



283
2e

**Universidad Nacional Autónoma
de México**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

**EL DOGMA EN EL DELITO
DE ESTUPRO**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ANA MARIA SANCHEZ FLORES

ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1991



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

PROLOGO.

PAG.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL EN MEXICO

a).- Introducción	2
b).- Nueva España	4
c).- El Derecho Precortesiano	5
d).- Derecho Indiano	6
e).- El Derecho Penal Asteca	8
f).- Primeros intentos de Codificación	8
g).- Código de 1871, 1929 y 1931	10
h).- Constitucionalidad del Código de 1931	16
i).- La Reforma Penal	20

CAPITULO SEGUNDO

LOS DELITOS SEXUALES

a).- Características de los Delitos Sexuales	26
b).- Análisis comparativo entre los Delitos- contra la Moral Pública y los Delitos - Sexuales.	38

	PAG.
c).- Doctrina General de los Delitos Sexuales	45

CAPITULO TERCERO
CRITICA A LA DENOMINACION DEL DELITO DE
ATENTADOS AL PUDOR

a).- Concepto de pudor.	67
b).- La represión no tiene como fin proteger el pudor, sino la libertad o la Seguridad Sexual.	68
c).- Opinión crítica	71

CAPITULO CUARTO
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL
DELITO DE ESTUPRO

a).- Concepto.-	83
b).- Elementos.-	83
c).- Conducta	83
d).- Clasificación en cuanto al resultado	84
e).- Seducción y Engaño	85
f).- Elementos del Tipo:	
1.- Bien jurídico protegido	
2.- Objeto material	
3.- Sujeto Activo	
4.- Sujeto Pasivo	88

	PAG.
g).- Elementos normativos: Castidad y Honestidad	90
h).- Mínimo y Máximo de edad en el sujeto pasivo	93
i).- Comprobación de la edad de la ofendida	94
j).- Clasificación del estupro en orden del tipo.	97
k).- Atipicidad	97
l).- Culpabilidad	98
m).- Inculpabilidad	99
n).- Querrela	99
o).- Reparación del daño	101
p).- Semajanzas entre estupro y violación	102
q).- Diferencias entre estupro y violación	103
CONCLUSIONES	108

PROLOGO

Durante el estudio de la Carrera de Licenciado en Derecho, una de las materias que más me agrado fué la Rama Penal, atrayendome de entre los delitos, el de ESTUPRO, y desde ahí nació la idea de elaborar mi Tesis sobre éste tema.

La reglamentación actual, es para mí, inoperante en ésta época, en que los valores morales, religiosos sociales y jurídicos de las generaciones que nos anteceden están en plena decadencia y por lo cuál se van desmenbrando para dar paso a nuevos valores morales, en donde se van adecuando la religión y las leyes, porque, no hay que olvidar que la moral, la religión y el derecho aunque son de diferentes esferas van íntimamente ligadas al individuo, y todo lo que rodea a éste, esta expuesto a modificarse, al cambio, al movimiento, y por lo cuál al paso del tiempo, los valores humanos van cambiando, por otros que dejan de ser rígidos para las nuevas generaciones convirtiendose en flexibles, y así sucesivamente, lo que para nuestros abuelos será acorde, apegado a la religión, a la moral y al derecho en su época, para nosotros ya no es posible que siga siendo, tomando en cuenta el paso del tiempo, las nuevas vías de comunicación, los alcances de la radio y de la te-

levisión, las revistas que se expenden en los puestos -- de periódicos en donde las cosas relativas al sexo, cada vez se vuelven más normales, a lo que se incluye la moda en sus cambiantes formas.

Por lo que respecta a la educación sexual, en las escuelas primarias y secundarias del sistema Nacional ya empiezan a vislumbrarse entre la población infantil y adolescente, en lo que, al hablar del sexo va dejando de ser un tabú, para convertirse en una cuestión normal, natural e inherente al ser humano, en sus aspectos científicos -- naturales. Por lo que en la actualidad tanto en las Ciudades como en los pueblos de importancia, las cosas relativas al sexo se van tomando como lo que son, causas naturales, y por ende poco a poco van desapareciendo los tabues sexuales y religiosos para ir dando paso a la natural necesidad biológica que el ser humano requiere para estabilizarse tanto emocional como físicamente en su actuar en la sociedad.

Consideró que el Delito de Esturpo en el Distrito Federal resulta inoperante toda vez que la mujer ha madurado en la actualidad, y ya no es posible el poder tener relaciones sexuales sin que sepan algo relativo al sexo y sus consecuencias al practicarlo voluntariamente, por lo que no es posible en mi concepto que una mujer menor de dieciocho años y mayor de doce, se deje engañar en el

sentido de que va a realizar un juego, cuando en realidad el sujeto activo lo que pretende es tener la relación sexual, el individuo espera alcanzar una edad mayor para - contraer matrimonio, o para ayuntarse carnalmente con -- otra persona (unión libre) y si vemos que en el delito de Estupro se trató de tutelar la inexperiencia sexual de la mujer en determinada edad, en la actualidad por lo antes- expuesto, ha dejado de ser su objeto, resultando en mi - concepto que la mujer menor de edad que sufre el embarazo a causa de sus relaciones sexuales prematuras al matrimo- nio, acude a esta vía penal para lograr el mismo y ocultar a los ojos de la sociedad en la que se desenvuelve, - ser la madre soltera, por el temor a sus padres al verse- embarazada, reluciendo como consecuencia lógica la reali- zación de relaciones sexuales prematrimoniales, resultan- do el delito de Estupro como un solapador a la mujeres - mayores de doce años y menores de dieciocho en la cuál se- busca que el hombre o sujeto activo busque el matrimonio- como medio más fácil para solucionar el problema en el - cuál se ve envuelto, resultando en la mayoría de los ca- sos matrimonios fracasados, o si bien el sujeto activo no accede a las pretensiones de la mujer de realizar el ma- trimonio o por el capricho de esta de no llevarlo a cabo- y no destruida la presuncionalidad que de castidad y ho- nestidad que la ley les confiere, traera como consecuen -

cia la condena corporal traducida en prisión.

Así mismo día a día se va creando conciencia de la planificación familiar, en las escuelas, en los círculos sociales y en la mayoría de los medios masivos de comunicación cunde la idea de la planificación familiar, que - significa un paleativo a la reducción de la natalidad que podría significar un incentivo para la reducción de la - edad, en la modificación del tipo de Estupro.

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL
EN MEXICO

- a).- Introducción
- b).- Nueva España
- c).- El Derecho Precortesiano
- d).- Derecho Indiano
- e).- El Derecho Penal Azteca
- f).- Primeros Intentos de Codificación
- g).- Códigos 1871, 1929 y 1931
- h).- Constitucionalidad del Código de 1931
- i).- La Reforma Penal.

ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL EN MEXICO

Afin de dar una panorámica general sobre los antecedentes históricos del Derecho Penal en México, el Tratadista Ignacio Villalobos, a manera de introducción nos menciona la utilidad del Estudio Histórico desde su antecedente y su importancia, y al respecto se dice lo siguiente:

A).- UTILIDAD DEL ESTUDIO HISTORICO.

Según Ignacio Villalobos en su obra citada dice: — "Permiteme aprovechar la experiencia acumulada en siglos anteriores, y en el Derecho es indispensable recordar desde los primeros impulsos, las primeras necesidades, los primitivos ensayos de que arrancan las instituciones, para llegar a comprender éstas en su actual lozanía. Es preciso formar una idea concisa, pero completa y verdadera, de lo que fueron el Derecho Romano y el Germánico; de los insertos hechos en ese tronco por el Derecho Canónico; de las aportaciones debidas al liberalismo inglés y difundidas al mundo entero por la Revolución Francesa; de la polémica en tablada por el positivismo y su valor criminológico; de la dirección seguida por las leyes españolas, inspiradas inmediatas de las nuestras, hasta llegar a los últimos pasos dados para la formación de un Derecho propio. Y aún no bag

tará para tener un conocimiento delimitado y preciso de -
 nuestros usos y costumbres jurídicos, pues si no conoce a -
 Londres quien sólo ha vivido en Londres, según la sabia -
 paradoja del escritor inglés, habrá que observar algunos -
 lineamientos de sistemas extranjeros que sirvan como pun -
 tos de comparación para ampliar nuestros conocimientos, ca -
 pacitándonos para una mejor y más rápida evolución, y que -
 nos prevengan contra el error, harto frecuente por desgra -
 cia, de aplicar con ligereza doctrinas y jurisprudencias -
 crecidas sobre suelos diversos, al tratar de interpretar -
 nuestra legislación propia". (1)

Según Fernando Castellanos en su obra Lineamientos-
 Elementales de Derecho expone que "La Historia en general,
 es la narración ordenada y sistemática de hechos importan -
 tes que han influido en el desarrollo de la civilización -
 de la humanidad. Aplicando tales conceptos a nuestra disci -
 plina, podemos decir que la historia del Derecho Penal, es
 también la narración sistemática de las ideas que han de -
 terminado la evolución y desarrollo del derecho represivo.
 La Historia del Derecho Penal afirma certeramente Villalo -
 bos no se estudia con afán de exhibir una puesta erudición
 vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que -
 reporta, para la mejor inteligencia de las instituciones -
 actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de
 sus antecedentes, así como la observación atenta del proce

so que ha seguido el Derecho en su elaboración. Es importante tener una idea, así sea somera, de la evolución, a fin de poseer una visión clara de tales cuestiones y aprovechar así las experiencias pasadas para la solución de los problemas del presente. Conviene sin embargo, cuidarse para no incurrir en el error harto frecuente. De querer -- aplicar a nuestro medio tan sui generis, las doctrinas que germinado en los diversos, a veces por el deseo de demostrar conocimientos sobre situaciones extrañas sin reservarnos arrodillamos ante ellas e intentamos, sin una minuciosa adaptación trasplantarlas de nuestra patria". (2)

A continuación pasamos a dar algunos planteamientos históricos sobre la Nueva España resaltando primeramente la Constitución de Cádiz y se consigna lo siguiente:

B).- NUEVA ESPAÑA.

"El reino de México, llamado Nueva España, no era, como tampoco lo eran los demás reinos de Indias, propiamente una colonia, nacida de la capitidinución política con relación a la metrópoli, sino un reino del cual era rey de España. Los Reinos de Indias constituían más bien una -- unión personal. El que el pueblo de la Nueva España no fue titular del poder político era, simplemente una consecuencia del absolutismo político imperante en la época. -- La unificación política de los Reinos de Indias, con España en una sola nación, fue, en realidad obra de la Consti-

tución Española de Cádiz, de 19 de marzo de 1812. Su artículo 1º rezaba "La Nación Española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios" y su artículo 2º preceptuaba: "La Nación Española es libre e independiente y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona". Es decir, los Reinos de Indias quedaban absorbidos por la Nación Española rigieron dos ramas jurídicas: El derecho indiano, propiamente dicho, común a todos los reinos de Indias y el derecho Novohispanico, dictado como su nombre lo indica, especialmente para la Nueva España".(3)

C).- EL DERECHO PRECORTESIANO.

En esta Institución según el tratadista Fernando Castellanos, al igual que la Institución anterior se tienen muy pocos datos y sobre el particular nos dice la siguiente narración histórica: "Muy pocos datos precisos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente los distintos reinos y señores pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal. Como existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de tres de los pueblos principalmente encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América: el maya, el tarasco y el Azteca. Se le llamaba derecho Precortesiano a todo el que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortés, designando

se así no sólo al orden jurídico de los tres señores mencionados, sino también al de los demás grupos". (4)

D).- DERECHO INDIANO.

En esta Institución jurídica se substanciabán y se resolvían los delitos y la aplicación de las penas, en una recopilación de Leyes de los reinos de Indias "Está constituido, por las cédulas, provisiones y ordenamientos para las Indias, anteriores a 1680, recopiladas en la llamada Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, y las expedidas con posterioridad a esta Recopilación, compuestas sin sujeción a sistemática de ninguna especie. El artículo VIII, del libro VII, trata, sin embargo, de manera menos defectuosa, de "los delitos, las penas y su aplicación". Por el Derecho de Castilla, que era de aplicación supletoria, respecto del anterior, como se desprende de la Ley". Título I, Libro III de la recopilación, según la cual "en todo lo que no estuviera decidido ni declarado... por las leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a las de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar". Por las normas consuetudinarias indígenas, sancionadas expresamente por los Reyes cuando no contradecían los principios básicos de la sociedad conquis

tadora (que era, lógicamente, católica en lo religioso, monarquía en lo político y conservadora en lo económico), e inclusive se hallaba reconocida legalmente la Jurisdicción de los caciques para conocer de los casos de delitos no graves, como se desprende a contrario sensu, de la disposición contenida en la Ley 28, título tercero, Libro IV, de la recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, en el sentido de que "la jurisdicción criminal que los caciques han de tener en los indios de sus pueblos, no ha de entender en las causas criminales en que hubiera pena de muerte, mutilación de miembro y otro castigo atroz, quedando entonces siempre reservada a Nos y nuestras Audiencias y Gobernadores la jurisdicción Suprema, así en lo Civil como en lo criminal, y el hacer justicia donde ellos no la hicieren", por lo decretos de Cortés, expedidos por las Cortes de Cádiz (1810-1812), cuya vigencia se extendió desde la época de su expedición hasta la reacción fernandina de 1814, que anuló la Constitución de 1814.

