. Este nuevo pensamiento trata de cambiar en forma definitiva el criterio que se tenía sobre el delito y trata de demostrar que este es un fenómeno o hecho natural resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos, considera al delito como algo fatal, forzoso, inevitable e independiente del querer del hombre.

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

"ENRICO FERRI considera al delito desde un punto de vista meramente sociológico al establecer que el factor de la delincuencia es el medio ambiente; pero es RAFAEL GAROFALO quien lo considera como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".

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

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

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

Sin embargo, no era posible cerrarse todas las puer--

(13) Citado por Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México -- 1974. 8a. edición, pág. 214.

tas procediendo a priori sin advertirlo, afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de piedad y probidad poseídos por una población en la medida indispensable para la adaptación de los individuos a la sociedad.

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

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

cualquiera. (14)

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

Como es de apreciar en los párrafos anteriores, las de finiciones analizadas incluyen solamente factores causales ex plicativos no formulados desde el punto de vista del Derecho.

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

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

- * Conducta, y
- * Punibilidad

Por tal motivo la mayoría de los tratadistas de la ma-

(14) Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1988. 16a. edición, pág. 419.

teria de inclinar a su desechamiento; al respecto IGNACIO VILLALOBOS, ha establecido "que estar sancionando a un acto con una pena no conviene a todo, lo definido, como lo que debemos conocer como hechos constitutivos de un ilícito, ya que hay delitos que gozan de aplicación de la pena, además de que -- abundan las infracciones administrativas, disciplinarias que revisten el carácter de nuevas faltas, las cuales se hayan -- sancionadas por la Ley con una pena, sin ser delito. Y no se señala elemento dato externo, usual en nuestros tiempos para la represión y por el cual se podrá identificar el delito, con -- más o menos aproximación pero sin que sea inherente al mismo, ni por tanto útil para definirlo. Es decir que el delito es un acto u omisión que sancionan las Leyes Penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber porqué lo sancionan o cual es la naturaleza de ese acto, para merecer los castigos o las -- sanciones penales. (15)

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

(15) Citado por Castellanos Tena, Op. Cit. pág. 221.

El delito es siempre un comportamiento contrario al or den jurídico, más como existen actos opuestos al Derecho que no contiene ningún carácter delictivo, es necesario catalogar las conductas delictivas, correspondiéndole a la Ley positiva fijarlas en tipos; por consiguiente la tipicidad nos propor-- ciona un indicio para determinar la ilicitud penal de un com portamiento, más sin embargo no basta la sola existencia de - la integración del delito, es necesario además que su realiza ción sea culpable; de tal suerte la culpabilidad viene a cons tituir otro elemento necesario para la integración del ilfci to; pero como para ser culpable se requiere poseer conciencia y voluntad, este presupuesto de culpabilidad llamado imputabi lidad, resulta necesario como soporte de aquello y en conse-- cuencia desde el punto de vista jurídico substancial, éste de lito es recurrido a la definición dada por EDMUNDO MEZGER, -- una acción típica antijurídica y culpable.

No todos los juristas de la rama penal, consideran con figurado al delito por cuatro elementos a saber:

- * Conducta o Hecho,
- * Tipicidad,
- * Antijuricidad y
- * Culpabilidad

Algunos como EUGENIO CUELLO CALON, agregan la penali--

dad al establecer que: "El delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible". (16)

SEBASTIAN SOLER, agrega un elemento más que consiste - en la condicionalidad objetiva, al definir el delito como - - "una acción típicamente antijurídica y culpable", pero que -- además se debe encuadrar a una figura legal según las condi-- ciones objetivas de ella. (17)

Algunos otros autores incluyen a la imputabilidad como elemento autónomo. De ese modo surgen definiciones tretatómicas, pentatómicas, exatómicas y hepátatómicas, como la que -- nos proporcionó Jiménez de Azúa, quien señala como elementos del delito, el acto, la tipicidad, antijuricidad, e imputabilidad. (18)

(16) Cuello Calón Eugenio. Op. cit. pág. 259.

(17) Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina, 1945, 1ra. edición, pág. 399.

(18) Jiménez de Azúa Luis. Op. Cit. pág. 139.

B) ELEMENTOS

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

Hay que hacer la aclaración que la acepción acto se en tiende de una manera amplia que comprende el aspecto positivo acción y el negativo omisión.

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

Ya se ha mencionado que el acto abarca tanto el hacer como el omitir, entendiéndose ese hacer y ese omitir por acción y omisión. La acción es el aspecto positivo y la omisión es el negativo de la conducta humana. La acción consiste en una actividad, en un hacer lo que se debe hacer, o en su comportamiento que viola una norma que prohíbe. La omisión es una actividad negativa, es un dejar de hacer lo que se debe, en omitir obediencia a una norma que impone un deber de hacer. Estas dos manifestaciones de voluntad que produce

un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, dan origen a lo que se denomina resultado.

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

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

Cuello Calón, menciona que: "la acción consiste en la conducta externa, voluntaria encaminada a la producción de un resultado". Movimientos corporales, voluntarios dirigidos a la obtención de un fin determinado. Además declara este prominente penalista que la acción exige para su validez:

- a) Un acto de voluntad, y
- b) Una actividad corporal consistente en la modificación y debiendo existir además una relación de causalidad entre estos dos elementos.

La omisión es: "Una manifestación de la voluntad que se exterioriza, en una conducta pasiva, en un no hacer y define la omisión como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

Los elementos de la omisión son los siguientes:

- a) Un acto de voluntad,
- b) Conducta inactiva, y
- c) Deber jurídico de obrar.

De lo expuesto anteriormente resulta lo que se conoce con el nombre de delitos de comisión por omisión, consistentes éstos en la producción de un resultado delictivo de carácter positivo, mediante inactividad. Más concretamente es la de algo que el Derecho ordenaba hacer.

Ejemplo: El caso de la madre que omite ligar el cordón umbilical del recién nacido y el del padre que niega el alimento a sus hijos". (19)

Karl Wolff, profesor de Innsbruck muy acertadamente dice que: "La conducta humana se manifiesta en la acción o en su -

(19) Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. p. 261.

correlativa omisión. El movimiento corporal caracteriza a espontáneo; sin embargo, señala Wolff, la acción perfectamente diferenciable de otras nociones del movimiento corporal, se singulariza, por tender a un resultado, literalmente con el pensamiento en un efecto. De aquí de dicho autor establezca estas diferencias entre acción, actividad, aspecto fáctico y hecho.

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

De esta manera, lanzar es una actividad, disparar contra alguien es una acción y matar a una persona de un tiro es un hecho. (20)

(20) Citado por Márquez Piñero Luis. Op. Cit. p. 140.

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

Se trata de una conducta humana concreta en un no **hacer** pero no toda inacción voluntaria constituye una omisión penal, para la existencia de ésta se necesita que la norma penal establezca un deber igual de hacer. En definitiva, puede definirse la omisión como una actividad voluntaria cuando la **norma** penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado". (21)

1. TIPICIDAD

Para JIMENEZ DE AZUA, "La tipicidad es la correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la -- Ley, para cada especie de infracción". (22)

CARRANCA Y TRUJILLO dice que: "La tipicidad es la educación de la conducta concreta al tipo legal concreto". (23)

"El tipo se puede entender como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, decretado los detalles necesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito." (24)

(21) Citado por Máquez Piñero Luis. Op. Cit. p. 263.

(22) Ibidem. Op. Cit. p. 279.

(23) Carrancá y Trujillo. Op. Cit. p. 421.

(24) Ibidem. Op. Cit. p. 314.

Para el maestro FERNANDO CASTELLANOS TENA, "No debe confundirse el tipo con la tipicidad, en virtud de que el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta, con la descripción legal formulada en abstracto". (25)

Continúa el maestro señalando que: "La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. CELESTINO PORTE PETIT, considera que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la -- fórmula Nullum Crimen Sine tipo". (26)

La tipicidad tiene como función principal ser eminentemente descriptiva, que singulariza su valor en el concieto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal: "La tipicida no sólo es pieza técnica, sino es secuela del principio legalista, garantía de la libertad". (27)

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

(25) Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 223.

(26) Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 225.

(27) Carrancá y Trujillo Raúl. Op. Cit. p. 425.

- a. Normales y anormales: los primeros se refieren a situaciones objetivas; en los segundos se trata de una valoración cultural o jurídica. El homicidio es normal. En el caso concreto consideramos que el delito de rapto es anormal, porque se requiere de una valoración subjetiva.
- b. Fundamentales o básicos, éstos constituyen la esencia o fundamento de otros tipos, ejemplo: el homicidio.
- c. Especiales que se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, ejemplo: el parricidio.
- d. Complementados, que se constituyen con una básica y una circunstancia, ejemplo: el homicidio calificado.
- e. Autónomos y subordinados, los primeros tienen vida propia, ejemplo: robo simple, en tanto los segundos dependen de otro tipo, ejemplo: el homicidio en riña.

2. ANTIJURICIDAD

El derecho penal es garantizador y sancionador, su fun-

ción es proteger y tutelar los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general. Sin negar totalmente el aspecto subjetivo se puede afirmar que la antijuricidad es fundamentalmente objetiva, porque se enfoca a la conducta externa.

Una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho. Este se concibe como una ordenación objetiva de la vida y en consecuencia lo injusto se debe entender como una lesión a las normas del derecho.

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

SERGIO VELA TREVIÑO, menciona que toda acción será punible si es antijurídica. Con ello se establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción de la misma con las normas del Derecho". (28)

(28) Vela Trujillo Sergio. Antijuricidad y Justificación. Editorial Trillas. México, 1986. 2a. edición, p. 214.

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

3. IMPUTABILIDAD

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

Según el maestro CARRANCA Y TRUJILLO, será imputable to do aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones psí quicas exigidas por la Ley para poder desarrollar su conducta socialmente. Todo aquel que sea apto e idóneo jurídicamente - para observar en sociedad humana. (29)

Según CASTELLANOS TENA, la imputabilidad es la capaci-- dad de entender y de querer, en el campo del Derecho Penal. (30)

LUIS JIMENEZ DE AZUA define, la imputabilidad en los si

(29) Carrancá y Trujillo Raúl. Op. Cit. p. 427.

(30) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 227.

güentes términos: "Imputabilidad es el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como su causa eficiente y libre". (31)

4. CULPABILIDAD

La culpabilidad es el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, lo cual quiere decir que contiene dos elementos uno volutivo o emocional y el otro intelectual; el primero indica la suma de dos querereres de la conducta y el resultado, y el segundo, el intelectual es el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. Según el maestro Fernández Doblado: para la doctrina la culpabilidad es la relación subjetiva entre el autor y el hecho punible y como tal su estudio debe analizar el psiquismo del autor, con el objeto de investigar cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado delictuoso. (32)

La culpabilidad tiene dos formas: Dolo y Culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución de hecho tipificado en la ley como delito o cause igual resultado por medio de la negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo) o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estad

(31) Jiménez de Azúa Luis. Op. Cit. p. 143.

(32) Citado por Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 228.

do (culpa). Igualmente, se puede hablar de preterintencionalidad, como una tercera forma o especie de la culpabilidad, como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.*

5. PUNIBILIDAD

Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad con menos propiedades, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces, una amenaza estatal para los infractores de las normas jurídicas; igualmente, se entiende por punibilidad en forma menos apropiada la consecuencia de la conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes a posteriori las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa.

* Actualmente no hay preterintencionalidad.

ASPECTOS NEGATIVOS

1. AUSENCIA DE CONDUCTA

Evidentemente si faltan algunos elementos esenciales -- 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 o negativa la base indispensable del delito.

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

2. ATIPICIDAD

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito que se conoce como atipicidad, entendiéndose 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 para el Distrito Federal, y sin embargo, puede no ser antijurídica, si obró en legítima defensa.

4. ININPUTABILIDAD

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

El referido maestro CASTELLANOS TENA, señala como causa de ininputabilidad: "el estado de inconciencia (permanente o transitorio), el miedo grave y la sordomudez.

5. INCULPABILIDAD

La inculpabilidad significa la ausencia del nexo psíquico entre sujeto y resultado, en el delito entonces existen

individuos que no reúnen los dos elementos necesarios, el - - querer actuar y el conocimiento de lo antijurídico de la conducta.

6. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Cuando hablamos de punibilidad nos referimos al aspecto positivo del delito, considerado como una consecuencia del mismo, la excusa absolutoria viene a ser el elemento negativo.

Debemos entender como excusas absolutorias aquellas -- causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la -- conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

La moderna teoría del Derecho Penal, habla en la actualidad únicamente de dos especies de excusas absolutorias, la nueva edición del libro del reconocido maestro Don Fernando - Castellanos Tena, nos menciona entre otras, las siguientes ex - cusas absolutorias:

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

B. Excusa en razón de la maternidad consciente, por ejemplo: el aborto cuando el embarazo ha sido resultado de una violación". (33)

(33) Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit. págs. 271, 272, 273.

C A P I T U L O I I

DERECHO PENAL

A) DEFINICIONES

Para el hombre, quizá no exista otra rama del derecho - de mayor trascendencia que la penal, cuyo estudio iniciamos. - Su basamento sociológico, sus circunstancias ambientales, la - propia índole de su naturaleza jurídica están en relación cons- tante con el hombre, con su entorno vital y con sus acciones u omisiones. Entre los bienes jurídicos sometidos a la protec- ción del Derecho Penal se encuentran los más preciados para el hombre, como la libertad, la dignidad, el honor, la integridad física, el patrimonio e incluso la propia vida. Por todo ello, el estudio y la comprensión de esta disciplina es de importan- cia fundamental en la formación de un jurista.

Sentado lo anterior como preámbulo necesario, comence-- mos por establecer la distinción entre el Derecho Penal Subje- tivo y el Derecho Penal Objetivo. Se trata de una distinción tradicional, pues el Derecho Penal Subjetivo es el derecho de castigar, el derecho del Estado a conminar la ejecución de - - ciertos actos o hechos con penas y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esta noción se halla contenido el fundamento filosófico del Derecho Penal.

En sentido objetivo, el Derecho Penal es el conjunto de

normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos y las penas, concepto que encierra el fundamento del Derecho Penal positivo. (1)

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

(1) CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. parte general. Volumen I. Bosch, S.A. Barcelona, 1975, p. 7

Ihering). (2)

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

De lo anterior se infiere que la evolución del Derecho Penal, influida por las circunstancias de lugar y tiempo, ha - venido a revelar la importancia de ciertas medidas para comba - tir la criminalidad, cuyo carácter es fundamentalmente preven - tivo; y precisamente la notoriedad que han adquirido en la doctrina y en las legislaciones obliga a incluirlas en el concep - to de Derecho Penal.