Esta, aunque volvió a regir de 1820 a 1823, apenas ordenó la vida política jurídica de México, puesto que los Tratados de Córdoba, que fueron la fórmula jurídico-política, de la negociación de la independencia entre don Juan O'Donjú y Agustín de Iturbide, se suscribieron el 24 de agosto de 1821". (5)

E).- EL DERECHO PENAL AZTECA.

A continuación damos paso a los lineamientos que -- destacan esta Institución jurídico-penal. "De mayor importancia resulta el estudio del Derecho Penal de los aztecas, aún cuando su legislación no ejerció influencia en la posterior, era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista. Este pueblo fue no sólo el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles. Según estudios recientes, llevados al cabo por el Instituto Indigenista Interamericano, los nahuas alcanzaron metas insospechadas en materia penal". (6)

F).- PRIMEROS INTENTOS DE CODIFICACION.

Seguidamente los tratadistas Fernando Arilla Bas y Fernando Castellanos, de manera clara exponen la historia en México de las diferentes legislaciones penales que han surgido en México, a través de su Historia Penal, en efecto se dan las siguientes citas: "La Constitución Federal de 1824, y su antecedente el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, al establecer el sistema federal, crearon las Legislaturas de los Estados (artículo 158) y, por tanto, una fuente de producción de Derecho Local. Esta consti

tución no reglamenta, ni promete reglamentación alguna del Derecho Penal Federal. Empero, el amparo del citado artículo 156, los Estados pudieron expedir sus propias leyes penales y, sobre todo, iniciar las tareas codificadoras, los primeros Códigos Penales que rigieron en México fueron los expedidos por el Estado de Veracruz el 28 de abril de 1835 y el 17 de diciembre de 1869. El estado de México, intentó la codificación en 1831 (Bosquejo de Heredia), 1834 (Propuestas de Villela). La entronización en México de Maximiliano de Habsburgo no interrumpió codificación penal, que, sin embargo, desafortunadamente no llegó a realizarse. El propio Emperador, como refiere Don José María Lacunza, — Presidente del Consejo de Estado, creado a imitación del francés por la Ley de 4 de diciembre de 1864, designó personalmente las comisiones que habían de redactar los Códigos Penal, Civil y de Minería. Tocó redactar el Código Penal, y el de Procedimientos Penales a los señores Teodosio Lares y José Urbano Fonseca. El Imperio otorgó, sin embargo, primacía a la codificación civil sobre la penal, — debido sin duda, a que los penalistas de la época atribuían al Derecho Penal una función creadora, soberana según expresión de Edmundo Mezger, sino por el contrario, garantizadora. Don José María de Lacunza, en la Memoria dirigida al Emperador, decía que "el Código Penal es en cierto modo la sanción de los derechos que contiene el Civil."(7)

G).- CODIGOS DE 1871, 1929 Y 1931 PARA LA
FEDERACION Y EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES.

"... el 15 de marzo de 1871, se elevó un proyecto - de Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de - la Baja California sobre delitos del Fuero Común y para toda la República sobre delitos contra la Federación. El proyecto fue procedido de una exposición de motivos, redactada por el propio Martínez de Castro y seguido de un proyecto de la Ley Transitoria. Manuel M. Zamacona no intervino en la redacción del Proyecto, pero al terminar sus trabajos la comisión se adhirió cómodamente a él. Este Proyecto, - convertido en iniciativa de Ley por el Presidente Juárez, - fue presentado al Congreso de la Unión, que lo aprobó, junto con la Ley transitoria, el 7 de diciembre de 1871, y -- fue publicado y promulgado en la misma fecha por el Presidente Benito Juárez, mientras tanto, el restablecimiento pleno del sistema federal con la derrota del Imperio, permitió que los Estados usaran la autonomía legislativa que les otorgaba la Constitución de 1857. En uso de esta autonomía, el Estado de Veracruz, anticipándose laudablemente a la Federación, gracias al Gobernador Francisco J. Corona, puso en vigor en 1869, sus Códigos Civil y Penal y de Procedimientos. La codificación en México, tanto en el orden federal como en el local, quedó, en consecuencia, felizmen

te iniciada, aún cuando los Estados copiaron a veces con -
extraordinaria servidumbre; el Código de 1871. Los redactores del Código de 1871, después de subrayar la necesidad -
de la codificación, "para no continuar como hasta aquí sin
más ley que el arbitrio, prudente y a veces caprichoso, de
los encargados de administrar la Justicia", expresan en su
Exposición de Motivos, que "solamente por una casualidad -
muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo con-
venga a otro según dice Montesquieu", pero tal afirmación
no tradujo, en realidad, con exactitud aquéllos. La crítica
histórica más autorizada, coincide señalar la orientación-
clásica, con los ligeros retoques del correccionalismo, la
inspiración doctrinaria de Ortolan, por lo que toca a la -
parte General y de ChaveauHelie por lo que hace a la parte
Especial, y en su entrocancamiento con los Códigos Español-
les de 1848, 1850 y 1870, redactados los dos primeros por-
Don Joaquín Francisco Pacheco y Gutiérrez Calderón, quien-
por rara coincidencia, siendo Ministro de España en Méxi-
co, fue expulsado del país por Juárez en enero de 1861, -
por considerarlo enemigo del Gobierno a causa de su inter-
vención a favor de los adversarios de la revolución refor-
mista. El Código de 1871, de acuerdo con Carrancá y Truji-
llo, conjuga la justicia absoluta con la utilidad social.-
Establece como base la responsabilidad penal, la moral fun-
dada en el libre albedrío la inteligencia y la voluntad -
(artículo 34 fracción I). Cataloga rigurosamente las atg -

nuantes y agravantes (artículos 66 y 231), señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la Ley (artículos 37, 69 y 230). La pena se caracteriza por su nota aflictiva, tiene carácter retributivo y se acepta la de muerte (artículo 92 fracción X) y para la de prisión se organiza el sistema celular (artículo 130). No obstante se reconocen algunas medidas preventivas y correccionales (artículo 94). Por último se formula una tabla de probabilidades de vida para los efectos de la reparación del daño por homicidio (artículo 325). El Código presenta, sin embargo, por lo que toca a la ejecución de la pena de prisión, la libertad preparatoria (artículo 95), misma que fue posteriormente reglamentada por la Ley de 8 de diciembre de 1987. La institución de la libertad preparatoria constituyó, dice Carrancá y Trujillo, para su tiempo un notable progreso, recogido después por la legislación europea a través del proyecto suizo de Carlos Stoos (1982), al que es aplaudida esa originalidad que, en realidad, corresponde a Martínez de Castro. No compartimos, por nuestra parte, el orgullo que deberíamos sentir al parecer con el recuerdo de Martínez de Castro, pues la libertad preparatoria, tuvo su origen en las colonias penales inglesas de Australia, donde fue conocida por ticket leave system, El parol system, o simplemente palole, utilizado en los Estados Unidos, que pudo servir de inspiración a los redactores del Código de 1871, tien sus antecedentes en la Casa de --

Refugio de Nueva York (1825). En fin la institución cuenta con una rica serie de antecedentes, anteriores a 1971. La clasificación de los delitos hecha en la parte Especial nos parece, en cambio superior a la realizada por los redactores del Código de 1931. Las figuras de delito (hoy se diría tipos), clasificados en orden al bien jurídico lesionado, aparecen, por lo general, delimitadas por sus elementos constitutivos, con precisión técnica irreprochable. Empero, las calificativas del homicidio (alevosía, premeditación o ventaja, establecidas por el artículo 23 de la Constitución de 1857), no fueron descritas con la justicia debida. El Código mereció, aunque únicamente con relación a la calificativa de ventaja (artículo 361), el reproche nada menos que de Francisco Carrara. "La novedad de Código Mexicano consiste, decía el Sumo Maestro de Pisa, en que la ventaja basta castigar con el último suplicio hasta el homicidio cometido en un ímpetu de ira, sin alevosía ni acechanza, si concurre la circunstancia de que el homicida aventajaba a su víctima en fuerza o en armas, o por estar en pie mientras la víctima estaba tendida en tierra. Este es realmente un caso especial de la legislación mexicana, pero no la envidiamos ciertamente, porque la superioridad sobre su víctima, de la que abusa el homicida, sin habérsele procurado deliberadamente, es un accidente del delito instantáneo que no merece tanto rigor, puede ser que, de -

hecho, la víctima tenga ante su enemigo menores medios para salvarse mediante la defensa privada, pero con ese estado de hecho en el ímpetu de ira, no puede aumentarse tanto su responsabilidad; furor armamministra (el furor suministra armas); por lo tanto, ¿cómo podrá pretenderse que cuando un acceso de ira arrastra a un hombre a la resolución de darle muerte a su enemigo tenga la reflexión de arrojar el arma porque aquél está inerte, o de esperar que se levante si está caído en el suelo? Los trabajos de revisión del Código Penal de 1871, llevados a cabo a partir de septiembre de 1903, por disposición del entonces Secretario de Justicia a Instrucción Pública, Licenciado Don Justino Fernández, quien designó una comisión presidida por el Licenciado Miguel S. Macedo, culminaron, nueve años más tarde, el 11 de junio de 1912, con la terminación de un proyecto, que quizás no se puso en vigor a causa de las críticas circunstancias que por entonces atravesaba la República. Los objetivos de la reforma fueron harto modestos, "la comisión, expresó la Exposición de Motivos, tomó como base de su labor respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de sus sistemas y de sus disposiciones y limitarse a incorporar a él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones, cuya bondad se puede estimar ya equilatada y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente". También era objeti

vo de la Reforma "enmendar las obscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes, y - los vicios que han podido notarse en el texto del Código - por más que no afecten su sistema". Reforma tan modesta no justifica, en realidad, el largo lapso de los trabajos. El Proyecto de 1912, a juicio de Jiménez de Asúa, es deficiente en su técnica, pero tiene un espíritu político criminal bastante certero. El Código Penal de 30 de septiembre de - 1929, fue expedido por el Presidente Provisional de los - Estados Unidos Mexicanos, Emilio Portes Gil, en uso de la - facultad que tuvo a bien conferirle el Congreso de la - Unión por Decreto de 9 de febrero del propio año. Redactado por una Comisión integrada por los Licenciados Ignacio-Ramírez Arteaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y, sobresaliendo sobre todos ellos, - José Almaraz, tiene como antecedente inmediato, según ex - presa Porte Petit, el Proyecto de Código Penal de 1929, pa - ra el Estado de Veracruz, en cuya comisión redactora figu - raba igualmente el Licenciado José Almaraz. El Código Pe - nal de 1929, se funda, como expresan los propios comisiona - dos, en la Escuela Positiva, cuyos postulados no pudieron - sin embargo, realizarse, como expresa Porte Petit, por -- obstáculos de orden constitucional y errores de carácter - técnico. Jiménez de Asúa ha criticado este Código con rigi - da dureza no exenta de inteligente ironía, El Código de - 1929, era, en definitiva, como expresó su principal redac -

tor, José Almaraz, "vino nuevo servido en odres viejos". - De aquí que resultara, a la postre, sustituido por el Código de 14 de agosto de 1931, expedido en esta fecha, por el Presidente de la República Pascual Ortiz Rubio, en uso de las facultades que le fueron concedidas por el Congreso de la Unión por Derecho de 2 de enero del propio año. Este Código, redactado por José Angel Ceniceros, Luis Garrido, José López Lira, Ernesto Garza, Carlos Angeles y Alfonso Teja Zabre, resultó en definitiva, un producto híbrido. Su publicación no fue precedida de una exposición de Motivos - oficial, que expresará el pensamiento jurídico penal en sus autores, pues la de Alfonso Zabre es únicamente una exposición particular, que refleja exclusivamente el pensamiento de quien la redactó. En ella se afirma dogmáticamente que "ninguna escuela no doctrina, ni sistema penal puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Solamente es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable". Empero, las numerosísimas reformas surgidas por el Código Penal desde su publicación hasta la fecha resultan suficientes, per se ipso, para acreditar su inadaptabilidad a la realidad". (8)

H).- CONSTITUCIONALIDAD DEL CODIGO DE 1931.

Como puede verse en las siguientes citas de investigación aquí se observan en primer término la División de -

Poderes, tanto Legislativo, Ejecutivo y Judicial como un Poder Supremo de Unión, dejándole la facultad Legislativa al Poder Ejecutivo, para que propusiera la Iniciativa de Ley correspondiente al Código Penal y de 1931 ante el Poder Legislativo para su estudio, discusión y aprobación correspondiente, obviamente correspondiéndole al Poder Judicial para su aplicación al Poder Legislativo con las facultades extraordinarias concedidas por el mismo al Jefe del Ejecutivo para la expedición de tal Código, es por lo que a continuación hacemos referencia a las siguientes citas que sirven de base de substanciación a este comentario y son las siguientes: "El hecho de que el Código de 1931 fuera expedido por el Ejecutivo, haciendo uso de una autorización del Legislativo, plantea un problema de extraordinaria importancia: su posible vicio de anticonstitucionalidad. Ahora bien, la resolución correcta de dicho problema, demanda recordar la reglamentación del principio de la división de poderes en las Constituciones de 1857 y 1917. El artículo 50 de la Constitución de 1857 rezaba: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Nunca podrán reunirse dos o más de estos poderes en una persona o corporación ni depositarse el Legislativo en un individuo". La Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguiendo el criterio de Vallarta, quien dijo que dicho artículo prohibía únicamente la reunión de uno solo de los tres de los otros dos, o si-

quiera de uno de ellos, de modo permanente, sostuvo el criterio de que la delegación parcial de facultades del Legislativo al Ejecutivo no pugnaba con el principio de la división de poderes. El texto originario del artículo 49 de la Constitución de 1917 rezaba. "El Poder Supremo de la Unión se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29". Es decir, era evidente, que a partir de 1917, la delegación de facultades del Legislativo al Ejecutivo fuera del caso del artículo 29 era inconstitucional. Sin embargo, a partir de la tesis pública en el Tomo XXI, página 1578 del Semanario Judicial de la Federación, como dice Tena Ramírez, "se desarrolló incontrolable el fenómeno de la delegación de facultades legislativas en el Ejecutivo, con absoluta independencia del artículo 29 en grado tal que la mayor parte de nuestra legislación común ha sido obra del Ejecutivo, sin que para expedirla exista una situación grave, sin haber suspensión de garantías y sin que esa legislación tenga pretensiones, ni por asomo, de servir de medio para hacer frente a dicha situación anormal". El criterio sustentado reiteradamente por la Suprema Corte de Justicia afianzó definitivamente -

la tesis de que "las facultades extraordinarias que concede el Poder Legislativo al Jefe del Ejecutivo en determinado ramo, no son anticonstitucionales, porque esa delegación se considera como cooperación o auxilio de un poder a otro, y no como una abdicación de sus funciones por parte del Poder Legislativo" (Semanario Judicial de la Federación, Tomo L: página 489), criterio jurisprudencial que dominó hasta la Reforma de 12 de agosto de 1938, que agregó al texto del artículo 49 constitucional el siguiente párrafo: en ningún otro caso se otorgará al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar, reforma que, como expresa Tena Ramírez, derogó la jurisprudencia que reiterada y antigua, había deformado el correcto sentido del artículo 49. La Ley de Autorizaciones de 2 de enero de 1931, que facultó al Ejecutivo Federal, para expedir el Código Penal - lesionaba, es cierto gravemente la ortodoxia constitucional, pero no era anticonstitucional, puesto que se ajustaba a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación vigente en la época, antes de ser derogada por la Reforma de 1938, El Diario Oficial de 31 de agosto de 1931, publicó la "Fe de erratas" del texto del Código y el 2 de septiembre una aclaración de dicha fe. José Almaraz dijo que como la llamada fe de erratas de los Códigos de 1931 es una lista de modificaciones sustanciales de algunos preceptos ya promulgados, carece de valor legal, obligatorio (porque ya se habían terminado las facultades expresa-

mente concedidas al Ejecutivo y a la Comisión) y justifica las censuras más acerbas para su autores". Pensamos sin embargo, que la opinión sustentada por el principal autor del Código de 1929, resulta un tanto discutible. La "Fe de erratas" de la Ley, debe cernirse exclusivamente a rectificación de errores materiales entre el texto aprobado y el publicado, de suerte que la variación de este último requeriría la repetición del proceso legislativo, pero, tratándose de un texto expedido haciendo uso de las facultades concedidas por una Ley de Autorizaciones, el acto de expedir el texto rectificado es de la misma naturaleza formal que el de expedir el texto originario". (9)

I).- LA REFORMA PENAL.

En cuanto a dicha reforma que a continuación se cita, se concretiza más bien de forma y no de fondo, ya que se refiere a los errores técnicos que adolecía el Código de 1931 antes analizado en el punto inmediato anterior, y para mayor precisión seguidamente hacemos referencia en la siguiente cita a fin de robustecer este comentario y al respecto dice: "La reforma penal mexicana, que se traduce actualmente en un imperativo categórico, para enmendar la exhuberante cantidad de errores técnicos del Código de 1931, puesto que las numerosísimas reformas hechas con el objeto de adaptarlo progresivamente a la realidad social mexicana, no constituyen una reforma de fondo, cuenta con los proyectos federales de 1949 y 1958, compuesto el pri-

mero por Luis Garrido, Celestino Porte Petit, Raúl Carrancá Trujillo y Francisco Argüelles, y el segundo por Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón Vasconcelos, Celestino Porte Petit y Manuel del Río Govea, designados por la - Secretaría de Gobernación y la Procuraduría General de la - República, respectivamente, merece citarse por el avance - técnico que en muchos aspectos representa, el proyecto del Código Penal tipo, compuesto en 1964, por una comisión designada por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, presidida por el entonces Procurador Fernando-Román Lugo, e integrada por Celestino Porte Petit, Luis - Fernández Doblado, Olga Islas y Luis Porte Petit, y asesorada por Luis Garrido. Este proyecto, elaborado para ser - adoptado por los diversos Estados de la República, a fin - (como se dice en la Exposición de Motivos) de "terminar - con la diversidad de legislaciones punitivas que tantos in - convenientes presenta", representada la tendencia unificadora iniciada en América, por el Proyecto de Código Penal-tuvo para Latinoamérica, su origen en el Acuerdo del Instituto de Ciencias Penales de Chile, en sesión de 8 de octubre de 1962. No faltan corrientes de opiniones favorables - a la Federación de la Legislación Penal, poniendo el ejemplo de que en algunos Estados Federales, como Alemania, - Argentina y Suiza, la Legislación Penal es de la competencia de la Federación. Otras corrientes, con menor amplitud

de miras, piensan que, conservando la facultad legislativa de los Estados, las legislaturas de éstos podrían adoptar un Código Penal tipo. Por nuestra parte, pensamos que ambas corrientes, en definitiva, tratan de empujar hacia un centralismo cultural que desconoce el esfuerzo por muchos Estados. Los proyectos de Códigos Penales para Morelos (1973) y Querétaro (1973), cuyas ponencias fueron compuestas por el autor de la presente obra, representaban la ruptura con el sistema centralista cultural, seguidor del Código de 1931".

Vistos los antecedentes tanto en el Extranjero como en México sobre la evolución del Derecho Penal podemos estar convencidos plenamente que dicha Institución jurídica se ha venido alimentando en cuanto a sus figuras jurídicas que a través de los años y épocas, siempre se ha buscado que las diferentes legislaciones penales busquen el beneficio que tengan una función social y sobre todo en México, a fin de que las sociedades estén protegidas y sean tutelados sus fines jurídicos a través de Leyes justas pero más que nada justos, también equitativos los encargados de la Procuración y Administración de la Justicia. En consecuencia podemos decir que el derecho penal desde su aparición en Roma ha venido evolucionando, ya que antes de que intuyera en esta Nación política por excelencia en un estado de derecho existía la Venganza Privada y por lo tanto se -

vivía en la Anarquía lo que traja graves consecuencias - irreparables para la Sociedad de aquél entonces y fue Roma la que se preocupó como Nación a empezar a sancionar y a castigar los delitos, la aplicación de las penas a los infractores de Ley, cosa que los demás pueblos, como es el Germánico, el propio Código Canónico en la misma Roma el Derecho Penal ha venido evolucionando y ahora de manera particular en nuestros días el Derecho Penal cuyas fuentes jurídicas de su existencia las tenemos en la propia Constitución Federal de la República en la Jurisprudencia en los Principios Generales del Derecho en la Doctrina, en suma con las diferentes legislaciones surgidas en algunas partes y Estados de la República y que para mayor conocimiento en los capítulos anteriores hemos analizado en apoyo a nuestra investigación.

- (1) VILLALOBOS, IGNACIO.- OB. CIT., P.P. 24 y 25
- (2) CASTELLANOS, FERNANDO.- LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE -
DERECHO PENAL.- P.P. 39 y 40.
- (3) ARILLA BAS, FERNANDO.- OB. CIT. P. 79.
- (4) CASTELLANOS, FERNANDO.- OB. CIT., P. 40.
- (5) ARILLA BAS, FERNANDO.- OB. CIT., P.P. 79 y 80.
- (6) CASTELLANOS, FERNANDO.- OB. CIT., P. 41.
- (7) ARILLA BAS, FERNANDO.- OB. CIT., P.P. 83 y 84.
- (8) IDEM, P.P. 84 y 86.
- (9) IDEM, P.P. 88 y 89.
- (10) IDEM, P.P. 89 y 90.

CAPITULO SEGUNDO**LOS DELITOS SEXUALES**

- a).- Características de los Delitos Sexuales.
- b).- Análisis comparativo entre los Delitos contra la moral Pública y los Delitos Sexuales.
- c).- Doctrina General de los Delitos Sexuales.

A) CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS SEXUALES.

Considero de suma importancia mi estudio, con el análisis de las características de los delitos sexuales, toda vez que el delito de "Atentados al Pudor" se encuentra tipificado en nuestra actual Legislación como delito de tipo sexual; es por eso que me parece imprescindible el examinar dichas características para poder determinar si es correcta o no, la determinación del ilícito antes mencionado como delito sexual.

Al examinar las características de los delitos sexuales encuentro una anarquía debida a la mezcla de opiniones de los tratadistas con corrientes lógicas y científicas, mixtura que determina diferencias conceptuales de estructura, por lo que a continuación cito a manera de ejemplo los conceptos relativos a estos ilícitos desde el particular punto de vista de aquellos autores que a mi juicio son los más representativos de las corrientes antes mencionadas.

El Lic. Enrique Cardona Arizmendi señala al respecto que: "El término delitos sexuales es una denominación acremente censurada, porque equivale a realizar una clasificación que se hace descansar en un punto de vista meramente fisiológico tienen una vinculación con un acto erótico sexual, lo esencial en la clasificación manejada por nuestro legislador, es el bien jurídico tutelado, y no po-

demos decir que éste sea un acto sexual o del sexo mismo, - sino que en ocasiones es la libertad en el ámbito de lo sexual o bien el desarrollo psicosexual, o incluso el honor, como sucede en el caso del adulterio, de tal suerte que -- clasificar todos los delitos es cuestión desde un punto de vista puramente fisiológico, no es una clasificación que - reúna atributos de técnica jurídica"(1).

Concuerdo con el punto de vista del Lic. Cardona -- quien expone como errónea la técnica jurídica de nuestros legisladores al englobar a aquellos delitos, que si bien - tiene como fin un acto o hecho de naturaleza sexual, el -- bien jurídico tutelado por la ley penal en cada caso es diferente, toda vez que estos actos no debieran clasificarse atendiendo únicamente a un punto de vista meramente fisiológico. En nuestra actual legislación el término "Delitos-Sexuales" no trasciende el bien jurídico protegido, haciendo referencia fundamentalmente al móvil o hecho que los motiva.

El jurista Alberto González Blanco expone que sólo-se podrán denominar Delitos Sexuales a aquellos que reúnan las siguientes características:

- 1.- " Que sea objetivamente sexual, no subjetivamente, es decir que el resultado de la conducta, - no la intención, sea sexual.
- 2.- Que el sujeto pasivo del delito sea ofendido se

xualmente como titular de un bien jurídico sexual".

(2).

En opinión del autor, sólo deben considerarse como delitos sexuales, los atentados al pudor, el estupro y la violación, ya que son los que reúnen las características - antes señaladas, además agrega que: "la evolución sociológica del delito sexual está condicionada a dos factores:

- a) A la forma social existente en un momento histórico determinado;
- b) A la valoración que merecieron los intereses fundamentales, que son la libertad y el pudor". (3)

El Lic. Alberto González Blanco acertadamente establece dos elementos sustanciales, sin cuya concurrencia no podríamos hablar de "Delitos Sexuales" y, toda vez que el Derecho se justifica única y plenamente dentro de la sociedad a la cual sirve, me parece correcto el enfocar la evolución sociológica de estos ilícitos condicionándolos a los factores antes citados.

El autor argentino Sebastián Soler, denomina a los Delitos Sexuales, "Delitos contra la Honestidad"; señala - que el término Honestidad se utiliza como sinónimo de moralidad sexual, y contempla bajo ese rubro los siguientes - ilícitos: adulterio, violación, estupro, abuso deshonesto, - corrupción, proxenetismo, ultrajes al pudor público y rapto.

La destacada abogada Marcela Martínez Roaro refiere en relación a los Delitos Sexuales que: "El Código Penal nos habla indistintamente de relación sexual, cópula carnal o acto erótico-sexual, términos éstos que ni aún en la literatura sexológica han encontrado unanimidad en su definición. (4)

Interpretando el sentir de la Lic. Marcela Martínez Roaro, creo que lo que quiere decir es que en el Código Penal se hace referencia únicamente al móvil o hecho que motiva los ilícitos en estudio, así mismo, nuestra legislación atiende al aspecto fisiológico y no como debiera ser a los bienes jurídicos tutelados.

El Lic. Antonio de P. Moreno cita en su obra al Lic. Eugenio Cuello Calón, quien expresa que los delitos contenidos bajo el título de Delitos Sexuales "son hechos que infringen la moralidad sexual. Pero no todos los actos que constituyen una violación de la moralidad sexual hoy reconocida, están reprimidos por el Código Penal". (5)

El autor español radicado en México, Mariano Jiménez Huerta, denomina los Delitos Sexuales como "Delitos que tutelan la libertad de Amar" término que utiliza como "la facultad inherente al ser humano y nobilísimo atributo de su personalidad, que se exterioriza en el pleno señorío que al individuo incumbe de mantener relaciones amorosas con quien bien le pareciere, de interrumpirlas libremente,

de no tenerlas con quien no fuere de su agrado o de abstenerse temporal o permanentemente de toda relación carnal". (6).

Este autor afirma además, que la voluntad no depende únicamente de aceptar o no, sino que psíquicamente se tenga capacidad de discernir, refiriéndose a la primera como libertad efectiva, y, la segunda como potencial.