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

-
- (2) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. 3a. edición. Tomo I. Losada S.A. Buenos Aires, 1964. p. 33,36,38
- (3) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Porrúa S.A. México 1974. Parte general, p. 11
- (4) DEL ROSAL, Juan. Derecho Penal. 2a. edición. Valladolid, 1954. p. 19.

B) CARACTERISTICAS DEL DERECHO PENAL

Cabe afirmar que la ciencia penal, el Derecho Penal, -- tiene las características siguientes:

- * Cultura (normativa),
- * Público,
- * Sancionador,
- * Valorativo,
- * Finalista y
- * Personalísimo.

Es cultural normativo, en tanto que en la actualidad, - los juristas suelen aceptar la clasificación de, las ciencias - en dos grandes bloques: culturales y naturales. Por un lado están las ciencias del ser (que incluyen las naturales) y por el otro las del deber ser (llamadas culturales, en cuanto la cultura, fenomenológicamente hablando, es un repertorio de comportamientos o patrones de existencia de la sociedad), y entre éstas se encuentra el derecho. (5)

Es público en cuanto regula las relaciones entre el individuo y la sociedad, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en orden -

(5) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. p. 34

a la consagración del axioma liberal: nullum crimen, nulla --
poenas sine lege. (6)

Es sancionador, garantizador diría el maestro JIMENEZ -
DE ASUA, porque el Derecho Penal no crea la norma, sino que la
hace positiva a través de la Ley, pero es el soporte insusti--
tuable para el ordenamiento jurídico general y está ligado, --
más que ninguna otra rama del derecho, a la efectiva eficacia
de este ordenamiento. Ello no resta importancia alguna a la -
disciplina objeto de estudio, sino que sólo la sitúa en su ver
dadero parámetro, sólo supone la existencia de un principio po
sitivo, lógicamente anterior y a la Ley Penal.

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

(6) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit, p. 40.

ción de un fin colectivamente perseguido y de una valoración - de esos hechos. El contenido de esas normas reguladoras de -- conducta, no comprobadoras de hechos, es una exigencia un de-- ber ser, mas no una realidad, un ser. El Derecho Penal, en ge neral, funciona como sistema tutelar de los valores más altos es decir, sólo interviene ante las transgresiones vulnerado-- ras de los valores fundamentales de la sociedad. (7)

Es finalista (como se ha visto en la definición ya seña lada, del maestro JIMENEZ DE ASUA, y el comentario inherente - a la misma), puesto que si se ocupa de conductas, lógicamente debe tener un fin (según Antolisei, este fin es el de combatir el fenómeno de la criminalidad). PAVON VASCONCELOS, dinstin-- gue el fin del Derecho Penal en mediato e inmediato; el media-- to tiene su objetivo en la correcta convivencia social, en tan to que el inmediato consiste en la represión del delito. (8)

Por último, es personalísimo si se tiene en cuenta que la pena se aplica únicamente al delincuente (en función de - - haber cometido el delito y sin salir de su esfera personal). - Así, conforme a este carácter, la muerte del delincuente extin gue la responsabilidad penal, aunque pueda subsistir la acción civil para la reparación del daño (por ejemplo, artículo 112 -

(7) PAVON VASCONCELOS. Op. Cit. p. 16.

(8) PAVON VASCONCELOS. Op. Cit. p. 17.

del Código Penal español y 91 del Código Penal Mexicano).

Antes de terminar con esta sucinta exposición de las características de la disciplina jurídica penal, conviene señalar que la característica finalista asignada es ajena y anterior a la teoría finalista de la acción, tan en boga entre el iuspenalismo alemán. (9)

C) TITULAR Y DESTINATARIOS DEL DERECHO PENAL

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

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

(9) JIMENEC DE ASUA, Op. Cit. p. 40.

(10) CUELLO CALON, Op. Cit. p. 9.

A) Aquellos que, como Iering y sus numerosos seguidores, entienden que los preceptos del Derecho Penal van dirigidos exclusivamente a los órganos encargados de aplicarlos.

B) Los que consideran a los ciudadanos sus auténticos y naturales destinatarios, ya que a ellos van dirigidos los mandatos y prohibiciones de las normas penales.

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

El Derecho Penal forma parte del total ordenamiento jurídico y su concepto gira al rededor de un criterio objetivo.

El Derecho Penal es una rama del Derecho Público interno cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro.

(11) POITE PETIT, CELESTINO. Apuntamientos de Derecho Penal. Parte General. México, 1960, p. 9.

El penalista español EUGENIO CUELLO CALON, define el Derecho Penal como el: "Conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y medidas de seguridad que el mismo establece para prevención de la criminalidad". (12)

Por su parte el maestro FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, formula el siguiente concepto de Derecho Penal: "... es el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo, referentes al delito, al delincuyente y a las medidas de seguridad". (13)

El tratadista argentino LUIS JIMENEZ DE ASUA, afirma que: "El Derecho Penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora". (14)

El jurista español JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA, considera: "La ciencia del Derecho Penal tiene por objeto el estudio

(12) CUELLO CALON, Eugenio, Op. Cit. p. 8.

(13) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 9a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990. p. 17.

(14) JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Hermes, Buenos Aires, Argentina, 1954, p. 20.

dio del Derecho Penal, el cual puede considerarse:

- A) Como conjunto de normas (Derecho Penal Objetivo, -- iuspenales;
- B) Como facultad (Derecho Penal Subjetivo, ius puniendi)". (15)

El jurisconsulto GIUSEPPE MAGGIORE hacer ver esto: - - "... la expresión "Derecho Penal", se aplica tanto para designar al conjunto de las normas penales como para nominar a la ciencia de Derecho Penal. En el primer sentido se trata de un conjunto de normas y en el segundo de una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual". (16)

Finalmente, el autor mexicano IGNACIO VILLALOBOS, dice: "El Derecho Penal es una rama del Derecho Público Interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro". (17)

(15) RODRIGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español. -- Parte General. S.P.E. Madrid, 1976, p. 7.

(16) MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis. - Bogotá 1954. p. 3.

(17) VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit. p. 15.

De los conceptos antes transcritos, se advierte que -- los tratadistas citados se pronuncian en términos similares - en cuanto al concepto de Derecho Penal se refiere, pues se -- considera como un conjunto de normas jurídicas que determinan que conductas son punibles (delitos), y cuales son las sanciones que respecto de estas conductas corresponden, con un ca-- rácter preventivo y sancionador.

D) ESCUELAS PENALES

El tratadista argentino JIMENEZ DE ASUA, al referirse a las Escuelas Penales asevera que son: "... el cuerpo orgá- nico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del - derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el - fin de las sanciones". (18)

Para el objeto de nuestro estudio resulta importante - el análisis de las Escuelas Jurídico Penales, ya que estas -- constituyen el principal avance en la ciencia del Derecho Pe- nal, pues en éstas se trata de conceptos puramente jurídicos que parten en diversas ocasiones del análisis de problemas -- normativos.

Cabe decir que existe un enfrentamiento entre dos Es--

(18) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1950. p. 29.

cuelas, fundamentalmente; y una tercera Escuela que adopta una posición ecléctica.

Las Escuelas que estudiaremos a continuación son:

La Escuela Clásica (Scuola Clásica),

La Escuela Positiva (Nouva Scuola),

La Tercera Escuela (Terza Scuola)

La Joven Escuela estas como tendencias elécticas y finalmente la defensa social (Difensa Sociale) como punto de unión actual.

ESCUELA CLASICA

La Escuela Clásica, se tima que fue la reacción contra la barbarie y la injusticia que el Derecho Penal representaba hasta la etapa de la venganza pública, por lo cual procuró la humanización por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y la limitación al poder absoluto de Estado.

Se ha afirmado que la Escuela Clásica principia con el Marqués de Beccaria, quien establece los principios unificados de esta Escuela, asimismo, se considera como precursores de esta corriente al tratadista francés Jeremie Bentham con su "Teoría de las Penas y la Recompensas", publicada en el año de

1840, así como al jurista italiano Giandoménico Romagnosi con su tratado "Genesi del diritto penale", publicada después de su muerte en el año de 1837.

Ahora bien, el primer gran clásico reconocido por todos es el jurisconsulto italiano Pellegrino Rossi, quien fue profesor en Bolonia, Ginebra y París, escribiendo su obra en el - - exilio, denominada "Tratado de Derecho Penal", publicada en - 1824, en la que sostiene que existe un orden moral que es obligatorio para todos los seres libres e inteligentes y que debe ser aplicado también en la sociedad, en la que estos seres son obligados a vivir por su misma naturaleza originándose de esta forma un orden social igualmente obligatorio y del que se derivan todos los derechos y obligaciones; el fin directo de la -- justicia en el establecimiento del orden social perturbado por el delito. Así, la pena es la remuneración del mal hecha con peso y medida por un juez legítimo.

Otro, a quien se le considera como precursor de la co-- rriente de que se trata es el profesor de Pisa, Giovanni Car-- mignani, en su obra intitulada "Elementa iuris criminalis" - - hace la necesidad de conservación del orden social, la fuente y de la ley moral el límite: El objeto de la imputación civil al castigar al delincuente no es el de tomar venganza del delito cometido, sino el de esforzarse para que con posterioridad no se cometan otros delitos semejantes, es decir las medidas -

más que represivas deben de ser preventivas.

Otro autor al que se le considera exponente de la Escuela de mérito es Antonio Rosmini que en su libro que se llama - "Filosofía del Diritto" publicada en 1839 sienta las bases filosóficas de dicha Escuela, en el cual dice que el fundamento del derecho de castigar es un eterno principio de justicia. - La capacidad de juzgar pertenece al superior, pero el individuo como ser inteligente que es, puede juzgar al igual: la responsabilidad penal es la cantidad de pena que merece el sujeto activo que ha cometido un delito.

Otros autores a quienes se les considera como exponentes de la Escuela Clásica, son: Emmanuel Kant y Federico -- Hegel.

El primero de ellos sostiene que la pena es un imperativo categórico, una exigencia de la razón y de la justicia y -- consecuencia jurídica del delito realizado, su imposición es -- sólo de justicia: y su fundamentación se halla en el principio absoluto de la retribución jurídica; en tanto que para el segundo dice que a la voluntad irracional de que el delito es expresión debe oponerse la pena representativa de la voluntad racional que la ley traduce. El delito es negación del Derecho y la pena es negación del delito.

Sin embargo, el máximo exponente de la Escuela Clásica es Francesco Carrara, quien fue maestro en Pisa y que con su obra intitulada: "Programa di Diritto Criminale" publicada en el año de 1859, lleva al Derecho Penal a su verdadera esencia jurídica, y sostiene: "...presupongo aceptada la doctrina del libre arbitrio y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquélla". (19)

Agrega el citado autor: "El delito es un ente jurídico, la idea de delito no es más que una idea de relación, la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico al cual se le da el nombre de delito". (20)

La pena, sostiene el referido tratadista con el mal que impone al autor de un acto lesivo del Derecho no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica.

Los postulados que rigen la Escuela Clásica son:

(19) CARRARA, Francesco.- Programa del Curso de Derecho Criminal. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. Pág. 30.

(20) Idem. Pág. 406.

1.- Encuentra su base filosófica en el Derecho Natural. El jusnaturalismo de esta Escuela es racionalista dado que desprecia todo el elemento o dato social del Derecho y lo reduce a un sistema de normas que la razón construye sin tomar en - - cuenta la realidad, los principios del Derecho Natural son justos, las formas de justicia no se dejan a la inclinación voluntaria de los sujetos, ni a su inclinación racional y permanente válida.

2.- Respeto absoluto al principio de legalidad. No debe aplicarse pena que no esté en la ley, no hay delito sin ley que lo contemple, no debe aplicarse pena si no se ha cometido un delito.

3.- El delito es un ente jurídico. El punto cardinal - de la justicia penal es el delito, hecho objetivo y no el delincuente, hecho subjetivo. El delito no es una acción, sino una infracción.

4.- Libre albedrío. El sujeto de la ley penal es el -- hombre capaz de querer como ser consciente, inteligente y libre; puede elegir entre el bien y el mal.

5.- La pena sólo puede aplicarse a los individuos moralmente responsables.

6.- Quedan excluidos del Derecho, por lo tanto de la pena, aquellos que carecen de libre albedrío, como los niños y los dementes.

7.- La pena es retribución, es el mal que se da al delincuente por el mal que éste hizo a la sociedad.

8.- La pena debe ser proporcionada al delito cometido y al daño causado.

9.- La finalidad de la pena es restablecer el orden social externo que ha sido roto por el delincuente.

10.- El derecho de castigar pertenece al Estado a título de tutela jurídica.

11.- Se considera que el método debe ser lógico abstracto, silogístico y deductivo. Para elaborar el Derecho Penal debe utilizarse el método deductivo, partiendo de los principios generales (concepción finalista).

ESCUELA POSITIVA

Según Enrico Ferri (21) consiste en estudiar el ilícito - - primero en su génesis natural y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo pro

(21) FERRI, Enrico. Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal. Centro Editorial de Góngora. Madrid, 1887. Pág. 248.

ducen los diversos remedios, que por consiguiente serán más -- eficaces: constituye un cambio radical de método científico - en el estudio de la patología social criminal, y de lo que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídicos que nos ofrecen; esta Escuela se funda en la Antropología; la Psicología y la Estadística Criminal, así como sobre el Derecho Penal y los estudios penitenciarios, llega a ser una ciencia que se denomina Sociología Criminal, así, aplicando el método positivo al estudio del delito, del delincuente y del medio, no hace otra cosa que llevar a la Ciencia Criminal Clásica, el soplo - vivificador de la últimas conquistas hechas por la ciencia del hombre y la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionis--tas.

La Escuela Positiva nace como una reacción a los exce--sos jurídicos de la Escuela Clásica, a sus excesos formalistas, al abuso de la dogmática, al olvido del hombre delincuente y a su creencia de haber agotado la problemática jurídico-penal.

Sus principales exponentes son César Lombroso, Enrico - Ferri y Rafael Garófalo.

Los postulados fundamentales de la Escuela esta son:

1.- Encuentra su base filosófica en Augusto Comte y la científica de Darwin, sin embargo, Enrico Ferri apunta: - -

"...pero lo que importa, ante todo, poner en relieve es esto: que la Escuela Criminal Positiva no recoge ni plasma ningún -- sistema filosófico o social, ni la filosofía positiva (Comte, Spencer, Ardiño, etcétera), ni doctrina alguna biológica (Darwin, Lamarck, Moloschott, etc.)... el hecho decisivo es que la Escuela Criminal Positiva se caracteriza especialmente por el método científico". (22)

2.- El delito es un hecho de la naturaleza y como tal - debe estudiarse.