Para el maestro Jiménez Huerta los delitos clasificados como sexuales en el Código Penal vigente, trascienden a un primer plano el instinto fisiológico que impulsa las conductas de los sujetos activos de los diversos delitos - que recoge, enraiza en la fisiología de los instintos eróticos, el correcto criterio del bien jurídico objeto de la tutela penal.

Cabe señalar al respecto de la denominación que hace el Lic. Jiménez Huerta de "Los delitos que tutelan la Libertad de Amar", que considero un tanto equívoca dicha intitulación, pues estimo que el amor es un sentimiento que a la luz del Derecho Penal no puede tutelarse. Dicho sentimiento, no siempre puede vincularse con el acto carnal que idealmente debiera complementarlo. A mayor abundamiento - diré que tratándose de Delitos Sexuales se excluye necesariamente la existencia en ellos de un auténtico sentimiento amoroso en el que la característica fundamental será la de proteger al ser amado, buscando simultáneamente el bie-

nestar de ambas partes involucradas. Así mismo, tratándose de impúberes no podemos hablar de "Libertad de Amar" entendiéndose ésta en el sentido que le da el Lic. Jiménez Huerta, pues como sabemos el impúber es aquél que no ha alcanzado la madurez sexual, por consiguiente la misión del Derecho Penal consistente en proteger la libertad o seguridad sexuales de las personas y no, la libertad de amar.

En opinión del Dr. Celestino Porte Petit es inaceptable el título de "Delitos Sexuales", ya que "mira la naturaleza del delito y no como debiera ser, el bien jurídico protegido". (7) Reafirma su punto de vista más adelante expresando que al hablar de Delitos Sexuales es como si se denominara a los delitos contra la vida y la integridad, - "Delitos de Sangre".

El autor italiano Giuseppe Maggiore considera por razonamiento diferente la conveniencia de erigir el pudor como bien jurídico protegido. Para el citado tratadista existe repugnancia de origen ético al admitir una libertad sexual, en otros términos, una facultad a la libre disposición de los órganos que él llama obscenos por una parte, y delitos contra esa libertad por la otra y asegura "Podemos hablar de un derecho a la castidad o a la continencia, pero no de un derecho a la libre disposición de los órganos-obscenos; a menos que se quiera legitimar entre los hombres el derecho a las licencias caninas". (8)

Me parece un tanto incorrecta tal aseveración, pues en el caso de los ilícitos cometidos contra las prostitutas que han perdido el pudor, de acuerdo al concepto del pudor que en este trabajo se refiere posteriormente, quedarían impunes tales actos.

Por su parte el Lic. Felipe Mancí sostiene que: "Los delitos que se denominan sexuales, inciden en tres aspectos básicos:

La libertad sexual propiamente dicha, que es la libertad de comportamiento que todos los individuos gozan dentro de los límites a los cuales la sociedad circunscribe: la familia o la moral social, o sea aquél término medio de la moralidad actual en determinado pueblo y en un momento dado". (9).

Para el tratadista español Eugenio Cuello Calon los delitos contenidos bajo el rubro de Delitos Sexuales son hechos que infringen la moralidad sexual; de esta forma señala que: "de los hechos lesivos de la moralidad sexual que el Código sanciona unos constituyen predominantemente un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra la libertad del individuo de disponer sexualmente de su cuerpo, como el comercio carnal realizado mediante violencia o intimidación, o con persona que no puede prestar su consentimiento por su edad o por otra causa; los abusos deshonestos cuando concurrieren las anteriores circunstancias el -

yacimiento mediante engaño con personas menores, etc."(10).

Para el autor se encuentran incumplidos los delitos de violación y abusos deshonestos, el rapto y el estupro - como delitos en los que la minoría de edad, la violencia o el engaño originan una disminución de la libertad de la ofendida o la anulan por completo. En tanto que el incesto y el adulterio constituyen principalmente una violación de la moral sexual familiar.

El Lic. Alfonso Rojas Pérez pone de manifiesto que: "Los llamados delitos sexuales carecen de un principio de acuerdo sobre el bien jurídico protegido, ya que se le da resguardo legal desde el anacrónico prejuicio del honor sexual; guardando también el pudor, la honestidad, el orden de las familias, las buenas costumbres, la moral pública, la moral privada, la moral clasista, la moral sexual la seguridad sexual y hasta la inviolabilidad carnal".(11)

En opinión del jurista Francisco González de la Vega para denominar con propiedad un delito sexual, se requiere:

- " a) Que la acción típica del delito, realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hace ejecutar, sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual; y

b) Que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción sean relativos a la vida sexual del ofendido." (12)

El maestro González de la Vega señala que no basta que la conducta tenga solo como finalidad una serie de lineamientos eróticos sumergidos en la conciencia del actor, sino que es imprescindible que la conducta se manifieste en actividades lúbrico somáticas, ejecutadas en el cuerpo de la víctima o que a ésta se le hacen ejecutar, estas manifestaciones pueden consistir en simples caricias o tocamientos libidinosos, o hasta las diversas formas de ayuntamiento sexual normal o anormal.

Así mismo el mencionado jurista afirma que el estupro los atentados al pudor y la violación están bien clasificados como sexuales, puesto que la conducta del infractor consiste en actos corporales de lubricidad, caricias o ayuntamientos sexuales, por lo cual el sujeto pasivo es ofendido sexualmente en su libertad o seguridad sexual, en tanto que en el incesto y el adulterio hay una conducta eminentemente sexual, sin embargo el bien jurídico tutelado es el buen orden familiar; en el rapto la acción consiste en la privación de la libertad de una persona para satisfacer un deseo erótico sexual o para contraer matrimonio, de modo tal que en éste el bien jurídico tutelado es la libertad o seguridad personal o el orden de las fami -

lias. (13)

Este autor propone como noción general de los Delitos Sexuales, la siguiente: "Son aquellas infracciones, en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar, y que ponen en peligro o dañan su libertad o seguridad sexual". (14)

A través de las citas anteriores, queda pues de manifiesto la gran confusión doctrinal que existe en relación a los llamados Delitos Sexuales; la cual se hace aún mayor si consideramos que resulta injustificable tal denominación para aquellos actos cuya motivación trasciende a un primer plano el instinto fisiológico que impulsa la conducta a sancionar, así mismo hay quienes afirman que sólo se hace referencia al móvil o hecho natural y no indica el Derecho lesionado. Sin embargo, encuentro concordancia en la mayoría de los autores, al afirmar que los delitos puramente sexuales son los atentados al pudor, el estupro y la violación ilícitos en los que encontramos la lesión de los bienes jurídicos tutelados por la Ley Penal; la libertad o la seguridad sexuales. Si bien es cierto que en el campo sexual el Derecho Penal no tiene como finalidad proteger la sexualidad del individuo, su actuación se reduce a la represión de aquellos hechos que lesionan gravemente bienes jurídicos protegidos y que ponen en peligro la vida colectiva.

Como podemos observar el concepto de delito sexual es muy circunscrito, toda vez que hay delitos que suponen necesariamente un antecedente de conducta sexual, pero sin embargo no pueden ser llamados Delitos Sexuales; por ejemplo, si estudiamos el delito de aborto encontramos que consiste en la supresión de la vida del feto durante su vida intrauterina, por lo que necesariamente el aborto supone - como presupuesto, un acto sexual anterior, éste desde luego sería la cópula que dió por resultado la concepción pero es importante considerar que no por que en este delito exista un antecedente de conducta sexual, le vamos a denominar "Delito Sexual" ya que no lo es, porque el bien jurídico que protege la ley penal no es relativo a la conducta sexual, sino a la conservación de la especie humana; es claro que la conducta sexual en este delito es indiferente al legislador, es decir, el fin jurídico que se persigue es interrumpir la acción de la muerte sobre el ser humano en formación, en consecuencia el aborto aunque supone un antecedente sexual, nunca será considerado como Delito Sexual propiamente dicho.

Hay otros delitos que en forma más o menos aparente tienen un fondo de sexualidad y no son delitos sexuales, - por ejemplo todos los delitos de sangre originados por los dramas de celos; es manifiesto que estos delitos revelan un fondo sexual en la comisión de los mismos; pero es evidente que tampoco estos delitos son propiamente sexuales,-

ya que el bien jurídico que en estos casos tutela el legislador, no es el relativo a la conducta sexual del ofendido sino que se protegen la vida y la integridad corporal. Fundamentada en las opiniones anteriormente citadas, apoyo el criterio del Lic. González de la Vega, en cuanto a los elementos de los delitos que se denominan sexuales, toda vez que encuentro una serie de ilícitos que tienen relación con conductas de tipo sexual, pero donde el objeto de la tutela penal es diferente a la libertad o seguridad sexual, que es lo que se protege en las conductas delictivas de este tipo.

Una vez realizado el estudio de las características de los delitos sexuales, y que sabemos que consisten en términos generales, en actos eróticos sexuales completos o incompletos, normales o anormales y que lesionan o comprometen derechos jurídicos del ofendido relacionados con su vida sexual, finalmente puedo proponer como concepto de Delito Sexual el siguiente:

"Delito Sexual es aquél en que la conducta del delincuente consiste en actos corporales de lubricidad, que producen como resultado la lesión de la libertad o seguridad sexuales del ofendido".

B).- ANALISIS COMPARATIVO ENTRE LOS DELITOS CONTRA LA MORAL PUBLICA Y LOS DELITOS SEXUALES.

En el primer punto de este Capítulo he definido ya cuáles son las características de los Delitos Sexuales, - por consiguiente y para no ser reiterativa, haré ahora una exposición sobre las características que señala la Doctrina en relación a los Delitos contra la Moral Pública, para posteriormente realizar el análisis comparativo entre dichos delitos.

La Jurisprudencia ha señalado que la Moral Pública es "la que corresponde a la generalidad de los miembros de una sociedad determinada; se sobrepone a la moralidad individual, y en consecuencia no es lícito que se la ultraje - y ultrajarla es un delito" (15).

El Lic. Antonio de P. Moreno afirma que "la moral pública es el mínimo ético indispensable para la buena convivencia social, una condición esencial para la existencia moral de la sociedad, y es la norma mínima exigible, de las buenas costumbres sociales". (16)

El eminente jurista Raúl Carrancá y Trujillo, señala que: "la moral pública cuya concretización externa son las buenas costumbres constituye un concepto social autónomo, es decir, independiente de cada persona en particular. Partiéndose de una valoración intrínseca de los hechos, se termina en su proyección social; así se construye una valoración ético-social, o en otros términos normativos cultu-

rales, tal valoración esta sujeta al mínimo relativismo" .
(17).

Señala el penalista sudamericano Eusebio Gómez, que
"la moral pública es la moral media consistente en el conjunto de normas consuetudinarias de convivencia civil en relación a la sexualidad".(18)

La Lic. Marcela Martínez Roaro, señala que siendo -
la moral social el objeto jurídico tutelado en los delitos
contra la moral pública, y el término "obsenidad" esencial
en el mismo, llegamos a la conclusión de que nuestro Código
Penal en su art. 200 usa el término adecuado, obseno, y
no como en otros Códigos que usan el término de pornográfico". (19)

El autor argentino Sebastián Soler, señala que: "en
esta clase de delitos se tutela el pudor de manera impersonal
como bien social, consistente en el concepto medio de
decencia y de buenas costumbres, en cuanto se refiere a -
las cuestiones sexuales". (20)

Después de señalar los diversos criterios de los autores
citados en relación a la moral pública, es conveniente
tratar de hacer una interpretación de los comentarios -
emitidos. Es importante observar que todos los criterios -
convienen en que la moral pública es la moral social colectiva;
dicha aseveración es entendible ya que el hombre -
siendo gregario por naturaleza, requiere de la convivencia

con otros hombres, y de acuerdo al grupo humano que forma con los demás va fijando las reglas mínimas exigibles que permitan dicha convivencia, elaborándolas primero de acuerdo a valores éticos y posteriormente en función de costumbres sociales que cristalizan en Derecho, incluidas aquí - las relacionadas con su coexistencia sexual, toda vez que éstas se han de manifestar en un plano de libertad y respeto en relación al grupo social constituido. En cuanto a lo referido por la Lic. Martínez Roaro, se puede entender que lo obsceno es algo impúdico y ofensivo al pudor, por lo tanto cuando una expresión molesta, lesiona ofende o desagrade a quien la reciba, estaríamos ante lo obsceno; debemos señalar por importante, que es requisito esencial, que la conducta obscena sea dirigida a todos, es decir a la Sociedad en general, aún a aquellos que no desean percatarse de la misma, porque si una conducta obscena se realiza en privado, es claro que ya no ofendería la moral social colectiva, y estaríamos ante otro tipo de ilícitos.

Referidos los comentarios anteriores en relación a los delitos contra la moral pública, y tomando como base - las exposiciones de los Doctrinarios citados considero que es posible definir a la Moral Pública como:

El conjunto de reglas tradicionalistas en un lugar y en un momento determinado; que prescriben los límites de la conducta sexual, para que dicha conduc-

ta desplegada por las personas no ofenda a los demás.

Después de haber realizado un estudio general en relación a los delitos contra la moral pública y los delitos sexuales; y después de haber definido ambas entidades típicas, considero procedente realizar un estudio comparativo entre ambas a fin de conocer si es adecuada o no su actual clasificación en nuestro Código Penal vigente para lo cual es necesario recurrir a los Códigos Penales de 1871 y 1929.