3.- El punto de mira de la justicia penal es el delin--
cuente.

4.- El delito abstracto no existe, es un hecho humano - resultado de factores intrínsecos y extrínsecos, es la expresión de una antisocialidad subjetiva, contra la cual debe ac--
tuarse.

5.- Determinismo; el libre albedrío no existe, toda vez que una serie de circunstancias físicas o de circunstancias so--
ciales llevarán al hombre a delinquir. Si estas circunstan--
cias no se dan, el hombre no delinquirá.

(22) FERRI, Enrico. Principios de Derecho Criminal. Editorial Reus. Madrid, 1933. Pág. 47.

6.- La responsabilidad moral es sustituida por la responsabilidad social, sino hay libre albedrío no puede haber responsabilidad moral.

7.- Si no hay responsabilidad moral, nadie queda excluido del derecho.

8.- Se utiliza el concepto de sanción y no de pena, porque debe existir un contenido de tratamiento para educar y adaptar al delincuente.

9.- La sanción es proporcional a la peligrosidad del delincuente, por lo cual resulta más importante la clasificación de los delincuentes que la clasificación de los delitos. A mayor peligrosidad, mayor medida, a menor peligrosidad menor sanción.

10.- Las sanciones no son áflictivas, ni tienen por fin hacer sufrir al reo, son tratamientos que deben durar en tanto persista la peligrosidad del delincuente, y por ello son de duración indeterminada.

11.- La misión de la ley penal es combatir la criminalidad considerada como fenómeno social y no restablecer el orden jurídico.

12.- El derecho de imponer sanciones pertenece al Estado a título de defensa social, y esta excluye toda idea de venganza o retribución, y repudia como insuficiente las ideas abstractas de conservación y mantenimiento de la justicia.

13.- Más importantes que las penas son los substituti--vos penales, porque estos son numerosas providencias de orden económico, político, científico, civil, religioso, familiar -- educativo que tienen como fin la supresión de los variados factores criminógenos.

14.- La legislación penal debe estar basada en estudios antropológicos y sociológicos, ya que es menester estudiar primordialmente las causas que producen el delito y después construir las teorías sobre el mismo.

15.- El método es el inductivo-experimental. Se parte de la observación de los datos particulares y de ellos se llega a una proposición general que comprende todos los fenómenos que estén relacionados o sean semejantes; este método rechaza lo abstracto; para conceder el carácter científico sólo a aquello obtenido de la observación y la experiencia, por lo cual - no hay a priori sino a posteriori.

ESCUELA ECLECTICA

En relación con esta Escuela, se habla, en realidad no de una, sino de varias escuelas, mismas que aceptan en forma - parcial los postulados de las dos Escuelas que hemos estudiado con anterioridad; sin embargo, sólo analizaremos las que repre- sentan con mayor claridad y precisión al tema de que se trata.

La Terza Scuola, se denomina también del "Positivismo - crítico", y reúne a representantes, tales como: Carnevale y - Alimena.

Emmanuele Carnevale en su obra publicada en el año de - 1891, que se llamó "Una Terza Scuola de Diritto Penale in Ita- lia", fundamenta la responsabilidad en la salud, sin embargo, para el inimputable es necesario establecer medidas de seguri- dad; considera al delito desde el punto de vista jurídico, pe- ro también toma en cuenta sus aspectos sociológicos y antropo- lógicos; pasa por alto el libre albedrío, pero acepta la res- - sponsabilidad moral; dice que es autónomo el Derecho Criminal - frente al antropo-sociologismo criminológico y al excesivo tec- nicismo jurídico.

Por su parte, Berrardino Alimena con su libro intitula- do: "Note Filosofico di un criminalista" publicado en el año 1911, funda la imputabilidad sobre la dirigibilidad toda vez -

que basta que la acción sea querida por el sujeto la naturaleza de la pena debe ser la coacción psicológica acompañada del sentimiento de reprobación moral causada por el delito; admira la investigación filosófica en el Derecho Penal, y niega la posibilidad de que éste llegue a ser parte de la Sociología: -- sostiene que es necesaria a ésta, la Estadística, la Antropología, así como la Psicología, con la finalidad de complementar la Dogmática, que por si sola no se basta para determinar el fenómeno criminal.

Es importante señalar que esta Escuela es de origen italiano, y sus principales postulados son los siguientes:

1.- Distingue el Derecho Penal de la Criminología y demás ciencias afines, por lo que al método se refiere, ya que en el primero debe ser lógico-abstracto; en tanto que en la segunda y demás ciencias debe ser causal-explicativo.

2.- Considera al delito como un fenómeno complejo, producto de factores endógenos y exógenos; se debe estudiar al delito como un fenómeno social naturalmente causado.

3.- Rechaza las clasificaciones positivistas del delincuente, sin embargo, acepta que existen delincuentes habituales, ocasionales y anormales.

4.- Deben existir tanto penas como medidas de seguridad; por tanto se rechaza la pena pública que sostiene la Escuela - Clásica, pero tampoco se acepta la sanción de la Escuela Positiva.

5.- Rechaza el determinismo absoluto y el libre albedrío total; por consiguiente, no debe tomarse en cuenta el fundamento del libre albedrío, pero debe mantenerse la tradicional responsabilidad moral.

6.- Se acepta el concepto de responsabilidad moral, y - al mismo tiempo el de peligrosidad y temibilidad.

7.- La finalidad de la pena no debe ser tan sólo el castigo, sino también correctiva y educativa; por tanto, debe ser pena-readaptación.

8.- En el delito priva la causalidad, no la fatalidad, por lo cual la imputabilidad se fundamenta en la dirigibilidad de los actos del hombre.

9.- La naturaleza de la pena radica en los actos de - - coacción psicológica, por ende son imputables aquellos con capacidad para sentir la amenaza de la pena.

LA JOVEN ESCUELA

Esta Escuela se encuentra en la posición de lo que puede estimarse como la Escuela Ecléctica, y debe su origen a la Unión Internacional de Derecho Penal, fundada en el año de 1889, por Adolfo Prins (belga): VanHamel (holandés): y Franz Von Liszt (alemán); prescindiendo de las controversias filosóficas de que hablaban los criminalistas.

Así, Adolfo Prins en su obra titulada: "La Defense Sociale et les transformations du droit penal" publicada en el año de 1910, sostiene la teoría del estado peligroso estima al libre albedrío, como una construcción meramente especulativa, ya que la libertad es relativa, pero tampoco puede hablarse de determinismo, por ser una doctrina simplista; por lo que respecta a Von Liszt, desde el año de 1881 expone sus pensamientos con una orientación positiva biosociológica, rechazando los presupuestos metafísicos y filosóficos, pugnando por el conocimiento científico; estima al delito sobre una base determinista, sin embargo, establece la conciliación en el terreno práctico-legislativo, renunciando al postulado que en ese sentido establecieron las Escuelas Clásica y Positiva. Acepta una conciencia común y enuncia la unidad que debe haber entre pena y medida de seguridad. A esta Escuela también se le conoce con denominación de "Pragmatismo" o "Escuela Sociológica".

Los postulados sobre los cuales descansa esta Escuela, son los siguientes:

1.- Renuncia a las explicaciones filosóficas, substituyéndolos por un pragmatismo.

2.- Abandona la responsabilidad moral, substituyéndola por estado peligroso.

3.- Considera al delito como fenómeno natural y como ente jurídico, estudia sus factores y causas, sin omitir la construcción dogmática.

4.- Pasa por alto el libre albedrío, aceptando una posición intermedia, o sea, la impresión de la libertad interna -- que subsiste en todos los hombres.

5.- El fundamento de la pena es la defensa social.

6.- Acepta tanto las penas como las medidas de seguridad.

7.- Clasifica a los delincuentes en normales y anormales.

LA DEFENSA SOCIAL

Esta Escuela tiene su fundamento en la salvaguarda social frente a los actos que son contrarios a las condiciones de existencia individual y colectiva; sus principales precursores fueron Filippo Gramatica y Marc Ancel.

Así, Filippo Gramatica en su libro "Principios de Defensa Social" sostiene: Que el Estado debe orientar su función hacia las causas del malestar del individuo en la sociedad; el Estado para afirmar el orden querido por la Ley, no tiene derecho de castigar, sino el deber de socializar; la obra de socialización no debe realizarse con penas, sino con medidas de defensa social, preventivas, curativas y educativas; la medida de defensa social debe adaptarse al sujeto en concreto, en relación a su personalidad y no es relación al daño causado; el proceso de la defensa social empieza por la determinación de la naturaleza y grado de antisocialidad del individuo y se completa, siempre judicialmente, con el agotamiento de la necesidad de la aplicación de la medida; se entiende que el concepto de defensa social, la negación junto con la pena del derecho de castigar, es por tanto un sistema jurídico sustituto del Derecho Penal y no integrante del mismo.

En tanto que, Marc Ancel opina: Que la defensa social, si presupone, una concepción general del Derecho Penal que vie

ne no a castigar una falta, sino a proteger a la sociedad contra las empresas criminales; la defensa social pretende realizar la protección de manera natural por un conjunto de medidas generalmente extra penales, destinadas a neutralizar al delincuente, sea por eliminación o segregación, o por aplicación de métodos curativos o educativos; también se promueve una Política Criminal que dé paso a la prevención individual sobre la -- prevención colectiva; la acción de resocialización debe desarrollarse mediante una humanización cada día mayor del nuevo -- Derecho Penal; esta humanización del Derecho y del proceso penal no será solamente el efecto de un movimiento humanitario, sino que se apoyará todo lo sólidamente posible en el conocimiento científico del hecho criminal y de la personalidad del delincuente.

Los principales postulados de la Escuela de la Defensa Social son:

1.- La pena no tiene únicamente carácter expiatorio, sino que se interesa también por la protección de la sociedad.

2.- La pena, además de ser ejemplar y retributiva, tiene el propósito de mejoramiento y aún de reeducación del delincuente.

3.- La justicia penal debe tener siempre presente la --

persona humana además de las simples exigencias de la técnica procesal, con el fin de que el tratamiento penal sea siempre humano.

4.- No una pena para cada delito, sino una medida para cada persona.

5.- Derecho del delincuente a ser socializado.

6.- Predominio de la prevención especial.

7.- Tratamiento desprovisto por completo de sentido represivo.

8.- Sustitución de la pena por un sistema de medidas de prevención especial impuestas de acuerdo a la personalidad del delincuente.

9.- El hecho antisocial considerado como simple síntoma de peligrosidad social.

10.- Humanización de Derecho Penal.

11.- Bases científicas.

L) FINES DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal tiende a cuidar los intereses de la comunidad, a restituir al seno de la sociedad al que ha infringido una ley, por ello, la pena protege con sus resultados al -- cuerpo social, a los individuos que la componen y previenen -- los ataques de los cuales serían víctimas.

Así la sociedad tiene derecho de defenderse de la ac- - ción del crimen y de impedir que existan perturbaciones en - - ella, llevando a cabo la protección a la misma, siendo una forma de vida natural y necesaria para los integrantes que se encuentran en ella, haciéndose posible su convivencia, evitándose choques y resolviéndose conflictos, por lo cual el indivi-- duo debe de respetar el ejercicio de los derechos de los demás, contribuyendo a la satisfacción de necesidades colectivas, conformándose así el orden jurídico.

El autor de un delito, debe ser castigado, en virtud de que los actos antijurídicos son un peligro para la estabilidad de la sociedad, y el desarrollo social del hombre, de tal manera que se deben reprobar las acciones delictivas e imponer penas, de modo que sirvan de ejemplo a los demás integrantes de una comunidad, así como la readaptación a la sociedad de una - persona que ha delinquido; por tanto, cuando un delincuente es condenado a sufrir una pena, por medio de una sanción justa, - existirá siempre aprobación de toda la sociedad.

El Estado no puede considerar como delito cualquiera -- conducta, sino sólo el quebrantamiento de un deber, cuyo cumplimiento no puede asegurarse, sino por medio de una sanción legal, cuya pena va a ser fijada por el Estado, como representante e integrante de la sociedad; de ahí que los fines del Derecho Penal, sean por un lado de represión y por otro lado de readaptación social del delincuente.

CAPITULO III

LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL
DESARROLLO PSICOSEXUAL

Dentro del género de la libertad se hallan diversas especies, por lo que existen delitos contra la libertad física, -- contra la libertad de morada, contra la libertad psíquica, contra la libertad de trabajo, etc, pero una especie muy importante es la libertad sexual, que implica el libre desenvolvimiento personal en el terreno del comportamiento sexual. Con las reformas al Código Penal, del 21 de enero de 1991, el bien jurídico de estos delitos es "la libertad y el normal desarrollo psicosexual", pero por razones de brevedad, nos referiremos a éstos como "delitos sexuales".

En la presente unidad se agrupan las figuras típicas que tienen como tronco común al bien jurídico de la libertad sexual.

De antemano cabe destacar que el Código Penal para el -- Distrito Federal contempla siete figuras que tienen ese objeto jurídico, a saber: a) hostigamiento sexual, b) abuso sexual, c) estupro, ch) violación, d) privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, e) incesto, y f) adulterio.

En nuestra opinión, sólo los cinco primeros tutelan la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Los delitos de --

incesto y adulterio tienen otro bien jurídico por tutelar y no, como lo considera la legislación penal del Distrito Federal, - la libertad en el terreno sexual

Por último, sólo cabe destacar la importancia de dichos delitos en la vida real. Se trata de actos humanos que afectan, después del homicidio, con tal intensidad, que dejan un - daño a la víctima, generalmente irreversible; además, se trata de una afectación no solamente a nivel individual, sino que -- trasciende al grupo familiar, al círculo de amistades y seres queridos y, en general, produce un mal a nivel social.

Ese malestar general se traduce en rechazo, repulsión, miedo y, en más de una ocasión, en un deseo de venganza que -- lleva a las personas (víctimas y familiares principalmente) a hacerse justicia por mano propia. Por otra parte, es frecuente el daño psicológico que permanece durante largo tiempo en - la víctima directa y, a veces, incluso por toda la vida.

Como tal tipo de delitos son graves, merecen una aten-- ción especial, tanto desde el punto de vista de su estudio como desde el ángulo de la práctica, en la cual hay mucho por -- hacer aún, dado el incremento que tienen dichos ilícitos que - afectan seriamente a la sociedad, incluso al grado de frenar - su desarrollo normal.

A) ABUSO SEXUAL.

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

NOCION LEGAL

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

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

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

Respecto a su denominación, vale precisar que antes de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, este delito se llamaba atentados al pudor. Otras legislaciones,

tanto nacionales como extranjeras, conocen este delito como el de "abusos deshonestos", "actos libidinosos", etc. En seguida se analizarán los elementos de que se integra tal figura típica.

"SUJETOS Y OBJETOS EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL

Sujetos.

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

Pasivo. Puede serlo también cualquier persona, sin importar sexo o característica alguna. " (1)

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

- a). Persona menor de doce años de edad,
- b). Persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo.

(1) Amuchategui Requena, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial Har la, México 1992. P. 217

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

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

"A falta de una educación y comunicación de los menores con sus padres, existe un gran número de actos delictivos de - esta especie no denunciados, con lo cual se incrementa el pro- blema, pues se hace inmune el sujeto activo y más propicio e - indefenso el pasivo, quien suele serlo de manera reiterada.

Quando el sujeto activo es un profesor, un pariente o - un allegado, el pequeño manifiesta cambios en su conducta que,

de no ser atendidos por sus padres, adecuadamente y a tiempo, podrán ocasionar, a largo plazo, peores consecuencias; a veces la resistencia del niño a asistir a la escuela es tomada por los padres como una actitud que revela rebeldía o flojera, sin saber la verdadera causa, realmente de peso, que ocasiona una reacción de disgusto en los padres y, a veces, de excesivo rigor hacia el infante. " (2)

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

" Sin embargo, al respecto algunos tratadistas consideran que quien se encuentra en un estado de inconsciencia (temporal o permanente), no puede ser sujeto pasivo de este delito, pues por su situación de inconsciencia no puede ser receptor de la conducta ofensiva que representa el atentado al pudor; por tanto, no puede manifestar su desagrado o repulsión, porque no es titular del bien jurídico cuando no está consciente, por ejemplo, si un médico psiquiatra hipnotiza a su paciente y en ese estado realiza tocamientos lascivos en determinadas partes del

(2) *Ibidem*. P. 221

cuerpo del sujeto pasivo o lo obliga a efectuar actos de esa índole en el propio cuerpo del médico, no será afectado, por no estar consciente de ese hecho; sin embargo, el bien tutelado es la libertad, en el terreno sexual como se analizará en el apartado correspondiente. "(3)

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

"Objetos.

"Material. En este delito, el objeto material es el propio sujeto pasivo. Ya se apuntó que puede serlo, en principio, cualquier persona y en dos casos especiales agravados, los menores de 12 años y quienes no pueden comprender o resistir la conducta típica.

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

(3) Martínez Roaro, Marcela. Op. Cit. P. 173

en estudio atenta contra la libertad de actuar o abstenerse en el ámbito sexual así como, sobre todo en menores, el normal de desarrollo psicosexual.

Cuando una persona no desea tocar o ser tocada en una parte de su cuerpo y esta conducta es realizada por otra, contra su voluntad, se afecta la libertad sexual. En ese orden de ideas, cabe afirmar categóricamente que el objeto jurídico en este delito no es el pudor, sino la libertad sexual." (4)

El pudor afectado es consecuencia de que alguien, sin asentimiento del sujeto pasivo, altere su libre decisión de actuar en lo que respecta a su sexualidad.

CLASIFICACION

El delito de abuso sexual se clasifica como sigue:

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

(4) Ibidem P. 183

CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION

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

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

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

"Comúnmente y de acuerdo con el lenguaje coloquial, por acto sexual se entiende la relación sexual o cópula. En éste, como en muchos otros casos, es necesario recurrir a la interpretación de la norma y llevar a cabo una interpretación sistemática, o sea, relacionar la norma con otras del mismo cuerpo legal. Así, cuando el Código Penal quiere referirse a la realización de la cópula, habla de ella, como en los delitos de violación y estupro. En este sentido, se entiende que respecto al delito de abuso sexual, el legislador quiere aludir a actos sexuales distintos de la cópula; además, la propia definición menciona que el acto sexual será sin el propósito de llegar a la cópula, con lo cual ésta queda excluida de dicho delito.

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

A su vez, el problema será probar la intención, (aunque ya no la expresa la norma), que es algo meramente subjetivo. Algunos casos no ofrecen problema, como el de los sujetos que aprovechan las apreturas e incomodidades de un medio de transporte para tocar diversas partes del cuerpo de otra persona; sin embargo, en algunos casos resulta casi imposible saber o demostrar la intención del sujeto activo, como el del médico ginecólogo que toca los senos de la mujer, y argumenta que trata de localizar un abultamiento anormal, posiblemente revelador de un tumor." (5)

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

(5) Amuchategui. Op. Cit. P.273

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

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

"Otro punto importante en relación con la conducta típica y su forma de ejecución es el referente a precisar que puede manifestarse de dos maneras: una, consistente en que el activo realiza el acto sexual, y otra, en que el sujeto activo obliga al pasivo a efectuar dicha conducta. Dicho de otra manera, lo anterior implica que el acto sexual puede llevarlo a cabo el agente sobre el cuerpo del sujeto pasivo o que lo realice éste, obligado por aquél. Un ejemplo de esta última conducta sería que una persona obligara a otra a realizar caricias eróticas sobre el propio cuerpo del sujeto activo.

Se cuestiona si el exhibicionismo es una forma de cometer este delito. La respuesta es negativa. Cuando una persona exhibe su cuerpo desnudo a otra o solo sus genitales, realiza un comportamiento atípico del delito de abuso sexual, porque éste exige, por disposición de la norma, que ejecute el acto "... en ella", o sea, en la persona del pasivo de manera di

recta, y en el exhibicionismo, la conducta no se dirige a ejecutarla sobre la persona de manera material.

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

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

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

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

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

Si se considera que la ley exige la doble concurrencia de dos elementos subjetivos, intención erótica y no intención de llegar a la cópula, no será configurable la ausencia de conducta, pues quien realiza un acto sexual en función de actos - reflejos o por vis maior, por ejemplo, no actúa como se exige

para los casos de ausencia de conducta. Simplemente, ocurre - que cuando no hay elemento subjetivo, se configura la atipicidad, y no el elemento negativo de la conducta. Sólo en delitos que no exigen un elemento subjetivo ligado a la intencionalidad específica se puede presentar la ausencia de conducta.

TIPICIDAD

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

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

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

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

ANTI JURIDICIDAD

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

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

Alberto González Blanco considera que es factible el -- ejercicio de un derecho, respecto de cónyuges y por causa de - necesidad en el caso de los médicos. (6)

Por su parte, Marcela Martínez Roaro concibe posible el ejercicio de un derecho. (7)

Circunstancias modificadoras. En este delito no se pre sentan circunstancias atenuantes, pero sí agravantes.

Agravantes. En el delito de abuso sexual existen dos - agravantes específicas:

(6) González Blanco, Alberto, Delitos sexuales, 4a. ed, Porrúa, México, 1979, p. 83.

(7) Martínez Roaro, Marcela, Delitos sexuales, Porrúa, México, 1975, p. 172.

- a). Cuando el activo emplea la violencia, sea física o moral, según lo dispone el segundo párr. del art. 260 del CPDF, en cuyo caso la pena será de uno se aumentará hasta en una mitad el mínimo y el máximo,
- b). En el supuesto del art. 261, cuando también se -- ejerce violencia física o moral, pero respecto de menores de 12 años de edad o de personas que no -- puedan comprender o resistir la conducta criminal como sujetos pasivos. El segundo párr. del art. - 261 prevé una pena de dos a siete años de prisión.

CULPABILIDAD

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

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

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

El pasajero de un autobús que sin querer toca el seno - de una mujer que se encuentra frente a él, a causa de la apre-

tura, no comete este delito ni puede decirse que sea una figura imprudencial, pues ni en este delito ni en ninguno de tipo sexual puede configurarse la imprudencia .

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

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

PUNIBILIDAD

"En el delito de abuso sexual existen cuatro penas.

"Diversas penalidades. Se pueden distinguir las variantes que siguen:

- "a). Pena de tres meses a dos años de prisión (art. 260, primer párr.)
- "b). Si el delito se comete con violencia física o mo--

ral, la pena podrá aumentarse hasta en una mitad -
el mínimo y el máximo

- "c). Si el delito se comete un sujeto pasivo menor de -
12 años de edad o sobre persona que por cualquier
causa no pueda comprender o pueda resistir la con-
ducta típica, la pena será de seis meses a tres --
años de prisión o tratamiento en libertad o semili-
bertad por el mismo tiempo (art. 261, primer párr).
- "ch). Si se presenta esta situación respecto del sujeto
pasivo mencionado en el punto anterior, pero ade--
más se emplea violencia física o moral, la pena ~~se~~
rá de dos a siete años de prisión (art. 261 segun-
do párr). " (8)

Excusas absolutorias. No se presenta ninguna en este -
delito.

CONSUMACION Y TENTATIVA

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

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

(8)González Blanco. Op. Cit. p. 90

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

CONCURSO DE DELITOS

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

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

PARTICIPACION

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

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

B) ESTRUPO

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

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

En términos generales, dicha figura típica adolece de - endeables bases subjetivas que dificultan la interpretación en los casos concretos, además de su inoperancia práctica en mu--chos aspectos, dados los cambios y evolución de tipo cultural ocurridos en el comportamiento humano. Sin duda, el hombre y la mujer de hoy son distintas de las de hace cinco o seis déca das; su pensamiento, comportamiento, necesidades, etc, son totalmente diversos y, por tanto, no corresponden a principios - éticos y fundamentos legales de otras épocas.

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

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

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

NOCION LEGAL

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

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

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

De dicha descripción legal se obtienen los elementos -- constitutivos de este delito, que en seguida se analiza.

SUJETOS Y OBJETOS EN EL DELITO DE ESTUPRO

"Sujetos.

Activo. El sujeto activo en el estupro puede serlo tan to el hombre como la mujer.

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

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

En cuestionable el señalamiento de esta edad; para muchos, se trata de una edad que no corresponde a las exigencias socioculturales de la época actual; sin embargo, otros consideran adecuado lapso." (9)

Sin perder de vista de bien jurídico tutelado, cabe afirmar que el límite máximo para ser sujeto pasivo de este delito no debe aumentarse, pues una persona mayor de esta edad debe obrar con absoluta libertad en cuanto a su comportamiento sexual, dadas las actuales condiciones culturales que hacen de una persona un ser capaz de decidir libremente acerca de su ac-

(9) Amuchategui. Op. Cit. P. 296

tuar sexual. Incluso, bien podría disminuirse la referida - - edad a 16 años, porque en la época actual un joven de esta - - edad tiene el conocimiento y madurez que a principios de siglo no tenía; en consecuencia, el derecho penal no debe intervenir en sus decisiones personalísimas, que incumben particularmente le hayan proporcionado sus familiares y el ambiente social en el cual se desenvuelve.

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

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

- " a). El Código Penal del Estado de Coahuila señala que la mujer debe ser menor de 16 y mayor de 12.
- b). El Código Penal del Estado de Zacatecas exige la minoría de 18 años y menciona que la mujer debe -- ser púber.
- c). El Código Penal del Estado de Guanajuato menciona que la mujer sea menor de 16 años de edad.
- ch). El código Penal del Estado de Quintana Roo preve -- la minoría de 16 años y mayor de 12.
- d). El código Penal del Estado de San Luis Potosí re-- quiere que la mujer sea menor de 16 años.
- e). El Código Penal del Estado de Veracruz establece -- la minoría de 16 años y mayor de 14." (10)

Además de la edad, antes la ley exigía dos característi -- cas de tipo subjetivo que debía reunir el pasivo de estupro -- (mujer): la castidad y la honestidad. Se trata de dos nocio -- nes imprecisas, confusas y cambiantes que suelen confundirse -- entre sí o con otras ideas, como la virginidad y la doncellez. Por otra parte, en la práctica resultan de muy difícil proban -- za cada una de ellas. Para su mejor comprensión, analícese ca -- da una de manera separada.

(10)Ibidem. P. 281

Castidad. González de la Vega afirma "...es una virtud relativa a la conducta externa del ser humano, que consiste en la abstención corporal de toda actividad sexual ilícita". (11)

Carrancá y Trujillo afirma que la castidad es un elemento "...normativo, de valoración cultural, y por ello corresponde al juez apreciarlo, en uso de su facultad de interpretación". (12)

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

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

-
- (11) González de la Vega, Francisco, Derecho penal mexicano, Porrúa, México, 1983, p. 371.
(12) Carrancá y Trujillo, Raúl, Código penal anotado, Porrúa, México, 1985, p. 262.

Por otra parte, entre la multiplicidad de himenes que existen, algunos son elásticos (llamados comúnmente "complacientes") y a pesar de penetraciones innumerables permanecer intactos; también existen otros muy frágiles, que se rasgan con leves accidentes deportivos, derivados de la práctica de la danza, etc. Asimismo, hay cirujías reconstructivas del himen, a las cuales recurren algunas mujeres que, antes de contraer matrimonio, quieren aparentar su doncellidad.

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

Como se advierte, la virginidad dista mucho de resolver el problema de la castidad y, por supuesto, no son lo mismo; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia al respecto, en el sentido siguiente: "Pa

ra la configuración del delito de estupro, la virginidad de la ofendida menor de dieciocho años es indicio vehemente de su -- castidad y honestidad". (13)

Honestidad. "Nosotros encontramos entre honestidad y - castidad una relación de género a especie. La primera sería - el género y la segunda la especie; y como puede existir género sin especie, cabe admitir mujeres honestas, no castas (viudas, casadas, divorciadas)". (14)

La Suprema Corte de Justicia considera a la honestidad como "...el recato y la correcta manera de conducirse en la vi da sexual". (15)

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

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

(13) JURISPRUDENCIA 134 Apéndice 75, segunda parte, segunda - época, México.

(14) González Blanco, Alberto, Delitos sexuales, Porrúa, Méxi - co, 1979, p 107.

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

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

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

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

Obra la presunción de castidad hasta demostrar lo contrario.

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

"Objetos.

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

Jurídico. A pesar de la divergencia de opiniones que existen al respecto, nosotros nos inclinamos por aceptar que el bien tutelado en el estupro es la libertad sexual, y dependiendo de la edad, el normal desarrollo psicosexual; para algunos tratadistas es la seguridad sexual o la inexperiencia en este ámbito; sin embargo, opinamos que éste no es el bien tutelado, pues al exigir la ley que el consentimiento otorgado lo sea mediante el engaño, no se puede aceptar que sea la seguridad sexual, sino la libertad. Por tanto, se considera acertada la inclusión de esta figura típica en el título relativo a libertad sexual y normal desarrollo psicosexual." (16)

CLASIFICACION

El estupro se clasifica como un delito:

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

(16) Ibidem. P. 271

CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION

Conducta típica. En el estupro, es la realización de -
la cópula.