El Código Penal Mexicano de 1871 reglamentaba bajo el Título VI de su Libro Tercero, "Los Delitos Contra el Orden de las Familias, la Moral Pública o las Buenas Costumbres", e incluía en capítulos diferentes los siguientes delitos:

- I.- Delitos contra el Estado Civil de las personas.
- II.- Ultrajes a la Moral Pública o a las Buenas Costumbres.
- III.- Atentados al Pudor, Estupro y Violación.
- IV.- Corrupción de Menores.
- V.- Rapto.
- VI.- Adulterio.
- VII.- Bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales.
- VIII.- Provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio.

Como se puede observar, bajo este título se encu-

draban formas muy variadas de acciones típicas, así mismo se observa que los bienes protegidos por la Ley Penal eran muy diversas especies, algunos concernientes a la libertad o seguridad sexuales, otros protegían las formalidades del matrimonio, otros la moralidad pública, otros la correctiformación sexual del menor, así como la prevención general de cualquier especie de delitos o vicios. Este Código no tipificaba el lenocinio.

El Código Penal de 1929, en su libro III, reglamentó en títulos separados los siguientes delitos:

Título VIII.- Los Delitos contra la Moral Pública.

- I.- Ultrajes a la Moral Pública y a las Buenas Costumbres.
- II.- Corrupción de menores.
- III.- Lenocinio.
- IV.- Provocación de un delito o apología de éste o de algún vicio.

Título XIII.- Los delitos contra la Libertad Sexual.

- I.- Atentados al pudor.
- II.- Estupro.
- III.- Violación.
- IV.- Rapto.
- V.- Incesto.

Título XIV.- Los Delitos cometidos contra la Familia.

- I.- Delitos contra el Estado Civil de las personas.
- II.- Abandono de hogar.
- III.- Adulterio.
- IV.- Bigamia u otros matrimonios ilegales.

Los legisladores de 1929, con mejor técnica hicieron una división tripartita de todos los delitos que el Código de 1871 reglamentaba en un solo Título, a excepción hecha de el lenocinio que en el anterior Código no estaba tipificado; en general se observa una mejor distribución de todos éstos delitos, salvo para el Título XIII de los Delitos, salvo para el Título XIII de los Delitos contra la Libertad Sexual, ya que en éstos no solo se atenta contra la libertad sexual, sino también contra la seguridad sexual como en los delitos de atentados al pudor cometidos en impúberes, el estupro, el rapto o la violación de impúberes, en cuanto al incesto, podríamos decir que el bien jurídico lesionado es el orden familiar. Nuestro Código Penal vigente, reglamenta en Títulos separados los delitos contra la moral pública y las buenas costumbres, (VIII); los delitos sexuales (XV); y, los delitos contra el estado civil y bigamia (XVI).

El Lic. González de la Vega, cita en su obra el Jurista Emilio Pardo Aspe, quién refiriéndose a la vigente reglamentación entre el Título de Delitos contra la Moral Pública y el Título de Delitos Sexuales expone:

"Las infracciones de esta doble categoría se agrupan, en los Códigos extranjeros, bajo un solo rubro. Nuestra Ley con mayor acierto, establece entre ellas una división bipartida, Delitos contra la Moral Pública y Delitos Sexuales" (21). Sigue afirmando el mentor Pardo Aspe, que "La Ley Penal no se propone mantener incólumes las virtudes, como lo serían la castidad, la pureza, etc., Esos valores pertenecen a la esfera de la religión y de la moral. El Derecho Penal tiene por objeto mantener el mínimo ético indispensable para la buena convivencia social y frente a él carecen de relevancia las acciones impúdicas o deshonestas, mientras no comprometan ni ataquen o lesionen determinados órdenes sociales. El objeto jurídico de estos delitos tiene como tutelar inmediato algunas veces a la sociedad; en otras, al hombre directamente. Por esa razón elogiamos la división que nuestro legislador establece entre los delitos contra la moral pública, cuyo sujeto pasivo es siempre la sociedad, y los llamados delitos sexuales, cuyo sujeto pasivo es siempre un individuo determinado, una persona humana" (22).

El jurista argentino Sebastián Soler, hace una distinción entre los delitos sexuales y los delitos contra la moral pública, y afirma: "en los primeros la Ley protege el pudor y la honestidad individual, en los otros la Ley protege el pudor público, que consiste en el concepto medio

de la decencia y de buenas costumbres" (23).

Por lo anteriormente expuesto y tomando en consideración las opiniones de los doctrinarios antes citados, - puede determinar que en los delitos contra la moral pública si bien encontramos un fondo sexual, no directamente - existe una acción típica de lubricidad, ni se lesionan bienes jurídicos tutelados relacionados con la vida sexual del ofendido. Apoyo finalmente la razonable opinión del Lic. - Pardo Aspe, en el sentido de que la diferencia entre los - delitos sexuales y los delitos contra la moral pública se debe a que en los primeros se atiende a un individuo determinado porque en su cuerpo siempre recae directamente la - acción típica criminal; en los segundos el sujeto pasivo - siempre es la Sociedad.

C).- DOCTRINA GENERAL DE LOS DELITOS SEXUALES.

Para precisar desde un punto de vista doctrinario a los delitos sexuales, seguiré el criterio del maestro González de la Vega, quien nos señala que deben existir en es tos ilícitos dos supuestos o condiciones:

- a) "que la acción típica del delito sea directa e - inmediatamente de naturaleza sexual;
- b) Que los bienes jurídicos dañados por esa acción - sean relativos a la vida sexual del ofendido "-

(24).

Analizando los supuestos anteriores, partiré de una breve exposición sobre los elementos principales que los integran: para el jurista Fernando Castellanos Tena, los elementos esenciales del delito son: Conducta, Tipicidad, antijuricidad y Culpabilidad, ésta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Estos elementos no guardan entre sí preferencia temporal, sino que al realizarse el delito, se dan todos sus elementos constitutivos; sin embargo, afirma el Lic. Castellanos Tena que "en un plano estrictamente lógico procede observar inicialmente si hay conducta: luego verificar su amoldamiento al tipo legal: Tipicidad: después de constatar si dicha conducta típica está o no protegida por un justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: Imputabilidad y, finalmente indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad." (25).

LA CONDUCTA

A este elemento objetivo se le ha designado de diversas maneras, algunos autores hablan de la acción en sentido estricto, y de la omisión, otros autores adoptan el término Conducta y, dentro de ésta incluyen tanto a la acción y a la omisión como al resultado. El Lic. Celestino -

Porte Petit elige el término Conducta o Hecho, y afirma - "Pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo. Originándose los delitos de mera-conducta y los de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo constituye una conducta o hecho humano. Y dentro de la prelación lógica ocupan el primer lugar, lo cual les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito.(26).

El Lic. Jiménez de Azúa, prefiere la expresión "Acto" y señala que por tal debe entenderse "La manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se espera dejándose inerte ese mundo externo cuya mutación se aguarda" (27).

El penalista Castellanos Tena, prefiere el término-Conducta, pues señala que: "dentro de él se pueden incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo". - (28).

Como se puede apreciar, cada autor al referirse al primer elemento objetivo del delito usa el vocablo que valora más adecuado para el estudio de tal elemento; nosotros entendemos que podemos hablar de acción, acto o conducta como comportamientos humanos positivos o negativos - destinados a un propósito y que comprenden la acción, la omisión y la comisión por omisión. En cuanto al hecho, po

demos decir que es la conducta encaminada a un resultado material. En otras palabras, puedo decir que la conducta es un elemento del hecho, cuando según la descripción del tipo, trae consigo un resultado material. Necesariamente, para hablar de hecho se debe hablar de conducta, resultado y nexo causal, pues la conducta sería la acción del sujeto el resultado; la violación del bien jurídico tutelado por la Ley Penal y, el nexo causal, son todos los factores que intervienen en la causa para obtener el resultado material; por consiguiente si no hay resultado material, no se integra el hecho; ahora bien, podemos hablar del vocablo conducta, cuando el tipo solo exige un acto o una omisión, es decir, los delitos de simple actividad o inactividad que no produzcan un resultado material sino sólo un resultado-jurídico.

La conducta también llamada acto o acción, en sentido amplio puede manifestarse mediante actividades voluntarias o por inactividades; en otras palabras por actos o abstenciones.

El acto o la acción en sentido estricto es todo hecho humano voluntario, encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca dicha modificación. En otras palabras es la manifestación de voluntad externa del sujeto para la realización del delito. Tratándose de delitos de acción por su naturaleza sabemos que por estos se -

viola una ley prohibitiva. (29).

Frente a la acción como conducta positiva, podemos encontrar a la omisión que consiste en no hacer, es decir una conducta negativa, la omisión radica en abstenerse de obrar toda vez que se deja de hacer lo que se debe ejecutar, o como lo señala el penalista Pavón Vasconcelos la omisión consiste en "la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal". (30).

La omisión puede presentarse en dos formas:

a).- La omisión simple o propia.

b).- La omisión impropia o Comisión por omisión.

El Lic. Celestino Porte Petit señala como elementos de la omisión simple o propia los siguientes:

a).- Voluntad o no voluntad (delitos de olvido).

b).- Inactividad y,

c).- Deber jurídico de obrar con una consecuencia consistente en un resultado típico.

Y agrega que la omisión simple "consistente en un no hacer, voluntario o culposo violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico". (31).

En los delitos de omisión simple o propia la conducta se adecua al tipo con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. Por medio de la omisión se viola una ley dispositiva.

En los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión encontramos su esencia en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer trae como consecuencia la violación de una ley prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material, el Lic. Cuello Calón expresa atinadamente que los delitos de omisión impropia "consisten en producir un cambio en el mundo externo, mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer" (32).

Señala el Lic. Pavón Vasconcelos que los elementos de la omisión impropia son los siguientes:

- "a).- Voluntad (no conciente de los delitos de olvido).
- b).- Inactividad o no hacer, cuya relevancia jurídica se encuentra en la acción esperada y exigida y,
- c).- Un deber de obrar y un deber jurídico de abstenerse que resultan violados".

El resultado, cuya diferencia precisamos en relación con la omisión simple o propia constituye la consecuencia de la inactividad expresión física de la conducta" (33).

Una vez más se puede hacer mención de los criterios que usan algunos autores para designar el primer elemento objetivo del delito como conducta o hecho, algunos afirman que en la omisión propia o simple, tal elemento es sólo la conducta, en tanto que en los delitos de comisión por omisión o de omisión impropia se trata de un hecho, pues en -

estos se encuentran la conducta, el resultado y el nexo causal.

Como se puede observar en los delitos de omisión simple y en los de comisión por omisión, se presentan ciertas similitudes, pero al mismo tiempo diferencias esenciales; - en los delitos de omisión simple o propia sólo encontramos la violación de la norma que ordena, en éstos el sujeto no hace lo mandado; en los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión se violan dos normas: una dispositiva - que es la que impone el deber de obrar y, otra prohibitiva, que es la que sanciona las causas del resultado material penalmente tipificado. En la omisión simple sólo encontramos un resultado jurídico; en la omisión impropia uno jurídico y otro material. En los delitos de omisión simple la conducta se adecúa al tipo con la inactividad o el no hacer; en los de omisión impropia, el tipo se colma cuando por la inactividad surge el resultado material.

El delito sexual, lleva ligado forzosamente una acción voluntaria positiva y manifiesta del sujeto activo, - con una finalidad lúbrica, pudiendo entenderse ésta como - aquella conducta que nacido de la lujuria, tiende a despertar el íbido del delincuente para ejecutar en el sujeto pasivo o haga ejecutar en éste actos de naturaleza sexual, en los que el sujeto activo satisfaga sus instintos sexuales. Nos parece imposible hablar en este tipo de ilícitos de la-

omisión simple o de la omisión impropia, toda vez que la forma omisiva es una abstención, por consiguiente, en los delitos sexuales siempre encontraremos una forma positiva, en otras palabras, una conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado.

Consideraciones sobre la tipicidad como elemento positivo del delito en los ilícitos que se estudian. Para hablar de la tipicidad es menestar definir previamente el tipo, para posteriormente hacer el estudio del elemento citado.

Hemos mencionado que para que exista un delito es necesario una conducta o un hecho humano, en contraposición no toda conducta o hecho humano es delictivo; se precisa que dicha conducta o hecho sea típico, antijurídico y culpable. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, sin cuya concurrencia no se configura, ya que como sabemos nuestra Constitución en el párrafo segundo de su Artículo 14 establece en forma expresa:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata" (34). Lo cual significa que no existe delito sin tipicidad. (35).

El penalista Fernando Castellanos Tena, define el tipo como: "la conducta legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales". (36).

Para el maestro Pavón Vasconcelos el tipo es: "la descripción concreta hecha por la Ley de una conducta en la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal". (37).

Podemos encontrar tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito, en éstos casos, sí podríamos hablar de la descripción legal de un delito. No obstante, existen también tipos en los cuales la Ley sólo se limita a formular la conducta prohibida o también ordenada como en los delitos omisivos, en éste caso no puede hablarse estrictamente de una descripción del delito, sino de una parte del mismo. Lo que sí no puede variar es la descripción del comportamiento antijurídico a menos que opere una causa de justificación. El profesor Mariano Jiménez Huerta, define al tipo como: "El injusto recogido y descrito en la Ley Penal" (38).

El Lic. Castellanos Tena, agrega: "El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete el que priva de la vida a otro". (39).

Interpretando el criterio de los Juristas antes citados, puedo definir al tipo como:

La descripción que de la conducta ilícita hace el legislador, plasmándola en la Ley Penal.

En cuanto al elemento tipicidad existe en su mayoría un criterio uniforme con respecto a su concepto, tan es así que para el maestro Pavón Vasconcelos se entiende por tipicidad; "dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta, un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa" (40).

Para el maestro Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación al tipo que se resume en la fórmula: NULUM CRIMEN SINE TIPO. (41).

Para el maestro Castellanos Tena, 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. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa." (42).

Cuando no se integran todos los elementos descriptos en el tipo legal, la conducta no es típica y por lo tanto jamás podrá ser delictiva. Nunca debe confundirse el tipo con la tipicidad, al respecto señala el Maestro Pavón Vasconcelos: "El tipo es la creación legislativa; es 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". (43)

Una vez que se sabe ya cuál es la acción y la tipicidad, hablaré de la acción típica de los delitos sexuales

referida en el primer supuesto mencionado por el maestro - González de la Vega, y puedo decir que los actos constitutivos de estos ilícitos se han adaptado a los tipos respectivos.

Se puede considerar que la conducta es típica cuando ésta encuadrada en la descripción formulada por el Le - gislador en los artículos que integran el Capítulo de los Delitos Sexuales.

LA ANTIJURICIDAD.

Se han empleado en forma sinónima los términos Antijurídico, injusto e ilícito en el lenguaje jurídico pe - nal. En opinión del Lic. Pavón Vasconcelos, la antijuricidad es: "Un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al Derecho" (44).

El Lic. Forte Petit argumenta " que se tendrá como antijurídica una conducta adecuada al tipo cuando no se - prueba la existencia de una causa de justificación" (45).

A su vez el Lic. Castellanos Tena, afirma que: "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no se en - cuentra protegida por una causa de justificación".(46).

En general los autores muestran un juicio de con - formidad al afirmar que la antijuricidad es un desvalor ju - rídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho. (47).

Encontramos en la Doctrina con Franz Von Liszt una estructura dualista de la antijuricidad, en la cual se fija una diferencia esencial entre la antijuricidad formal y la antijuricidad material. Para el citado doctrinario, la antijuricidad es formal cuando el sujeto contraviene la Ley del Estado; y, la antijuricidad será material cuando altera o contraviene el orden social. A su vez el Jurista Cuello Calón afirma que hay en la antijuricidad un doble aspecto: "La rebeldía contra la norma jurídica es decir la antijuricidad formal, y el daño o perjuicio social que es causado por esa rebeldía, que viene siendo la antijuricidad material. (48).

La antijuricidad implica una oposición objetiva con el Derecho, como sabemos el Derecho Penal tiene como misión la protección de determinados valores o intereses, por lo que resulta evidente que, en lo general, la contravención a la Ley constituye ataques a bienes jurídicos tutelados.

En los delitos sexuales encontramos la antijuricidad formal cuando el sujeto activo infringe en abstracto lo establecido por la Ley Penal; y encontramos la antijuricidad material al ser lesionados los bienes jurídicamente protegidos por la norma, los cuales son: la libertad y la seguridad sexuales.

Puedo señalar finalmente que el hecho de que la -

acción sea antijurídica nos permite entender, que las conductas desplegadas a una actividad de naturaleza sexual, - tienen que ser contrarias al Derecho y por lo tanto no autorizadas de manera alguna por el Estado; así mismo, en - los delitos sexuales encontramos la violación a los bienes jurídicos relativos con la vida sexual del ofendido por medio de una conducta típicamente antijurídica.

LA CULPABILIDAD.

Para el Lic. Sergio Vela Treviño, la Culpabilidad es: "el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente adecuado a la norma" (49).

Señala el Lic. Pavón Vasconcelos que en sentido amplio la culpabilidad es: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (50).

El profesor Ignacio Villalobos expresa con acierto "La culpabilidad genéricamente es el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones - que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia y desatención, nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, - en la culpa". (51).

El citado, autor indica que se reprocha el acto culpable, en virtud de que al ejecutarlo se da preponderancia a intereses personales sobre los de la solidaridad social - en concurso, y porque teniendo obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expresión individual y todo el cuidado necesario para no causar daños, se desconoce o se posterga ese deber, queriendo solo disfrutar de los Derechos y beneficios brindados por la organización - sin prescindir en nada de cuánto dicta el capricho o el deseo, aún con perjuicio de los demás hombres y como si el agente sea único digno de merecer. (52). Algunos Autores señalan la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, y constituye la capacidad del sujeto para querer y entender en el campo penal.

Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica sino además requiere como presupuesto - ineludible que sea culpable. Según Cuello Calón, se considera culpable una conducta "Cuando a causa de las relaciones - psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.". (53).

Para el jurista Castellanos Tena, la culpabilidad es "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (54) La culpabilidad es un elemento subjetivo interno del sujeto por eso la palabra emotivo, será un querer del sujeto.

La palabra intelectual es el conocimiento que tiene el sujeto de que va a violar una disposición legal.

En la Doctrina surgen dos teorías para explicar la Culpabilidad:

1.- La teoría psicologista o psicológica.

2.- La teoría normativista o normativa.

1.- La teoría psicológica, dice que la culpabilidad se funda en relación subjetiva que existe entre el sujeto y el resultado.

2.- La teoría normativa.- Se funda en el Juicio de reproche, es decir en la reprochabilidad que se le hace al sujeto que ejecuta el acto.

Para el Psicoanalismo la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

Formas de Culpabilidad.

Podemos señalar entonces, que se puede distinguir - mediante una determinada intención delictuosa, o por no tomar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida en sociedad. Hay quién habla también de una - tercera forma de la culpabilidad, la preterintencionalidad que es cuando el resultado de la acción delictiva sobrepasa a la intención del sujeto.

En nuestro Código Penal vigente se incluyen las -

tres formas de la Culpabilidad, sí señala en su Artículo - 89 que: "Los delitos pueden ser: I.- Intencionales; II.- - No intencionales o de Imprudencia; III.- Preterintenciona- les." (55).

Y en su artículo 92 describe cada una de éstas for- mas.

Al respecto el maestro Castellanos Tena sostiene:- "No es posible hablar de una especie de la culpabilidad - participante a la vez de las esencias del dolo y de la cul- pa; ambas formas se excluyen. Para la existencia del prime- ro precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada, o eventualmente, mientras la segunda se configura cuando se- obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste- se realiza por la conducta imprudente, imperita, o negli- gente del autor. En estas condiciones, es difícil admitir- subjetivamente la mezcla de ambas especies. Lo cierto es - que el delito, o se comete mediante dolo, o por culpa; pe- ro tratándose del primero, puede haber un resultado más - allá del propuesto por el sujeto, y en la segunda, mayor - de lo que podía racionalmente preverse y evitarse." (56).

ELEMENTOS DEL DOLO .

- 1.- Elemento ético.
- 2.- Elemento Volitivo o emocional.

- 1.- Elemento ético.- Lo constituye por la conciencia de que se quebranta un deber.
- 2.- Elemento Volitivo o Emocional.- Lo constituye la voluntad del sujeto de ejecutar el acto.

ELEMENTOS DE CULPA.

- 1.- Voluntad.- Consistente en un actuar positivo o negativo.
- 2.- Que esa conducta voluntaria vaya encaminada en no tomar las precauciones debidas emitidas por el estado.
- 3.- Los actos han de ser previsibles y evitables, y tipificarse penalmente.
- 4.- Que exista un nexo de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

Si el resultado es querido o aceptado, sea directa indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de un delito doloso. (57)

Lo expuesto anteriormente creo es suficiente para entender que en los Delitos Sexuales, necesariamente se da la forma dolosa de la culpabilidad, toda vez que sería absurdo llegar a suponer que pudiérase darse alguno de ellos de manera culposa; por lo tanto se debe afirmar que el sujeto activo siempre tiene el ánimo y la voluntad de violar la norma.

Para dar fin a éste capítulo, diré que en los Delit

tos Sexuales se requiere que la acción corporal de lubricidad produzca una lesión a intereses protegidos por la norma penal, que además atañen a la vida sexual del ofendido. Los bienes jurídicos susceptibles de lesión por la manifestación de la conducta típica, antijurídica y culpable del delincuente, pueden ser, según el delito sexual de que se trate, relativos a la libertad o seguridad sexual de la víctima. En el primer caso se identifica en que el ataque a la libertad sexual será el impedimento que se haga contra la independiente decisión de la persona en sus relaciones sexuales; mientras que el atentado contra la seguridad sexual, se basa en insinuaciones o engaños, buscando obtener un temprano despertar en los instintos sexuales.

- (1) CARBONERA ANILIZONDI, GREGORIO.- APUNTES INTODUCCION DE DERECHO PENAL.- Cárdenas Editor y Distribuidor. Segunda Edición México, 1976. pág. 147.
- (2) GONZALEZ BLANCO ALBERTO.- DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.- Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición. México, 1974. pág. 24.
- (3) IBIDEM, Pág. 25.
- (4) MARTINEZ ROANO, MARCELA.- DELITOS SEXUALES.- Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición, México, 1985. pág. 173.
- (5) De P. MORLINO ANTONIO.- CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México, 1968.- pág. 237.
- (6) JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- DERECHO PENAL MEXICANO.- Tomo III Ed. Porrúa, S.A. Cuarta Edición.- México, 1982.- pág. 217.
- (7) PORTE PERIT CANDAUAP, CELESTINO.- ENSAYO DOCTRINARIO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION.- Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición.- México, 1931. pág. 9.
- (8) MAGGIORE, GIUSEPPE.- DERECHO PENAL.- (PARTE ESPECIAL)- Tomo IV. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. -- 1972, pág. 51.
- (9) ROJAS PEREZ PALACIOS, ALFONSO.- SEXO Y DELITO.- Joaquín Porrúa, S.A. de C.V., Colección de Textos Universitarios. Edición 1982. México, pág. 91.
- (10) CUELLO CALON, EUGENIO.- DERECHO PENAL.- Tomo II (Parte Especial).- Décimocuarta edición Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1975 pág. 582.
- (11) ROJAS PEREZ PALACIOS, ALFONSO. OB. CIT. P. 92.
- (12) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- DERECHO PENAL MEXICANO.- Editorial Porrúa, S.A. Decimosexta Edición. México, pág. 306.
- (13) CFR. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. OB. CIT. P. 311.
- (14) IBIDEM, P. 312.
- (15) CARRANCA Y CRUJEIRO, RAUL.- CÓDIGO PENAL ANOTADO.- Editorial Porrúa, S.A. Décima Edición. México. 1983 - pág. 433.

- (16) DE P. MORENO, ANTONIO. OB. CIT. P. 330.
- (17) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- OB. CIT. P. 431.
- (18) GOMEZ, EUSEBIO.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo III-
Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires. 1940 p.
233.
- (19) CFR. MARTINEZ NCARO, MARCELA.- OB. CIT. P. 126.
- (20) SOLER, SEBASTIAN.- DERECHO PENAL ARGENTINO.- Tomo III
Tipográfica Editora Argentina Segunda Edición Buenos-
Aires. 1963. pág. 336.
- (21) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- OB. CIT. P. 309.
- (22) IBIDEM, P. 310.
- (23) SOLER, SABASTIAN.- OB. CIT., P. 332.
- (24) CFR. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. OB. CIT. P 306.
- (25) CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- LINEAMIENTOS ELEMENTALES
DE DERECHO PENAL.- Décimo Tercera Edición. Editorial-
Porrúa, S.A. 1979. pág. 132.
- (26) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- MANUAL DE DERECHO PE-
NAL MEXICANO.- Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición.
México. 1978. pág. 173.
- (27) IBIDEM, P. 174.
- (28) CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- OB. CIT. P. 147.
- (29) CFR. CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- OB. CIT. P. 152.
- (30) PAVON VASCONCELOS.- OB. CIT. P. 190.
- (31) CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- OB. CIT. P. 153.
- (32) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- OB. CIT. P. 192.
- (33) IBIDEM, P. 192.
- (34) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
73a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1905. pág. 13.
- (35) CFR. CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- OB. CIT. P. 165.
- (36) IBIDEM, P. 165.

- (37) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- OB. CIT. P. 259.
- (38) CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- OB. CIT. P. 166.
- (39) IBIDEM, P. 166.
- (40) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- OB. CIT. P. 277.
- (41) CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- OB. CIT. P. 166.
- (42) IBIDEM, P. 166.
- (43) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- OB. CIT. P. 277.
- (44) IBIDEM, P. 202.
- (45) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- OB. CIT. P. 202.
- (46) CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- OB. CIT. P. 176.
- (47) CFR. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- OB. CIT. P. 283.
- (48) CFR. CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- OB. CIT. P. 170.
- (49) VELA TREVIÑO, SERGIO.- CULPABILIDAD E INculpABILIDAD. Editorial Trillas. México, 1973. pág. 200.
- (50) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- OB. CIT. P. 347.
- (51) VILLALOBOS, IGNACIO.- DERECHO PENAL MEXICANO.- Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición.- México, 1960. pág. 272.
- (52) CFR. IBIDEM, P. 272 y sigs.
- (53) CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- OB. CIT. P. 231.
- (54) IBIDEM, P. 232.
- (55) GUERRA AGUILERA, JOSÉ CARLOS.- CODIGO PENAL FEDERAL.- Editorial Pac. S.A. Tercera Edición. México, 1907 p.5.
- (56) CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- OB. CIT. P. 237-238.
- (57) CFR. IBIDEM, P. 247.