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

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

"Anormal, inidónea o impropia. Es la que se realiza por
vía no idónea, esto es, la introducción no se ejecuta por vía
vaginal y puede ser de dos tipos: oral y anal.

"Oral o bucal. Consiste en la introducción del miembro
viril en la boca. Puede realizarla un hombre con una mujer o
un hombre con otro hombre.

Anal o rectal. Es la consistente en introducir el pene
en el ano de otra persona. Puede ejecutarlo el hombre sobre -
la mujer o sobre otro hombre." (17)

(17) Ibidem. P. 291

" En el caso del estupro, existen dos corrientes respecto a cuál es la cópula que puede configurar el delito. Para unos, sólo será la cópula normal o idónea o vaginal, mientras que para otros también puede serlo la inidónea o impropia.

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

La menor gravedad del daño será valorado por el juez, - quien, en ejercicio de su arbitrio, podrá imponer la pena menor en el caso concreto." (18)

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

El medio ejecutivo en el estupro, es el engaño. El sujeto activo debe engañar a la víctima y así obtener su consentimiento, para copular con ella. Sólo mediante el engaño se puede realizar el estupro; jamás la violencia podría integrar el estupro, pues en ese caso se estaría en presencia del delito de violación. En seguida se precisa lo que se entiende por engaño.

(18) González Blanco. Op. Cit. P. 96

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

Sólo como dato adicional se menciona que en enero de -- 1985 entró en vigor una reforma por la que se eliminó un medio de ejecución en este delito, que era la seducción. Tanto la seducción como el engaño se presentaban como medios idóneos necesarios, pero de manera alternativa: producía mediante engaño o por seducción." (19)

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

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

TIPICIDAD

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

(19) Ibidem P. 97

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

"Algunos ejemplos de atipicidad son los siguientes:

- a). Que alguien copule con persona mayor de 18 años de edad,
- b). Que la cópula la obtenga el activo con persona de 18 años por medio de violencia,
- c). Copular con persona menor de 12 años." (20)

ANTI JURIDICIDAD

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

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

Circunstancias modificadoras. Tampoco se presentan circunstancias atenuantes ni agravantes.

(20) Martínez Roaro, Marcela. Op. Cit. P. 145

CULPABILIDAD

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

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

PUNIBILIDAD

Penalidad. La ley señala una sanción de tres meses a - cuatro años de prisión.

"Antes de la reforma de enero de 1991, el código concebía una forma de extinción penal, cuando el estuprador se casaba con la mujer estuprada.

Tal situación, tan común en la vida, sobre todo dentro del marco cultural que impera en países latinoamericanos como México, es contraproducente en la práctica.

Los padres de la ofendida, con tal de "lavar la mancha", preferían el matrimonio de la menor y se satisfacían con él, -

cuando en realidad esto, a la larga, podía ocasionar innumerables conflictos y problemas. No siempre el amor, la convicción y la madurez llevan al matrimonio a las parejas jóvenes, sino el temor del sujeto activo a quedar privado de su libertad, por la sentencia correspondiente y el deseo de casarse para evitar la "deshonra" en la mujer, aunado esto al mismo sentir de los padres. En este caso, la inmadurez de la pareja -- origina una serie de problemas graves, pues se contrae la enorme responsabilidad de haberse casado y, consecuentemente, la de traer hijos al mundo." (21)

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

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

Excusas absolutorias. No se presenta ninguna en este -- delito.

(21) Amuchategui. Op. Cit. P. 321

CONSUMACION Y TENTATIVA

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

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

CONCURSO DE DELITOS

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

Real o material. También puede suceder que con una conducta, el sujeto activo realice el estupro y con otras produzca otros delitos, por ejemplo, que después de copular robe al pasivo, lo viole, amenace, lesione o incluso lo prive de la vida.

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

PARTICIPACION

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

PROCEDIBILIDAD

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

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

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

REPARACION DEL DAÑO

El art. 276 bis preceptúa:

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

La reparación del daño proveniente del ilícito penal se rá exigida de oficio por el Ministerio Público. (art. 34 del Código Penal)... (22)

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

(22) Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones civiles, Harla, - México, 1984, p. 288.

C) VIOLACION.

Se considera a la violación como el más grave de los delitos contra la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual; en opinión de algunos sobre todo las víctimas, se trata de un delito aún más grave que el propio homicidio, pues consideran preferible perder la vida que ser objeto de tal humillante conducta. Esta deja, además del daño directo de la violencia sexual, la afectación psicológica, que en muchas ocasiones dura toda la vida, sin contar las consecuencias resentidas por la propia familia; asimismo, no se debe perder de vista la conmoción social que ocasiona. (23)

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

(23) Amuchategui. Op. cit. p. 186.

cluso la sobrepoblación generalmente ocasionada por ausencia - de los más elementales principios derivados de una educación - deficiente. " (24)

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

NOCION LEGAL

El art. 265 del Código Penal para el Distrito Federal - señala:

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

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

SUJETOS Y OBJETOS EN EL DELITO DE VIOLACION

"Activo. Conforme a la descripción legal, en el delito de violación puede ser sujeto activo cualquier persona física, sea hombre o mujer; sin embargo, diversos tratadistas opinan - que la mujer no puede ser sujeto activo porque es incapaz de - imponer la cópula por medio de violencia, dada su naturaleza. Así, se dice que si una mujer tratara de forzar a un hombre a

(24) Ibidem. p. 187.

copular con ella, el varón, ante la intimidación, no podría -- presentar erección y, por tanto, sería imposible la cópula.

Con todo, no se debe perder de vista que la violencia - en tal delito puede ser moral y ocurrir que la mujer amenace - con un mal determinado al hombre con quien pretende copular, y así presentarse la figura típica. Por otra parte, gracias a - la reforma de febrero de 1989, mediante la cual se adiciona un segundo párrafo, ahora tercero, al art. 265 antes citado, cabe la posibilidad de violación en la que el sujeto activo sea la - mujer, en virtud de que dicha adición establece sanción para - quien introduzca un instrumento distinto del miembro viril por vía anal o vaginal, situación que se estudiará al examinar la conducta típica. " (25)

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

"Pasivo. Igualmente puede serlo cualquiera, sin impor-- tar el sexo, la edad ni las características de la persona. Lo común es que el sujeto pasivo sea la mujer, pero la propia nor - ma habla de "...persona de cualquier sexo..." y hay casos de - hombres atacados sexualmente.

Entre los muchos errores que prevalecen en lo referente a este delito, está el consistente en creer que sólo la mujer

puede ser sujeto pasivo, lo cual desde ahora debe desecharse; asimismo, se cree que sólo la mujer virgen puede ser sujeto pa_sivo, lo que también es falso.

"Por todo lo anterior, consideramos importante hablar a continuación del sujeto pasivo.

En relación con el sujeto pasivo, existe una situación especial, según sus características y condiciones específicas. Se trata de una situación especialmente tipificada, conocida - en la doctrina como violación ficta, impropia o equiparada. - El art. 266 del CPDF establece:

"Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

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

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

"En este caso especial, el sujeto pasivo debe ser:

- a). Persona menor de 12 años de edad, o
- b). Quien no tenga la capacidad de comprender o no pueda resistir la conducta.

En ambos casos, la ley elimina el medio violento y considera suficiente la minoría de edad (12 años) o la incapacidad que impide resistir, para estimar que la conducta es anti-jurídica y violatoria del bien tutelado.

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

Incapacidad de comprender o imposibilidad para resistir una conducta delictuosa. Tampoco se requiere un medio violento (si se emplea, se agrava la pena). Se trata de personas -- que se encuentran transitoria o permanentemente afectadas por alguna situación que les impide producirse de manera voluntaria y consciente. Son casos de imposibilidad a oponerse a la cópula por estados de anomalía mental o inconsciencia cualquiera (anestesia, desmayo, hipnosis, sueño, estado narcótico, -- etcétera). " (26)

Por otra parte, surgen varias cuestiones interesantes y de necesaria atención respecto al sujeto pasivo de violación, que en seguida se explican:

(26) Amuchategui. Op. Cit. P. 319

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

Entre cónyuges. En opinión de diversos autores, la mujer casada no puede ser sujeto pasivo de violación o, dicho de otra manera, no es configurable la violación entre cónyuges, porque, según opinión de dichos estudiosos, el vínculo matrimonial los obliga a mantener las relaciones sexuales, por lo que el marido puede "ejercer ese derecho" aun en contra de la voluntad de su esposa.

Abarca, Carrara, Carrancá y Trujillo, Cuello Calón, Garraud, González Roura, Maggiore, Manzini, Pannain y Soler, entre otros, sostienen esta opinión. (27) Sin embargo, nosotros nos adherimos al sector de tratadistas que opinan que puede configurarse la violación entre cónyuges, pues el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, independientemente del vínculo matrimonial o de cualquiera otra circunstancia.

Entre concubinos. Aquí cabe argumentar las mismas razones que para el caso de los cónyuges, pues la relación existente entre la concubina y el concubinario no da "derecho" a uno

(27) Ibidem. Op. Cit. P. 321

de ellos a copular con el otro en contra de su voluntad, de manera que, de ocurrir este hecho, se integra el delito de violación.

De prostitutas. Se trata de un punto muy discutido hasta la fecha. Para muchos, la prostituta, dada la naturaleza de sus actividades, no puede ser sujeto pasivo de este delito, aunque para otros, como la autora, este tipo de mujeres (u hombres) también pueden ser sujetos pasivos de violación, pues se afecta el bien jurídico de la libertad sexual. De este modo, si bien una prostituta comercia con su cuerpo, goza de la libertad para copular con quien quiera o de no hacerlo en un momento dado, y nada justifica que por su calidad de comerciar carnalmente, se le pueda forzar a copular cuando o con quien no lo desee.

"De hecho, en la práctica se ven innumerables casos (muchos pertenecen a la cifra negra) de prostitutas violadas, que son seleccionadas para tales actos, por lo general plenos de violencia, y con las cuales se ensañan los sujetos activos, dada su situación. Ante la autoridad, es muy endeble su credibilidad, precisamente por dedicarse de manera habitual al comercio sexual. En algunos casos, psicópatas suelen atacar sólo a prostitutas por la única razón de serlo." (28)

De lo anteriormente expuesto, se colige la prostituta también puede ser sujeto pasivo de violación.

(28) Martínez Roaro. Op. Cit. P. 327

"De cadáveres. Es frecuente escuchar o leer en noticieros diversos reportajes o notas periodísticas de que un sujeto "privó de la vida a su víctima y que posteriormente la violó"; también se dice que el sujeto "violó a su víctima y después la mató". De estas dos expresiones sólo es válida la segunda y - definitivamente imposible jurídicamente la primera.

"Respecto a la segunda hipótesis, nada impide que pueda configurarse; de hecho, en numerosos casos, el violador, después de la cópula violenta, priva de la vida a su víctima.

"Por cuanto hace al primer caso, si un sujeto mata a la mujer y después copula en ella, se tratará de un homicidio y no de una violación. Para que haya violación, es absolutamente indispensable que el sujeto pasivo sea titular del bien jurídico (en este caso la libertad sexual) y un muerto carece de ésta. En todo caso, de reunirse los elementos típicos, se configuraría el delito de profanación de cadáveres, contemplado en la frac. II del art. 281 del CPDF, que establece:

- II. Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia. Si los actos de necrofilia consisten en la realización del coito, la pena de prisión será de cuatro a ocho años. " (29)

(29) Ibidem. P. 330

Como se verá más adelante, existe una perversión sexual, que consiste en copular con cadáveres en los cuales el sujeto logra el placer sexual, lo que no obtiene al copular con una persona viva.

Por lo anterior, se resume que sólo puede configurarse el concurso cuando primero se viola y después se priva de la vida al sujeto pasivo, de modo que existen los delitos de violación y homicidio; en cambio, si primero se mata y después se copula en el cadáver, sólo habrá homicidio mas no violación; - si acaso, habrá el delito de profanación de cadáver.

Como se advierte, del orden en que se realicen las conductas dependerá los tipos de delitos que surjan.

"De animales. Otra cuestión que se presta a graves errores es la relativa a la "violación" de animales. A veces, los propietarios de animales presentan quejas o denuncias por "violación" de su mascota. En realidad, en la violación, la ley penal tutela el bien jurídico de la libertad sexual de las personas. Así, jamás podrá ser sujeto pasivo de violación un animal. En un caso como éste, se estará en presencia de un daño en propiedad ajena, igual que cuando se mata a un animal, pero no de homicidio.

La perversión sexual a que se refiere la bestialidad con

siste en que algunos sujetos obtienen el orgasmo al copular -- con animales, la bestialidad, no integra el delito de violación.

En ese orden de ideas, se reitera que sólo la persona física puede ser sujeto pasivo de tal delito.

De objetos. Con menos razón todavía, se podría afirmar que fuese posible la violación de objetos o cosas inanimadas. Los comportamientos en que el sujeto "copula" con artefactos - diseñados especialmente para tal hecho (como las muñecas inflables) no constituyen el ilícito de violación. Comportamientos de tal naturaleza sólo tienen que ver con el comportamiento individual de la persona, en tanto no afecten a terceros.

"Objetos.

"Material. Es el propio sujeto pasivo, o sea, cualquier persona física, sin importar sexo, edad, ni calidades o características determinadas.

"Jurídico. Se trata de la libertad sexual de las personas o el normal desarrollo psicosexual.

"En el caso concreto, podrá serlo sólo la libertad sexual el bien afectado o simultáneamente, la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

"Quizá en tal delito se aprecia con mayor claridad la alteración a la libertad sexual. Sin duda, en la violación se observa la contrariedad a la voluntad de la víctima, quien no otorga su consentimiento, y sobre ella se ejerce violencia física o de tipo moral.

"La libertad sexual implica que toda persona lleve a cabo sus actividades en cuanto al sexo con absoluta libertad; cada quien puede copular cuando y con quien quiera, o abstenerse de hacerlo. El comportamiento sexual de las personas no debe tener más limitación que la impuesta por la educación y la libre elección individual. En muchos casos, además se ve alterado el desarrollo normal en el ámbito psicosexual, sobre todo - tratándose de menores.

CLASIFICACION

La violación es un delito:

- . de acción
- . unisubsistente o plurisubsistente
- . formal
- . instantáneo
- . de lesión o daño
- . unisubjetivo o plurisubjetivo
- . básico o fundamental

- . autónomo y subordinado (violación equiparada y tumultuaria)
- . de formulación casuística
- . normal, y
- . formado alternativamente (tipo de medio empleado y sujetos). " (30)

" CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION

" Conducta típica. La conducta típica consiste en copular; así el CPDF señala: "Al que... realice cópula...", con lo cual indica claramente que, en el delito de violación copular es la conducta típica y no otra.

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

" En lo referente a la noción y lo que se debe entender por cópula, se da por reproducido lo manifestado en el delito de estupro, sin más aclaración que la siguiente: para efectos del delito de violación, como la norma no restringe su alcance, que ya que se establece que puede tratarse de la cópula (idónea) vaginal o de la (inidónea) oral (bucal) o anal (rectal); como se desprende del párr. segundo del art. 265 adicionado en enero de 1991, además, con la reforma de febrero de 1989 que a

la letra dice:

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

"Es decir, se introduce otro comportamiento que sin ser propiamente una cópula, la ley lo equipara a ésta y también -- sanciona. Se trata del párr. tercero del art. 265 del CPDF, - que establece.

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

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

- a). Considerar el hecho como un delito de violación -- (quienes no compartían este criterio sostenían que se trataba de atipicidad, porque el hecho no constituía una cópula)
- b). Se trataba de una equiparación a la violación (pe- ro no la contemplaba la ley)

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

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

Formas y medios de ejecución. La violación es uno de - los delitos en los que la norma señala el medio de ejecución - requerido, como la violencia. Por disposición de la ley, la - violencia puede ser física o moral. En seguida se verá a qué se debe cada una. " (31)

Violencia. Es la fuerza con que se realiza algún he - cho, o sea, una agresión física ejercida directamente sobre al quien o algo.

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

(31) Ibidem. P. 103

Moral. Consiste en intimidar a alguien a través de la amenaza de un mal grave. En la violación, se configura cuando se realiza mediante violencia física o cuando se trata de la moral. " (32)

Generalmente, la violencia física se emplea cuando la víctima es una persona desconocida, mientras que la violencia moral se usa cuando se trata de personas conocidas o ligadas por algún vínculo de parentesco. En este último caso se hallan los casos del esposo que amenaza a su cónyuge con causarle un mal determinado si no accede a copular con él, o del padrastro sobre su hijastra, etc, (aclaramos que la violación entre cónyuges no es agravada).

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

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

(32) Amuchategui.Op. Cit. P. 269

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

Aspectos medicoforenses. Respecto a la conducta y al medio de ejecución, la violencia, en seguida se señalan algunos aspectos que son necesarios, aunque pertenezcan a la ciencia médica, pero de mucha utilidad al alumno de Derecho para quien no deben pasar inadvertidos, dada su relación estrecha con el tema y su vital importancia práctica.

El delito de violación es uno de los que más requieren la medicina forense, la cual resuelve los problemas de tipo médico, científico y técnico que se presentan con motivo de este ilícito.

Aunque en apariencia parezca una violación, no es posible afirmar que lo sea, a menos que las investigaciones de los médicos forenses y peritos especializados así lo demuestren, para la adecuada valoración del juzgador.

*Al respecto, debe realizarse una serie de exámenes, como los siguientes:

- . examen del lugar de los hechos
- . examen físico de la presunta víctima

- . examen de las ropas
- . examen del presunto responsable
- . examen psiquiátrico o psicológico de la presunta víctima
- . examen psiquiátrico o psicológico del presunto responsable.

"Lugar de los hechos. En realidad, el examen del lugar de los hechos es el primero o simultáneo a los otros. Consiste en tomar impresiones y objetos que se encuentren en el sitio donde ocurrió el suceso; así, deberán tomarse fotografías de todo el lugar, que en las indagaciones tendrán un valor incalculable.

"El análisis de objetos y sustancias encontradas también puede ser revelador y ayudar en la investigación.

Físico de la presunta víctima. En lo referente al examen físico de la presunta víctima, éste consta de un estudio minucioso de todo el cuerpo; falsamente puede creerse que sólo debe examinarse la zona genital, sino que es necesario el de todo el cuerpo. Existen tres zonas donde se realiza dicho examen: genital, paragenital y extragenital." (33)

(33) Kvitko, Luis Alberto, La violación. Peritación medicolegal de las presuntas víctimas del delito, Trillas, México, 1986, p. 40.

La clasificación anterior obedece a la localización de las lesiones en cada zona, de modo que debe precisarse cada una en cuanto a sus características y gravedad, así como a su necesidad (algunas resultan necesarias para la realización de la cópula, mientras que otras no lo son, y sólo demuestran sadismo por parte del sujeto activo).

Ropas. Debe hacerse un examen minucioso de las ropas de la presunta víctima. Mediante estudios de laboratorio, los peritos en criminalística podrán encontrar manchas de sangre, semen y otras sustancias que revelen datos para determinar la identidad y responsabilidad del responsable del delito. Asimismo, el análisis de las propias ropas en las que se hallen huellas de violencia puede ser muy importante.

"La tipificación del esperma, al igual que la realizada con sangre, permite la segura exclusión de eventuales acusados del ilícito". (34)

Probable responsable. Es tan necesario como el de la propia víctima, porque de manera directa y objetiva, independientemente de otro tipo de pruebas, con él se podrá demostrar la culpabilidad o inocencia del sujeto.

(34) *Ibidem*, p. 67.

Psiquiátrico o psicológico de la presunta víctima. Resulta necesario porque, en caso de ser víctima del delito, es natural ésta que se encuentre, después y a consecuencia del -- hecho criminal, ante un desequilibrio mental transitorio o permanente. Por otro lado, en la entrevista con el profesional -- en esta área, se debe indagar la veracidad de la información -- de la presunta víctima, pues puede darse el caso de que sea -- una simuladora.

Psiquiátrico o psicológico del presunto responsable. -- Como es necesario practicar un examen psiquiátrico o psicológico a la presunta víctima, también lo es que se realice en la -- persona o personas de los acusados. Ello puede aportar datos de gran valía en la investigación, tanto para descubrir la ver -- dad de los hechos, como para saber si se trata de una persona con salud y equilibrio mental, pues de esto dependerá también que se trate de un imputable o de un inimputable.

La importancia de todos esos exámenes y estudios radica en que sirven para descubrir la verdad de los hechos, al aportar datos científicos y técnicos que esclarecen las dudas y re -- suelven los problemas jurídicos. Mediante ellos se puede precisar la existencia del delito que presuntamente se cree fue -- cometido, así como la de otros, como lesiones, contagio vené -- reo e incluso homicidio, y por último, fincar la responsabilidad al responsable o responsables y deslindarla respecto de -- quienes son inocentes.

Adentrarse más en ese terreno, implicaría introducirse en el área de la medicina forense y de la criminalística, lo cual no corresponde estudiar en este apartado así, sólo cabe destacar la importancia de estas ramas del conocimiento humano, tan necesarias al derecho penal, sobre todo en los casos de delitos sexuales, entre otros.

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

Variantes sexuales y perversiones. Es oportuno incluir aquí una serie de comportamientos sexuales, algunos de los cuales se catalogan como perversiones, y otros como meras variantes del comportamiento sexual. Unas y otras tienen importancia, pues algunas constituyen delitos, mientras que otras sólo pueden hacer comprender los distintos tipos de la conducta humana en este terreno, pero todas son necesarias para el estudio del derecho penal.

Masturbación y onanismo. Es la manipulación de los órganos sexuales que realiza el propio sujeto u otra persona, con el propósito de producir el orgasmo. En opinión de algunos médicos, se trata de una actividad normal, que no revela ninguna anomalía del comportamiento de la persona; sobre todo, es explicable en la infancia y adolescencia.

Dicha conducta no tiene trascendencia penal, pues incumbe sólo a la esfera de competencia del propio individuo, a menos que la persona obligue a otra a realizarlo, en cuyo caso se tratará del delito de abuso sexual.

Frotamiento. Es el acto que realiza una persona con el propósito de lograr placer sexual, al estrujar o rozar a la persona deseada. Si la pareja consiente, no interesará al derecho penal, pero si dicha actividad se ejecuta contra la voluntad de la persona, también se tratará de un delito de abuso sexual.

Algomanía. Es el placer sexual consistente en dañar a la pareja sexual; puede manifestarse de dos formas: sadismo, cuando el que daña es el sujeto activo, y masoquismo, cuando el dañado es el sujeto pasivo.

Sadismo. El placer sexual se obtiene al hacer sufrir a la pareja, mediante la causación de dolor (físico o moral). Como consecuencia pueden surgir diversos resultados típicos, como lesiones, violación (cuando la persona no ha consentido), homicidio, etcétera.

El punto extremo del sadismo ocurre cuando la persona que lo realiza obtiene el máximo placer al matar e incluso mutilar al compañero sexual. Evidentemente estos casos denotan un trastorno patológico serio.

Masochismo. El placer sexual lo obtiene la persona al ser lastimada por el compañero sexual.

Generalmente, suelen coincidir el sadismo con el masochismo, lo cual da lugar al sadomasochismo.

Sadomasochismo. Ocurre cuando la persona obtiene el máximo placer sexual al hacer sufrir a su compañero y, simultáneamente, al ser sujeto pasivo de sufrimientos.

Transvestismo o eonismo. Para lograr el goce sexual, la persona usa prendas que corresponden al sexo contrario.

Exhibicionismo. Para obtener el placer, la persona se exhibe desnuda o muestra sus genitales.

Nudismo. Es un uso social, consistente en que un grupo de personas conviven completamente desnudas en lugares determinados, donde todos comparten y observan las mismas reglas.

Voyeurismo, fisgoneo, escopofilia o mixoscopia. El placer sexual se logra al ver a otras personas realizar el acto sexual o a personas desnudas. A veces es excitante solo mirar, y en otras ocasiones el sujeto se masturba al tiempo que mira.

En dicho comportamiento, el placer que causa la contem-

plación del cuerpo desnudo de la pareja sexual se considera totalmente normal.

Troilismo. Consiste en que la persona se excita hasta el punto de lograr el orgasmo, cuando comparte al compañero sexual con otra persona y contempla su actividad erótica.

Transexualismo o inversión. Ocurre cuando existe incompatibilidad entre la anatomía del individuo y sus inclinaciones sexuales. Generalmente se presenta en hombres.

El transexual siente que se encuentra en un cuerpo que no le pertenece. Son casos típicos de personas que optan por someterse a operaciones quirúrgicas para cambiar de sexo; pero no se trata de hermafroditas (personas que de nacimiento tienen ambos sexos anatómicamente).

Homosexualidad. Es la predilección por tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo. Puede ser entre hombres, llamada propiamente homosexualidad, o entre mujeres, en cuyo caso se denomina lesbianismo.

El origen de la palabra lesbianismo proviene de Safo, - una poetisa griega nacida en Lesbos, a quien se atribuyó profesar amor hacia las mujeres. (35)

(35) Amuchatequi. Op. cit. p. 200.

Analismo, sodomía o pederastía. Es la tendencia a copular por vía anal o rectal. Se trata de una variante del comportamiento sexual que, conforme a ciertos criterios médicos, suele ser aconsejable en las parejas, para romper el comportamiento rutinario, como medio para prevenir el embarazo, etcétera.

Ambisexualidad. Consiste en sentir apetencia sexual -- por personas de ambos sexos.

Bestialidad o zoofilia. El placer sexual se obtiene mediante la relación sexual con animales.

Paidofilia o pedofilia. Consiste en la tendencia a mantener relaciones sexuales con niños. Al respecto, existen diversos grados: algunos sujetos sólo realizan exhibicionismo -- ante los niños, otros ejecutan actos de tocamiento y manoseo, (abuso sexual), otras más llevan a cabo el coito, a veces, incluso mediante violencia física (actos constitutivos de violación equipada ficta).

Necrofilia. Consiste en obtener el placer sexual mediante la realización de la cópula en cadáveres.

Algunos sujetos primero matan a la víctima para posteriormente realizar el acto de necrofilia, mientras que otros --

aprovechan los cuerpos sin vida para copular en ellos. Otros más, después de realizar la cópula, descuartizan el cuerpo del cadáver, y otros incluso efectúan actos de canibalismo (comer restos de cadáveres humanos).

Como se mencionó en la parte conducente, el CPDF contempla el delito de profanación de cadáveres, entre cuyos supuestos se encuentra la necrofilia.

Gerontofilia. Es el placer sexual derivado de copular con ancianos.

Obscenedad. Son manifestaciones groseras, relativas a la sexualidad (escritos, sonidos, ademanes, etcétera).

Pornografía. Es el material gráfico impreso o audiovisual que trata de despertar el apetito sexual.

Fetichismo. El sujeto se excita con un objeto sexual - específico que sustituye al idóneo.

Saliromanía. Consiste en que el placer lo logra el sujeto al ensuciar el cuerpo y las prendas de la pareja o compañero sexual.

Bascomanía. Similar a la anterior, consiste en el pla-

cer sexual que logra la persona al realizar la actividad sexual en un lugar sucio y repugnante. Existen algunas variantes y combinaciones de este comportamiento, como las siguientes:

Vampirismo. Consiste en que el sujeto goza sexualmente al chupar sangre de la pareja sexual o víctima de su comportamiento. Según el lugar de donde provenga la sangre o de la sustancia o materia, puede ser hemofagia o menofagia, cuando la sangre que bebe el sujeto es la menstrual.

Urodipsomanía o urofilia. Es la satisfacción sexual -- que obtiene la persona al beber orines.

Coprofagia. Es el placer sexual logrado al comer excrementos. (36)

Narcisismo. Es el placer sexual que se produce en la persona que goza de su propia contemplación y autotocamiento.

Fluctuación. Consiste en el goce sexual derivado del intercambio de parejas.

(36) QUIROZ CUARON, Alfonso, Medicina Forense, Porrúa, México, 1977, p. 565.

Clismafilia. Es la obtención del placer sexual mediante la aplicación de enemas en el cuerpo; generalmente de origen pretérito, su motivación se remonta a la época de la infancia del sujeto.

Erotomanía. Es la obsesión por realizar actividades sexuales, de modo que otras pasan a segundo plano. Según quien la padezca, puede denominarse de dos maneras diferentes: ninfomanía o satiriasis.

Ninfomanía. Se llama así cuando se refiere a la mujer. Se trata de una inclinación enfermiza y obsesiva por el sexo; la persona, a pesar de tener frecuentes actividades sexuales, se muestra insaciable.

Satiriasis. Este fenómeno ocurre en el hombre.

Prostitución. Es el ejercicio o actividad de las personas que comercian con su cuerpo, como medio de obtención de ingresos. Existe prostitución femenina o masculina y se ejerce en la calle, prostibulos, por cita telefónica o de manera disfrazada en negocios como estéticas o establecimientos de masajes.

Promiscuidad. Es la participación de muchas personas en las relaciones sexuales. Generalmente ocurre en las llamadas orgías o bacanales (fiestas romanas en que se compartía vi

no y sexo, en honor de Baco, dios del vino).