CAPITULO TERCERO
CRITICA A LA DENOMINACION DEL DELITO
DE ATENTADO AL PUDOR.

- a).- Concepto de Pudor

- b).- La represión no tiene como fin proteger el pudor, sino la libertad o la Seguridad Sexual.

- c).- Opinión crítica.

A) CONCEPTO DE PUDOR.

La denominación empleada por nuestro Código para esta infracción penal de "Atentados al Pudor" me lleva a preguntarme si será necesaria la concurrencia del mismo en el agente pasivo, pero ¿el pudor es un sentimiento común en las personas antes de haber llegado a la pubertad?. La respuesta la encontramos en el concepto que del pudor tenemos.

El diccionario nos da una respuesta muy concisa en relación al pudor: así tenemos que pudor significa:

"HONESTIDAD, MODESTIA, RECATO" (1).

Para el Jurista González de la Vega el pudor individual "es un sentimiento adquirido en el curso de la vida humana y que puede desaparecer total o parcialmente después de formado, consistente en la ocultación y vergüenza de los órganos sexuales, de sus atributos y, en general, de todo lo que representa una actividad lúbrica". (2).

El pudor en mi concepto es un sentimiento adquirido durante la vida del sujeto, no innato en él, que consiste en la vergüenza y en el deseo de ocultación de todo lo que se refiere a la sexualidad, los atributos de esos órganos y todo lo que tiene referencia a la conducta sexual.

Se dice que este sentimiento no es innato como lo demuestra la simple observación de que niños de corta edad

no poseen ese sentimiento del pudor; ellos exhiben sin vergüenza alguna, con la mayor naturalidad, sus órganos sexuales y hacen referencia continua a ellos; no es sino a través de la censura en forma de educación como se va formando en ellos el sentimiento de pudor.

Son pues factores de orden social los que van formando en las personas ese sentimiento de ocultación y vergüenza. Los orígenes de esas causas sociales que van formando el sentimiento del pudor son muy variadas, pues pueden ser prejuicios de orden religioso, moral o estético.

Cualquiera que sea la causa de la formación del pudor, a mi juicio solo se ha de conservar esta idea: es un sentimiento de ocultación, de vergüenza en lo referente a la sexualidad.

B) LA REPRESION NO TIENE COMO FIN PROTEGER EL PUDOR, SINO LA LIBERTAD O LA SEGURIDAD SEXUAL.

En el punto anterior señale cual es el concepto del pudor, ahora trataré de comprobar que el fin del Derecho - en esta infracción no es la represión por la ofensa al pudor, sino que lo que la norma protege es la libertad y la seguridad sexuales.

Si atendiéramos exclusivamente al Título de este delito, concluiríamos que el bien jurídico tutelado es el pudor, pero sería un error basarnos únicamente en la designa-

ción del mismo.

El Lic. Mariano Jiménez Huerta afirma al respecto - que: "el bien jurídico tutelado en el delito de atentados al pudor es la libertad de amar, pues aunque la propia denominación del delito pudiera hacer creer, a prima facie, - que el interés vital protegido es el pudor, esto no es más que un espejismo engañoso que se esfuma tan pronto se tiene en cuenta que el delito puede también cometerse sobre - impúberes esto es, sobre personas en las que todavía no ha surgido la sensación del pudor". (3)

Al respecto también señala el Lic. Cardona Arizmendi que en este delito a primera vista el bien jurídico tutelado es el pudor, pues "si vemos los elementos que constituyen este figura nos damos cuenta que las personas que carecen de pudor, como es el caso de una prostituta, pueden ser sujetos pasivos del delito, cuando la conducta se realice sin su consentimiento." (4).

El Código actual a diferencia del Código Penal de - 1871, no se preocupa en tutelar el sentimiento del pudor, - creemos que es correcto, ya que este delito puede recaer - en personas impúdicas.

Tratándose de adultos el delito puede recaer como dijimos antes en personas impúdicas, y no por que el sujeto sea impúdico deja de merecer la protección legal. Por ejemplo, una prostituta a la que en la vía pública se le hacen-

caricias libidinosas habrá perdido el pudor por su corrupción sexual, pero no ha perdido el supremo derecho a la libertad sexual, pues ninguna prostituta está a la orden de los caprichos de cualquiera para que realicen en ella actos de sexualidad.

Si el agente pasivo es una persona que carece de pudor, no tiene sentido decir que se ha atentado contra algo que carece. Y no sería válido argumentar que tratándose de personas impúdicas, considerándolas como agentes pasivos del delito no se configura; el legislador no puede haber sancionado tal necesidad, en primer lugar por que los términos de la redacción no permiten esa conclusión y, además, por lo que el ser más carente de pudor, la persona menos honesta, no por el hecho de serlo pierde el derecho a la protección de su libertad sexual por parte del Estado. Por lo tanto reafirmamos que la libertad y la seguridad sexuales más que el pudor, son los bienes jurídicos por este precepto legal protegidos.

Llevado el estudio hasta el plano modelado en líneas anteriores, puedo afirmar, aceptando la opinión del Lic. - González de la Vega, que los objetos de la tutela penal, pese a la denominación del delito como atentados al pudor son: el derecho a la libertad sexual de los púberes, violentado por las acciones registradas sin su consentimiento; la seguridad sexual y el interés social de impedir la

corrupción prematura de los impúberes, favorecida por la --
ejecución de actos libidinosos consentidos o no por ellos.

C) OPINION CRITICA.

Como pretensión fundamental de éste trabajo ha quedado demostrado que el legislador erró en la denominación del tipo en estudio, en primer lugar, encontramos un pro-blema que es necesario señalar, por que puede dar origen a equivocarnos y es el nombre legislativo que se da a esta infracción: Delito de atentados al pudor. La expresión es totalmente incorrecta. Claro que este es un problema norma-tivo; pero es necesario señalarlo para evitar confusiones en la interpretación del tipo.

Evidentemente esta infracción está mal denominada; su nombre no corresponde a la descripción de la figura jurídica.

En Códigos Mexicanos como el de 1871 si correspondía, ya que describía al tipo más o menos así; Al que sin consentimiento de púber, o aún con el consentimiento de in-púber, realice en el un acto contrario al pudor, se le san-cionará de tal manera. En la actual legislación no se em-plean esas expresiones, sino que se dice: "... ejecute... un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmedia-to de llegar a la cópula..." como se puede observar, no se trata de proteger el sentimiento de pudor, como parecería sugerirlo el Código de 1871; ahora se trata de proteger, -

según hemos visto; la libertad sexual de los que ya adolescieron sexualmente, o la seguridad sexual de los que aún no adolescen, y no el sentimiento del pudor. Luego entonces el delito esta mal denominado.

Lo que en verdad se protege en el delito de atentados al pudor, es la libertad sexual en los púberes en cuanto al interés del ser humano a que nadie sin su consentimiento, realice sobre supersona actos de naturaleza sexual, pues dichos actos lesionan su libertad sexual de tener relaciones amorosas con quien libremente determinen. Pero la tutela penal también se extiende a los actos de igual naturaleza ejecutados sobre impúberes, aunque estos consientan, claro es que este consentimiento es inválido proveniente de personas que aún no adolescen sexualmente y carecen además de capacidad jurídica. En este caso se tutela la seguridad sexual digna de igual o mayor protección que la libertad sexual.

Es claro entonces que el pudor no es el bien jurídico tutelado por la Ley Penal, pues como ya he señalado aún las personas que carecen de pudor son dignas merecedoras de la protección del Derecho, por lo que considero que es más correcto denominar esta infracción como "actos libidinosos" denominación nada nueva ya que existen algunos Códigos Penales Estatales que los contemplan así, como por ejemplo el Código Penal vigente del Estado de México que señala:

ART. 275.- " Se impondrán de tres días a un año de prisión y de tres a setenta y cinco días de multa, la que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de este última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula. Se impondrán de seis meses a dos años de prisión y de seis a ciento cincuenta días de multa, si se hiciere uso de la violencia física o moral". (5).

1.- Para poder denominar a un delito como sexual deberán presentarse las siguientes condiciones:

a) Que la conducta delictiva, o las acciones por el delincuente sean directamente actos de lubricidad que puedan ser desde la simple caricia erótica hasta las cópulas normales o anormales.

b) Que esa conducta erótica lesione o comprometa intereses jurídicos del ofendido relacionados con su vida sexual.

En pocas palabras se denominará Delito Sexual a aquel en que la conducta del delincuente consista en actos corporales de lubricidad que produzcan como resultado la lesión de libertad o seguridad sexual del ofendido.

2.- Nuestra legislación con acierto establece una división bipartita en cuanto a los delitos contra la moral pública y los Delitos Sexuales.

La diferenciación entre los Delitos Sexuales y los delitos contra la moral pública se debe a que en los prime

ros se atiende a un individuo determinado por que en su cuerpo siempre recae directamente la acción típica criminal; en los segundos el sujeto pasivo siempre es la sociedad.

Y aún cuando en los delitos contra la moral pública si bien podemos encontrar un fondo de naturaleza sexual, directamente no existe una acción típica de lubricidad ni se lesionan los bienes jurídicos tutelados relacionados con la vida sexual del ofendido.

3.- El tipo que contiene el Código Penal vigente - denominado como "atentados al pudor" es un tipo puramente sexual, ya que en la comisión del mismo encontramos una conducta erótica que lesiona los bienes jurídicamente tutelados por la ley penal y que tiene estricta relación con la vida sexual del ofendido.

4.- El antecedente histórico del tipo Penal de atentados al pudor lo encontramos en el Código Penal de 1871, - en el cual podemos observar deficiencias y lagunas legislativas muy palpables tales como el determinar la protección penal a las personas susceptibles de sentir ofendido su pudor.

5.- En el Código Penal de 1929 "subsana" estas deficiencias y lagunas legislativas al modificar la descripción del tipo señalando la conducta erótica sexual del infractor, así mismo tiene el acierto de incluir a los impúberes, los que dada su inexperiencia sexual son dignos de

una mayor protección, preservándolos de una prematura co-
rrupción sexual.

6.- El Código Penal vigente nos da una definición --
formal que viene siendo la descripción del comportamiento-
antijurídico; de esta descripción podemos desprender cua-
tro elementos constitutivos de este tipo penal que son:

- a) La ejecución de un acto erótico sexual distinto al ayu-
tamiento.
- b) La ausencia de propósito directo e inmediato de llegar-
a la cópula.
- c) Sujetos activo y pasivo.

Variante según sea puber o impuber el ofendido.

- d) El ánimo de lubricidad.

7.- En cuanto al primer elemento se debe destacar que
la frase erótico sexual resulta redundante, toda vez que -
lo erótico es la expresión natural de lo sexual, es decir-
los gustos de los sentidos a un apetito carnal, por ende -
la intención psicológica del agente activo es realizar los
manejos lúbricos en el cuerpo del ofendido.

8.- Para la comisión del delito de atentados al pudor,
se necesita una acción de tipo lúbrica ejecutada en el --
cuerpo del ofendido o que a este se le haga ejecutar en el
cuerpo del delincuente por lo que determinamos que es un -
delito corporal en el sentido de que siempre significa un-
tocamiento lúbrico.

9.- En relación al segundo elemento, constitutivo de

esta infracción penal, debe tratarse de un acto lúbrico in completo, tanto desde el punto de vista material de los he chos, como desde el punto de vista subjetivo del propósito perseguido por el sujeto activo.

10.- El Delito de atentados al pudor ha de ser una acción lúbrica incompleta materialmente, es decir esa acción no debe llegar a la realización de un coito sea normal o contra natura, en cuanto a la intención o finalidad que pretenda el sujeto activo debe estar precisamente el no materializar dichas acciones, pues si estas se materializan desaparecería el delito de atentados al pudor, surgiendo quizá otra infracción más grave, si se reúnen las restantes constitutivas de esas otras infracciones.

11.- Para la integración del delito de atentados al pudor se requiere que el acto erótico se ejecute:

- a) Sin consentimiento de persona púber.
- b) Con o sin consentimiento de persona impúber.

12.- La ejecución del acto erótico sobre púberes debe realizarse sin su consentimiento, ya que si el púber acepta voluntariamente sea en forma tácita o expresa la infracción sería atípica.

En cuanto a el atentado al pudor realizado en impúberes, con o sin su consentimiento, el tipo se integra, ya que por su corta edad y escaso desarrollo fisiológico ni son aptos para las funciones sexuales externas y menos pa-

ra emitir un consentimiento válido y conciente.

Nuestra legislación con mucho acierto procura darle mayor protección a estos sujetos, ya que estos actos lascivos que pudieran ser ejecutados en su persona ocasionan verdaderos traumas psicológicos que los lesionarían permanentemente, además es claro el interés del Estado de impedir la corrupción de impúberes.

13.- El cuarto y último elemento constitutivo, el ánimo de lubricidad no se incluye en la descripción del tipo, sin embargo al decir erótico sexual no puede ir desprovisto del ánimo de lubricidad, que se puede definir como: La intención del sujeto activo de obtener una satisfacción erótica sexual en la realización del delito.

14.- Puedo afirmar que el objeto de la tutela penal en los atentados al pudor realizados en impúberes es su seguridad sexual, es decir evitar los actos lascivos facilitadores de una prematura corrupción en individuos que por su corta edad y su escaso desarrollo fisiológico no son aptos para las funciones sexuales externas ni para emitir consentimiento válido.