Incesto. Es la predilección por realizar relaciones sexuales entre familiares, preferentemente entre ascendientes y descendientes o hermanos. En la legislación penal mexicana -- existe como delito. Antiguamente y en algunos pueblos no se -- consideraba ilícito e incluso era una costumbre.

Violación. Es la cópula por medio de violencia. Tam-- bién es delito en la legislación penal mexicana. Para muchos, este comportamiento revela problemas de tipo psicológico o -- psiquiátrico, pues se considera que ninguna persona con salud mental gozaría con una cópula violenta, ni por parte del suje-- to activo ni del pasivo. Para otros, cualquiera, en un momen-- to dado, y en determinadas circunstancias puede cometer este -- ilícito.

Satanismo. Es la práctica sexual realizada por grupos o sectas, en culto al demonio. Se practican relaciones sexua-- les voluntarias, no voluntarias e incluso se ofrecen y llevan a cabo sacrificios humanos, tras determinados rituales eróti-- cos.

Todo lo anteriormente expuesto es una breve visión, que de manera extractada se presenta, a fin de relacionarla con -- los conceptos analizados en este apartado. Por supuesto, se -- recomienda ampliar el estudio del tema, si en lo particular re

sulta de especial interés, y relacionarlo con la legislación penal mexicana y diversas obras jurídicas, médicas, sociales, psicológicas y antropológicas. (37)

CLASES

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

Así, existen los siguientes tipos de violación:

- a). Violación propia o genérica
- b). Violación equiparada, impropia o ficta. Por medio de instrumento distinto del miembro viril, o en persona menor de 12 años o que no pueda comprender a resistir la conducta criminal,

(37) Ibidem, capítulo XX; McCary, James Leslie y McCary, Stephen P., Sexualidad humana de McCary, 4a. ed, El Manual Moderno, México, 1983, capítulo 17.

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

ch). Violación fraudulenta.

Propia o genérica. Es la que constituye el tipo básico contenido en el art. 265 del CPDF, a la cual ya se ha hecho referencia.

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

Equiparación por instrumento distinto del miembro viril. Consiste en la cópula violenta en la cual se introduce, por vía anal o vaginal, un elemento o instrumento distinto del miembro viril y cuya penalidad es menor a la correspondiente a la violación genérica, conforme lo establece el art. 265, segundo párr, del CPDF.

Equiparada por no existir el medio violento. Es la violación en que se obtiene el consentimiento de la víctima, pero ésta es menor de 12 años; también es la cópula con persona que, no puede comprender o resistir la conducta criminal, contemplada en el art. 266 del CPDF.

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

Tumultuaria. Ocurre cuando dos o más sujetos activos - cometen el delito (art. 266 bis, primera frac. del CPDF).

Entre parientes. Es la que comete alguno de los parientes a que se refiere el art. 266 bis, segunda frac. del CPDF.

Cometida por un funcionario o empleado público o por un profesional. En atención a la calidad del sujeto activo, esta violación se agrava con una pena accesoria (art. 266 bis, tercera frac. del CPDF).

Equiparada con violencia. Es la que establece la última parte del art. 266 del CPDF.

Fraudulenta. No la contempla el CPDF, pero si algunos códigos estatales, como los de Aguascalientes, Guerrero, Michoacán, etc. Ocurre cuando, por suplantación de persona, el sujeto activo engaña al pasivo o se aprovecha de su error.

TIPICIDAD

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

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

En el caso de la violación ficta o impropia, deberán -- existir los mismos elementos, pero el sujeto pasivo será una - persona menor de 12 años o que no pueda resistir la conducta - criminal y sin violencia. En los casos de violación agravada, deberán reunirse los aspectos que exige la norma. " (38)

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

- a). El sujeto activo o pasivo
- b). Cuando la conducta realizada sea otra, y no la eje-
cución de la cópula
- c). Cuando el medio empleado sea otro diferente de la
violencia (salvo la violación ficta o impropia)
- ch). En la violación impropia o agravada, por faltar al-
guno de los requisitos típicos exigidos por la nor-
ma.

Cabe mencionar que puede ocurrir la atipicidad de viola

(38) Martínez Roaro. Op. cit. p. 173.

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

ANTI JURIDICIDAD

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

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

Circunstancias modificadoras. En el delito de violación no existen circunstancias atenuantes, pero sí agravantes

en cuatro casos, como se verá en se verá en seguida.

Tumultuaria. El art. 266 bis, frac. I del CPDF preve - un caso en el que se presenta una pluralidad de sujetos acti--vos. En función de ello, la pena será más grave, a saber:

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

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

Aunque es común en otros países, tal forma de criminali--dad comienza a imitarse en México. Actualmente se presentan - casos de robos en casas habitación o comercios e incluso otro tipo de establecimientos, como salas de belleza, academias de danza, restaurantes, etc, en los que las pandillas, se apode--ran de dinero y diversos bienes, y a veces causan tanto lesio--nes como violación e incluso homicidio. Esta situación ha - - preocupado seriamente al legislador, quien ha creado una nueva disposición que sanciona con mayor rigor tales comportamientos (pena de 20 a 50 años de prisión: art. 315 bis del CPDF).

Entre parientes. la segunda frac. del propio art. 266 bis del CPDF establece:

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

Cometida por funcionario. La frac. III se refiere a -

quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza por profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen.

Cometida por quien tiene al pasivo bajo su custodia. - La frac. IV del propio art. 266 bis se refiere a la persona -- que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o - aproveche la confianza en el depositado.

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

Erróneamente se cree que existe concurso de delitos - - cuando la violación se produce entre ascendientes y descendientes con el delito de incesto. Negamos esta falsa creencia, en virtud de lo siguiente; el delito de incesto es un tipo bilateral o plurisubjetivo, o sea, requiere la voluntad de dos para que se produzca, como también lo es el adulterio; en cambio, -

la violación implica una voluntad y ausencia de ésta por parte del sujeto pasivo. En el incesto, tanto el ascendiente como el descendiente son sujetos activos, pues ambos otorgan su consentimiento de realizar el acto sexual, de manera que no pueden ocurrir simultáneamente los delitos, como en esta situación. Así en caso de producirse la cópula violenta entre parientes (ascendientes), se estará en presencia de una violación agravada, pero de existir, la cópula entre ascendientes, realizada voluntariamente por ambos, se presentará el delito de incesto, pero nunca podrán ocurrir ambos, pues son incompatibles.

Ficta, impropia o equiparada con violencia. Se trata de una conducta que la ley equipara a la violación y a la cual ya se había hecho referencia, como la cópula realizada con persona menor de 12 años o impedida para resistir la conducta criiminal, pero este comportamiento será agravado cuando además -- ocurra con violencia. En líneas anteriores se vio que se sanciona con igual pena a la violación genérica o propia y a la violación equiparada o ficta (impropia), pero cuando además se ejerce violencia sobre el sujeto pasivo, la pena será agravada al aumentarse en una mitad. El sentir del legislador es considerar doblemente antijurídico el comportamiento de quien no sólo copula con persona menor de 12 años o impedida para defenderse, sino además emplea el medio violento. En todos los casos de pena a gravedad ésta será hasta una mitad más en su mínima y máximo.

Penalidad accesoria. Propiamente no es una agravación, sino una pena accesoria que contiene la tercera facción del art. 266 bis:

Cuando el delito de violación sea cometido por quien de sempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utili zando los medios o 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 profe sión.

CULPABILIDAD

Dolo o intencionalidad. El reproche penal que puede -- fincarse en este delito sólo puede ser el intencional; así, no es posible pensar en una violación no dolosa.

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

error de ilicitud... con relación a la cópula normal -- exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, realizada por uno de los cónyuges por medio de la vis absoluta o compulsiva. Es decir, cuando se llevara a cabo la cópula, por cualquiera de los medios mencionados, con una mujer creyéndola su cónyuge, pues estaríamos frente a una eximente putativa, al --

creer el cónyuge que existía a favor suyo una causa de licitud. (39)

Porte Petit considera posible la no exigibilidad de otra conducta. (40)

A su vez, Martínez Roaro acepta el error de hecho esencial e invencible y la no exigibilidad de otra conducta. (41)

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

PUNIBILIDAD

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

- a). Genérica o propia. De 8 a 14 años
- b). Equiparada (por instrumento distinto del miembro viril). De 3 a 8 años

(39) Pannain, cit. por Porte Petit, op. cit., p. 62.

(40) Porte Petit, op. cit, p. 62.

(41) Martínez Roaro, Marcelo, Delitos sexuales, Porrúa, México, 1975, p 191.

- c). Equiparada, ficta o impropia. Menor de 12 años o persona incapaz de comprender o resistir sin violencia. De 8 a 14 años
- ch). Equiparada, ficta o impropia con violencia. De 8 a 14 años 2 hasta una mitad, más en su mínimo y máximo
- d). Tumultuaría (dos o más sujetos). Hasta una mitad más en su mínimo y máximo
- e). Cometida por parientes. Hasta una mitad más sin su mínimo y máximo
- f). Pena accesoria. Pérdida de la patria potestad y la tutela (en el caso de parientes), o destitución del cargo o empleo o suspensión por cinco años en el ejercicio de dicha profesión (en el caso de empleado o funcionario público o profesional).

Excusas absolutorias. En la violación no se presenta ninguna.

CONSUMACION Y TENTATIVA

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

Tentativa. Es factible que el sujeto activo realice to dos los actos encaminados a producir el resultado típico, pero

que por causas ajenas a su voluntad, éste no se produzca.

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

CONCURSO DE DELITOS

Ideal o formal. En la violación se puede presentar, -- por ejemplo, con la misma conducta se pueden configurar los delitos de violación y de contagio venéreo; también puede producirse, la violación y las lesiones en los órganos genitales -- (aunque no se haga uso excesivo de violencia físicas, como en la violación ficta en persona menor de 12 años).

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

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

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

Dada la gravedad de tales hechos, el legislador consideró conveniente señalar la pena mayor que impone el Código Pe--nal: de 20 a 50 años. Este precepto contempla precisamente - el concurso material, en el que se producen violación y homicidio o robo y homicidio, o los tres delitos.

Problemática del concurso en la violación. Concretamente, en el delito de violación existen cuatro problemas funda--mentales que plantean una situación especial, que es oportuno señalar:

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

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

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

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

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

De haber violencia en la cópula y ocurrir entre ascen--dientes, descendientes, etc, se tratará de una violación agrava--da (art. 266 bis, frac. segunda del CPDF), pero no de incesto o de concurso.

Violación y privación de libertad. No existe unidad de criterios al respecto; nosotros creemos que uno de estos deli--tos excluye al otro. En realidad, se trata de ilícitos dife--

rentes, por lo cual no puede subsumirse uno en el otro. De --
ocurrir ambas situaciones, existirá concurso real o material,
mas no ideal.

PARTICIPACION

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

PROCEDIBILIDAD

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

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

REPARACION DEL DAÑO

En la violación, la reparación del daño comprende el pago de alimentos para los hijos y la madre, como lo establece el art. 276 bis del CPDF.

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

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

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

Sería conveniente pensar, conjuntamente con criminólo--

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

DATOS ESTADISTICOS

La información estadística no siempre ofrece una verdad absoluta, a la vez que resulta muy tedioso observar tal cantidad de datos numéricos; sin embargo, tiene un valor incalculable y aporta una visión muy aproximada de lo que es la realidad, a saber, respecto de un fenómeno social, dónde existe, en qué medida, cuándo, y así se puede entender el problema para finalmente tratar de resolverlo.

La información estadística que brevemente mencionamos es producto serio; y de una investigación de campo realizada por el doctor Luis Rodríguez Manzanera y otros investigadores, (42) quienes presentan un panorama revelador del grave problema que es el delito de violación en el Distrito Federal.

(42) Rodríguez Manzanera, Luis, Delgadillo Aguirre, Elsa, González Medina, Bertha P. y Solano Radilla, María Esther, Víctimas del delito de violación en el Distrito Federal, Ponencia, III Congreso Nacional de Criminología, San Luis Potosí, México, 1989.

Se trata de una muestra de 192 presuntas víctimas del delito - de violación, cuyas denuncias fueron presentadas ante la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de febrero a julio de 1988 (32.54% del total de denuncias de violación).

C A P I T U L O I V

ESTUDIO INTEGRAL DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO
SEXUAL

NOCION LEGAL

El art. 259 bis del CPDF proporciona la siguiente no-
ción:

Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a perso-
na de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica de-
rivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o - -
cualquier otra que implique subordinación, se le impondrá san-
ción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese ser-
vidor público y utilice los medios o circunstancias que el
encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

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

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

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

Como puede apreciarse de la simple lectura de este precepto, la noción de este ilícito revela un comportamiento por parte del agente, de naturaleza erótica, con rasgos imprecisos y sobre todo, subjetivo, que en la práctica puede ocasionar diversos problemas, entre otros: la imposibilidad material de poderlo probar y diversas denuncias infundadas. En el primer caso la dificultad de probar dicho delito resulta de su propia subjetividad; por cuanto hace al segundo, se prestará la existencia de este delito para que personas sin escrúpulos, presenten, infundadamente, denuncias por diversas causas como pueden ser, celos, venganzas, pretensiones laborales o económicas o incluso por el simple afán de querer causar un desprestigio social a alguien.

No se desconoce que comportamiento como los que prevé este precepto, existen y lamentablemente son muy frecuentes, aunque la inclusión de este delito en el CPDF, no es, por sí sola la solución al problema, el cual tiene diversos orígenes, sobre todo de índole familiar y educacional. En ocasiones, el afán del legislador por proteger a determinados sectores o grupos de la población en relación con determinados comportamientos, provoca que lejos de proteger, desprotege a la víctima.

En nuestra opinión, vemos esta figura como una buena intención pero que es difusa y se pierde en el terreno de la realidad, lo que puede ocasionar una elevada cifra negra, sin perder de vista los problemas anteriormente anotados.

Sujetos.

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

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

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

Pasivo. Expresamente el texto legal se refiere a "... persona de cualquier sexo", e interpretando el mismo, será pasivo de hostigamiento sexual, la persona, hombre o mujer, que se encuentre bajo la subordinación del activo en cualquiera de las hipótesis que enuncia el art. 259 bis del citado Código.

Por ejemplo, la secretaria podrá ser pasivo respecto de su jefe, la enfermera respecto del médico de quien depende la-

boralmente, el servidor público respecto del funcionario de mayor jerarquía y del cual se encuentra subordinado, etcétera.

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

Objetos.

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

Jurídico. Es la libertad y el normal desarrollo psico-sexual o ambos, como se desprende del propio título décimoquinto, el cual fue también reformado el 21 de enero de 1991, cuando surgió este nuevo delito." (1)

(1) Amuchategui Op. cit. p. 376.

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

CLASIFICACION

Se trata de un delito

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

En relación con su clasificación como un delito material o de resultado, algunos penalistas piensan que se trata de un delito formal o de simple conducta, pero como la propia norma exige el surgimiento de un perjuicio o daño, deben entenderse como un delito material o de resultado. De no darse el perjuicio o daño, simplemente no se castigará a su autor.

CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCION

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

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

Conforme al Diccionario de la Lengua Española, asediar, en una de sus acepciones, es "importunar a uno sin descanso -- con pretensiones". (2) Entendemos exactamente que en este delito el asedio consiste en importunar, molestar, agobiar al pasivo.

Exige además la norma, que este asedio se dé reiteradamente, esto es, repetidamente, volviendo a hacer lo que ya antes se hizo. De lo que se desprende que una sola vez, aunque resulte molestia para el pasivo, no constituye la conducta típica que exige este tipo penal, toda vez que no es reiterado.

(2) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, t. I, 20a. ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1984, p. 137.

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

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

Resultado típico. El segundo párr del art. 259 bis, establece claramente que este delito sólo será punible cuando se cause un perjuicio o daño. El problema es determinar qué perjuicio o daño es aquel al que se refiere el legislador. Si el tipo no exigiera este daño, estaríamos ante la presencia de un auténtico delito de mera conducta o formal; no siendo así, se trata, como ya lo hemos establecido, de un delito de resultado.

Creemos que sería un error pensar que el perjuicio o daño debe ser de índole sexual, esto es, la cópula por ejemplo,

pues entonces, el delito de hostigamiento daría paso al surgimiento de otro delito sexual más grave, como podría ser el estupro o la violación. Aun en el caso de que el activo llegase al extremo de realizar un acto de naturaleza sexual pero distinto de la cópula, estaríamos ante un delito de abuso sexual, pero en cualquier caso, desaparecería el de hostigamiento sexual.

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

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

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

TIPICIDAD

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

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

Atipicidad. Habrá atipicidad en el hostigamiento sexual, cuando falte alguno de los mencionados elementos típicos.

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

ANTI JURIDICIDAD

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

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

Circunstancias modificadoras. No existen circunstancias atenuantes en este delito.

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

Aunque no es propiamente una circunstancia agravante, lo cierto es que, el hecho de imponer la sanción de hasta 40 días de multa más la destitución, implica una evidente agravación en la pena, para el caso de que el agente sea un servidor público en los términos que señala el precepto indicado.

CULPABILIDAD

Este delito, como todos los de carácter sexual, sólo puede configurarse dolosamente. No puede presentarse su forma imprudencial.

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

PUNIBILIDAD

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

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

Por otra parte y como ya lo mencionamos, en el caso que el agente sea un servidor público, la pena abarcará, además de los 40 días multa, la destitución del cargo.

No existen excusas absolutorias.

CONSUMACION Y TENTATIVA

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

Cuando un sujeto inicia el asedio con fines lascivos, - no puede decirse que ya se haya consumado el delito; en una re construcción lógica, habrá que tomar en consideración lo si- - guiente: como el tipo exige que el asedio se dé reiteradamen-

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

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

Tentativa. Más difícil resulta determinar este aspecto. En lo personal considero que no es posible la integración del grado de tentativa en este delito, por las siguientes razones: un asedio reiterado, hasta que tanto no cause daño, es un hecho no consumado; la consumación se dará cuando se cause el -- perjuicio o daño, pero cuando éste surja, ya se habrá consuma-

do el delito. Resulta muy difícil que en las primeras actitudes del activo, consistentes en asediar reiteradamente al pasivo, pueda determinarse con precisión que existe el grado de tentativa, pues fácilmente el activo manifestará que no tenía pensado continuar con dicho asedio y mucho menos llegar a causar algún daño al pasivo. Ciertamente de hecho, puede darse la tentativa, pero de iure resultará muy difícil su existencia y sobre todo su probanza.

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

CONCURSO DE DELITOS

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

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

PARTICIPACION

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

Pensar en un autor material y uno intelectual, nos lleva a cuestionarnos ¿en quién de los dos existe la intención lasciva? Creemos que tanto los elementos meramente objetivos

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

PROCEDIBILIDAD

El propio art. 259 bis señala en su párr. tercero que - solamente se procederá contra el hostigador a petición de parte ofendida.

Al respecto, se nos ocurre que en la práctica sucede lo siguiente: una chica que es reiteradamente asediada por su patrón, tendrá dos caminos: uno, consistente en querellarse, pero sabe que perderá su trabajo como consecuencia y el otro consiste en que si tiene necesidad del trabajo, preferirá no querellarse, soportando las molestias del acoso.

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

SITUACION DE VIABILIDAD EN MEXICO.

Pudiera señalar muchas razones por las cuales considero que no es viable en cuanto a su aplicación el hostigamiento sexual, tal como está previsto por el artículo 259 bis, -- del Código Penal para el Distrito Federal, sin embargo considero muy ilustrativa la opinión que emite el reconocido maestro, Doctor Raúl Carranca y Rivas en su código Penal anotado al analizar éste ilícito, en los siguientes terminos:

"He preferido hacer una sola nota en vez de intercalar varias en el nuevo texto, según y conforme las críticas del caso. He optado aquí por tal sistema para mantener una unidad de pensamiento. La primera pregunta que uno se hace es de orden numérico, de colocación o ubicación del nuevo delito en el Código. ¿Por qué el artículo es 259 "Bis"? Bis quiere decir dos veces, duplicado, repetido. ¿Por qué no se incluyó en el Título Décimo quinto que atañe a los delitos sexuales, hoy absurdamente llamado de otra manera? ¿Qué tiene que hacer al final de un capítulo, aunque ya derogado, que trataba sobre los juegos prohibidos? El legislador, además, se contradice; no sigue una unidad ideológica ni atiende a los principios fundamentales de la doctrina. ¿Por qué se refiere a "fines lascivos", cuando acaba de quitar lo de "intención lasciva" de los atentados al pudor? Ya nos hemos ocupado en otra nota de la enorme dificultad de definir aquello de "in--

tención lasciva" (da lo mismo, para el caso, "fines lascivos"). Si de por sí esta absurda figura de hostigamiento sexual es de suyo compleja y enredada, más lo es al meterle elementos de na turaleza tan confusa. Ahora bien, después de una atenta lectura del nuevo artículo resulta que nada más se puede hostigar - si hay una relación de subordinación entre el sujeto activo y el pasivo. ¿Esto significa que el legislador sólo ha querido proteger a la mujer subordinada y no a otra? ¿Por qué esta segregación o diferencia? La verdad es que cualquier mujer, subdordinada o no, puede ser hostigada. Claro, el legislador considera como sujeto pasivo a persona de cualquier sexo; pero en el fondo, y de acuerdo con los testimonios de las sesiones en la Cámara de Diputados, dizque siempre se trató de defender a la mujer de las agresiones sexuales de los hombres (olvidando que en la vida moderna son muchas las mujeres que en este sentido agreden a los varones).

"Pero hay que ir a una crítica vertical y a fondo de este nuevo tipo. Objetivamente hablando, y a primera vista, se puede tratar más bien de un problema estrictamente laboral. - El patrón que asedia (para decirlo en términos de ley) a la -- trabajadora doméstica, o a su empleada; o el profesor que asedia a sus alumnos. La rescisión del contrato de trabajo se -- hace aquí evidente, aparte de las sanciones de orden laboral. Sin embargo, si se quiere o pretende que el asunto no sea laboral sino penal, he allí otros tipos penales a los cuales se --

puede recurrir. Si el patrón, por ejemplo, asedia hasta el grado de amenazar no hay duda de que se pueden invocar las -- amenazas; y en algún caso extremoso también se podrían invocar las lesiones. Por otra parte, al legislador se le ha olvidado una hipótesis que no es poco frecuente en la vida real: me refiero a la del subordinado que asedia u hostiga a su superior jerárquico.

También se pregunta uno qué es en la especie asediar u hostigar. Primero hay que ver el significado de las palabras. Aquí evoco un pensamiento por demás exacto de Max Weber: "Pesar las palabras es tarea central y peculiarísima del abogado". Y para pensarlas hay que estudiarlas, conocerlas, sentirlas. - Asediar es en sentido figurado importunar a uno sin descanso, con pretensiones (sic). No se olvide que pretensión equivale al empeño en conseguir algo. Hasta aquí, si bien se ve, no hay delito; salvo que el llamado asedio sexual se concrete con actos específicos, lo que entonces podría ser constitutivo de un delito sexual. Y hostigar, a su vez, quiere decir, también en sentido figurado, perseguir, molestar a uno, ya burlándose de él, ya contradiciéndolo, o de otro modo. Tampoco hasta aquí hay delito a la vista; así que no es muy feliz en el caso el empleo de tal palabra. Mejor y hubiera sido, en última instancia, sólo referirse al asedio, que se ajusta de manera más conveniente a la idea del legislador; aunque yo no comparto dicha idea. Hay que observar, acerca de esto, que -

en la primera parte del precepto la ley se refiere al asedio y en la segunda al hostigamiento; identificando dos palabras de contenido distinto. " (3)

(3) Raúl Carrancá y Trujillo, Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa. México 1995. Décima Octava edición. págs. 682 a 685.

CONCLUSIONES

- PRIMERA. El delito de hostigamiento sexual a pesar de haber tenido una amplia atención por parte de los legisladores en cuanto al análisis que se hizo de su tipo, es un ilícito que tiene prácticamente nula aplicabilidad en la vida práctica, lo cual nos lleva a suponer que debe ser derogado del Código Penal para el Distrito Federal.
- SEGUNDA. En el delito de hostigamiento sexual se observan -- más aspectos de Derecho del Trabajo, que de Derecho Penal, en base a lo anterior, sostenemos que es una figura delictiva sin arraigo y ello origina dificultad para comprobarlo, por esto no se ha ejercitado acción penal a causa de la comisión del ilícito motivo del presente trabajo recepcional, en el Distrito Federal.
- TERCERA. El delito de hostigamiento sexual, tal como está -- previsto por el artículo 259 bis, del Código Penal para el Distrito Federal, tiene claros aspectos de tentativa que de tipo penal, lo que refuerza nuestra opinión en el sentido de que debe ser derogado el mismo.

CUARTA. El delito de hostigamiento sexual en cuanto a tipo - está fuera de toda realidad en virtud de como está - considerado actualmente en el Artículo 259 Bis del - Código Penal para el Distrito Federal, es un requisi - to sine quanon del delito la relación de subordina-- ción y únicamente el superior jerárquico puede ser - sujeto activo del delito, olvidando el legislador -- que en la práctica se da el hostigamiento sexual de inferior a superior y más aún muchas mujeres y hom-- bres sufren hostigamiento sexual en la calle y tal - conducta no está tipificada como delito.

QUINTA. Debe desaparecer del ordenamiento penal aplicable el delito de hostigamiento sexual, en virtud de que en la práctica ha sido utilizado por los superiores je-- rárquicos para terminar la relación laboral con infe-- riores jerárquicos, argumentando que se trata en es-- te caso muy específico de un sujeto conflictivo, por lo que para un mejor desarrollo de la empresa es neces - ario terminar con conflicto y uno de ellos ha sido ce - sar a personas que han denunciado éste ilícito.

SEXTA. Después de haber hecho una investigación de campo importante se llegó a la conclusión de que en materia de Averiguación Previa en las agencias especializadas en delitos sexuales no se ha perfeccionado ninguna indagatoria iniciada con motivo de la supuesta comisión del ilícito en cuestión, por lo que ello nos motiva a suponer que debe ser derogado el Artículo - 259 Bis del Código Penal para el Distrito Federal, - por las razones expuestas y por que como dijera el - Dr. Raúl Carrancá y Rivas en su trascendente obra el Código Penal Anotado: "Todos somos, de alguna manera y forma, asediados y hostigados; todos, igualmente, hostigamos y asediamos. Es la vida, con sus - - trampas y espejismos".

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

- Amuchategui Requena, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial Harla. México 1992.
- Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1984.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado; Editorial Porrúa, México 1985.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1988. 16a. Edición.
- Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México 1995. Décima Octava Edición.
- Carrara, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1944.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1974. 8a. Edición.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Volumen I. Bosch, S.A. Barcelona, 1975.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial Nacional. 9a. Edición, México 1992.

Del Rosal, Juan. Derecho Penal. 2a. Edición. Valladolid, 1954.

Fausto E. Vallado Berron. Introducción al Estudio del Derecho. 1a. Edición. México 1991.

Ferri, Enrico. Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal. Centro Editorial de Góngora. Madrid, 1887.

Ferri, Enrico. Principios de Derecho Criminal. Editorial - Reus. Madrid, 1933.

González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales, 4a. Edición, - Porrúa, México, 1979.

González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1983.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1950.

Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Hermes, Buenos Aires, Argentina, 1954.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. 3a. Edición. Tomo I. Losada S.A. Buenos Aires, Argentina, 1964.

Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1978.

Kvitko, Luis Alberto. La Violación. Peritación Medicolegal de las Presuntas Víctimas del Delito, Trillas, México, 1986.

Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá 1954.

Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa, México, 1975.

Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Editorial Trillas. México 1990. 2a. Ed.

McCary, Jamez Leslie y McCary, Stepehn P. Sexualidad Humana - de McCary, 4a. Edición. El Manual Moderno, México, 1983. Capítulo 17.

Pavon Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. S.A. México 1974. Parte General.

Pavon Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 9a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990.

Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de Derecho Penal. Parte General. México, 1960.

Quiroz Cuarón, Alfonso. Medicina Forense, Porrúa, México, - 1977.

Real Academia Española . Diccionario de la Lengua Española.
Tomo I. 20a. Edición Espasa-Calpe, Madrid, 1984.

Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español. Parte
General. S.P.E. Madrid, 1976.

Rodríguez Manzanera, Luis; Delgadillo Aguirre, Elsa; González
Medina, Bertha P; y Solano Radilla, María Esther. Víctimas
del Delito de Violación en el Distrito Federal. Ponencia. --
III Congreso Nacional de Criminología, San Luis Potosí; Méxi-
co 1989.

Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial La --
Ley. Buenos Aires, Argentina, 1945. 1ra. Edición.

Vela Trujillo, Sergio. Antijuricidad y Justificación. Editorial
Trillas. México, 1986. 2a. Edición.

L E G I S L A C I O N

Jurisprudencia 134. Apéndice 75. Segunda Parte, Segunda --
Epoca. México.

Apendice al Seminario Judicial de la Federación, 1917-1985.
México.