15.- El objeto de la tutela penal en los púberes es su libertad sexual, lo que la norma protege es el derecho subjetivo a la libre determinación de la conducta erótica, lo que interesa al legislador es proteger su libertad sexual.

16.- En cuanto a la denominación empleada por nues-

tra legislación para esta infracción de "atentados al pudor" considero que es errónea, pues el delito puede recaer en personas impúdicas y no por el hecho de serlo dejan de merecer la protección legal, por lo tanto no se atenta contra el pudor de una persona si no lo que se lesiona es su seguridad sexual o su libertad sexual según sea el caso.

17.- En base a los puntos anteriores considero errónea dicha denominación, pues evidentemente su nombre no corresponde a la descripción de la figura jurídica, pues el fin del derecho no es proteger el sentimiento del pudor como lo sugería el Código Penal de 1871, lo que la norma trata de proteger es la libertad sexual de los púberes y la seguridad sexual de los impúberes, por lo que considero que esta infracción se debe denominar "actos libidinosos" ya que esta denominación es la adecuada para todo lo analizado en líneas anteriores, ya que acto libidinoso es:

"Aquel medio de excitación sexual en el que se ejecutan maniobras eróticas sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, así mismo el término libidinoso contiene la significación de Lasciva y lujuria que quieren decir el apetito desordenado por los placeres sexuales".

18.- Para finalizar esta opinión es menester señalar que la denominación del rubro "Delitos Sexuales" a mi

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

juicio debe ser reformada y denominar este capítulo como "Delitos contra la seguridad y la libertad sexuales", ya que en nuestra actual legislación el término "Delitos Sexuales" no trascienda el bien jurídico protegido, haciendo referencia fundamentalmente al móvil o hecho que los motiva, toda vez que encontramos una serie de ilícitos que tienen relación con conductas de tipo sexual, pero donde el objeto de la tutela es diferente a la libertad o seguridad sexual, que es lo que se protege en la comisión de estas conductas delictivas.

- (1) ENCICLOPEDIA SALVAT, DICCIONARIO.- OB. CIT. P. 2754.
- (2) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- OB. CIT. P. 354.
- (3) JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- OB. CIT. P. 229.
- (4) CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE.- OB. CIT. P. 149.
- (5) CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MEXICO.- Editorial Teocalli, México, 1986. P. - 89.

CAPITULO CUARTO

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ESTUPRO.

- a).- Concepto
- b).- Elementos
- c).- Conducta
- d).- Clasificación en cuanto al resultado
- e).- Seducción y Engaño
- f).- Elementos del Tipo:
 - 1.- Bien jurídico protegido
 - 2.- Objeto material
 - 3.- Sujeto Activo
 - 4.- Sujeto Pasivo
- g).- Elementos Normativos: Castidad y Honestidad
- h).- Mínimo y Máximo de edad en el sujeto pasivo
- i).- Comprobación de la edad de la ofendida
- j).- Clasificación del estupro en orden del tipo
- k).- Atipicidad
- l).- Culpabilidad

m).- Inculpabilidad

n).- Querrela

o).- Reparación del daño

p).- Similitudes entre estupro y violación

q).- Diferencias entre estupro y violación

A).- CONCEPTO

"Carrara define el estupro como el conocimiento carnal de mujer libre y honesta, precedido por seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia" (1)

Podríamos definir el estupro como la cópula normal consentida, en mujer menor de dieciocho años y no menor de doce, sin madurez de juicio en lo sexual.

B).- ELEMENTOS

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que los elementos del delito de estupro son:

- 1.- tener cópula con una persona;
- 2.- menor de 18 años
- 3.- casta y honesta
- 4.- obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o el engaño.

C).- CONDUCTA

El elemento objetivo consiste en la cópula normal, sin que dejemos de recordar que para otros, la cópula puede ser también anormal. Manfredini ha dicho que "la conjunción carnal no es solamente la unión de los sexos sino también el acoplamiento contra natura" . Y Ure manifiesta que "se niega por algunos que la vía antinatural pueda dar lugar al delito de estupro, fundándose los que-

así opinan en que la aceptación de esa especie de relación sexual revela ausencia de honestidad en el sujeto pasivo", respondiendo, a este respecto, que el principio podrá ser objetivamente acertado, pero le parece que no es conveniente afirmarlo apodícticamente, pues nada se opone a que la víctima sea una menor sin experiencia en asuntos sexuales y que, por ello, acepte como naturales cosas que no lo son, y de todos modos, el hecho así cumplido constituirá el delito de corrupción". (2)

Ahora bien debemos insistir en que la conducta que realiza el sujeto consiste en el ayuntamiento carnal, o sea que la penetración completa o incompleta del órgano sexual del hombre en la zona vulvar (sin necesidad de la "seminatio intra vas).

D).- CLASIFICACION EN CUANTO AL RESULTADO Y LA CONDUCTA

El delito de estupro en cuanto al resultado es:

1.- De mera conducta o formal, ya que el tipo se integra con una actividad: realización de la cópula, sin que sea necesario un mutamiento en el mundo exterior; es decir, no requiere un resultado material.

2.- Instantáneo, porque tan pronto se realiza la consumación, ésta se agota, desaparece. (3)

3.- De lesión, y no de peligro porque lesiona el bien jurídico protegido por la ley, que estudiaremos al re

ferirnos a los elementos del tipo.

El delito de estupro en cuanto a la conducta es:

1.- De acción, porque la realización de la cópula solamente puede llevarse a cabo activamente y no en forma omisiva.

2.- Unisubsistente o plurisubsistente, porque se pueden realizar uno o varios actos, o sea, un acceso carnal o varios.

E).- SEDUCCION Y ENGAÑO

Carra estima que la seducción está constituida por el hecho de lograr sexualmente una mujer honesta, fuera del matrimonio, sin que en la decisión de su voluntad haya intervenido factor alguno que le quite la calidad de espontánea.

El problema esencial, en cuanto al medio seducción (extensible al engaño), es el de determinar si ésta debe ser exclusivamente de naturaleza sexual o puede ser de cualquier índole.

Sobre este particular existen dos corrientes:

a) La que sostiene que la seducción debe ser de índole sexual, y

b).- Aquella que estima que la seducción puede ser de cualquier índole o naturaleza.

- a) Fontán Balestra considera que "indudablemente quien induce a la mujer a realizar el acto carnal por pago, en el camino que conduce a la venalidad sexual, y tal hecho podría importar dentro del criterio de algunas legislaciones el delito de corrupción, pero no podrá hablarse allí de estupro; porque no ha sido ni el engaño ni la seducción lo que decidieron a la mujer al acto, sino el ánimo de lucro"
- b) Para González Blanco la seducción es la actividad de cualquier índole realizada por el sujeto activo con el propósito de persuadir al pasivo a la realización de la cópula.

Nuestros Tribunales han considerado motivos extrasexuales de orden económico, al sostener, con relación al delito de estupro, que si de la declaración del acusado se desprende que para realizar los actos impúdicos ofreció a una niña de once años de edad una pequeña cantidad de dinero, se desprende que sedujo a la menor en esa forma. (4)

B).- ENGAÑO

Engaño es la maniobra que se realiza con el fin de que se crea lo que no es. El engaño, como medio para la ejecución del estupro, consiste en los artificios realizados con la finalidad de obtener el ayuntamiento carnal.

El engaño puede ser de naturaleza sexual o de cualquier índole, al respecto de este punto existen dos criterios:

a) El que sostiene que el engaño debe ser de índole sexual, y

b) Aquel que estima que el engaño puede ser de cualquier índole o naturaleza.

a).- Groizard, al plantarse este problema, emite su opinión en el sentido de que las dádivas, por importantes que sean, no son actos encaminados a vencer por medio de engaño la voluntad, sino para corromperla.

b).- Puig Peña expresa que el engaño puede consistir en consideraciones de matiz extrasexual, como es el caso de que se consigue el yacimiento con una mujer honesta por la promesa engañosa de un empleo, cambio de posición o cosa similar (cantidad de dinero, vestidos, etc.), no prometiéndole en cambio matrimonio. (5).

Las mismas argumentaciones que expusimos en relación al medio "seducción", son aplicables al engaño estoes, el hecho de que exista un engaño de naturaleza extrasexual, no implica que la menor deje de ser inmadura de -

juicio sexual.

F).- ELEMENTOS DEL TIPC

1.- Bien jurídico protegido.-

La denominación "delitos sexuales" es totalmente desacertada, ya que la ley se apoya, para la denominación del título, en la naturaleza de los delitos y no en el bien jurídico lesionado, lo que equivale a decir, con relación a los delitos contra la vida y la salud personas: "delitos de sangre".

Para resolver cuál es el bien jurídico que se protege, debemos observar que la tutela penal está dirigida a menores de 13 años. Esto nos indica que la ley señala un límite de edad para abarcar a todas aquellas mujeres que carecen de madurez de juicio sexual. Por ello es que al definir el estupro consideramos esencialmente la inmadurez sexual. Sin embargo, se protege no a toda mujer inmadura sexual, sino únicamente a las menores de dieciocho años.

Consideramos, que en el estupro el bien jurídico protegido es la integridad sexual de las menores de 13 años, que no tienen madurez de juicio en lo sexual, a virtud de que la ley estima que no tienen todavía la capacidad de determinarse en ese aspecto.

2.- Objeto material.-

El objeto material en el delito de estupro es el sujeto pasivo: mujer menor de 18 años y no menor de 12, casta y honesta. El sujeto activo lo es el hombre, pues la conducta prevista por el tipo puede ser llevada a cabo únicamente por aquél.

3.- Sujeto activo.-

En cuanto a la calidad del sujeto activo, el estupro es un delito común o indiferente, a virtud de que lo puede cometer cualquier hombre.

Por lo que respecta al número de sujetos activos, constituye un delito monosubjetivo, ya que el tipo de estupro no requiere en su ejecución la intervención de dos o más personas.

4.- Sujeto pasivo.-

El sujeto pasivo en el estupro no puede ser sino la mujer, y así lo hace notar Soler, cuando dice que la víctima de este delito, a diferencia del delito de violación debe ser una mujer. (6)

En cuanto a la calidad del sujeto pasivo, se trata de un delito personal, pues la mujer debe ser casta y honesta, menor de 18 años y no menor de 12, de acuerdo esto último con la jurisprudencia de la H. Suprema Corte de -

Justicia de la Nación en relación al artículo 266 del Código Penal.

G).- ELEMENTOS NORMATIVOS: CASTIDAD Y HONESTIDAD

Con relación al elemento normativo exigido por el tipo, la mujer debe ser casta y honesta

a).- Castidad

Almaraz considera que la castidad es la abstención de los placeres sexuales no permitidos por la moral.

Almaraz ha dicho que el artículo 262 castiga la cópula con una menor de 18 años, siempre que sea casta y honesta, y, por tanto cuando sólo sea honesta, no hay delito; y se pregunta ¿Cómo quiere el legislador que se pruebe la castidad de una mujer? agregando que la honradez, - castidad y honestidad, son conceptos muy distintos, que - pueden presuponerse, salvo prueba en contrario, y en esta prueba está la dificultad y la incongruencia, pues un hombre sin decoro y sin dignidad, pero hábil, puede cometer el delito sin tener el castigo. (7).

b).- Honestidad

Para Almaraz la honestidad es el carácter de la vida de una persona conforme a decoro y decencia públicos

Es el momento de dar a conocer las tesis de los -

Tribunales con relación al concepto de honestidad: "La conducta honesta debe entenderse como el recato y la correcta manera de conducirse en la vida sexual" (Semanario Judicial de la Federación, VI, Segunda Parte, p 142, Sexta Epoca).

La buena conducta es elemento normativo del tipo, que debe entenderse como comportamiento externo socialmente aceptable atenta a la moralidad media en el ámbito en que la mujer vive, independientemente de que en su vida haya habido la relación sexual esporádica que no es del conocimiento del medio en que la mujer vive.

Para determinar si debe aceptarse uno de los dos términos: Castidad y Honestidad, o ambos, es necesario resolver previamente estas cuestiones;

- a) ¿Puede la mujer ser honesta sin ser casta?
- b) ¿Puede la mujer ser casta sin ser honesta?
- c) ¿Puede la mujer ser honesta y casta?
- d) ¿Puede la mujer ser deshonesta y no casta?

a).- Es indudable que si la honestidad consiste en el comportamiento debido sexual, y la castidad en la "abstención de acceso carnal no permitido", no puede darse el caso de una mujer honesta no siendo casta. En otros términos, la mujer que es honesta necesariamente es casta, a virtud de que el debido comportamiento sexual supone una-

abstención de acceso carnal no permitido.

b).- Puede presentarse la hipótesis de una mujer casta -- sin que sea honesta, ya que no obstante que en ella ha habido abstención de acceso carnal no permitido por la moral, tiene un indebido comportamiento sexual distinto a la realización de la cópula.

c).- La mujer puede ser honesta y casta a la vez, porque es posible que concurren la abstención de acceso carnal no permitido con el debido comportamiento sexual.

d).- La mujer es deshonestas y además no casta cuando tiene un indebido comportamiento sexual y realiza accesos carnales no permitidos por la moral.

De lo que antecede, debemos concluir que, en realidad, el concepto de honestidad es de tal amplitud que abarca a nuestro juicio el concepto de castidad, bastando por tanto, referirse únicamente aquél al reglamentarse el elemento normativo; es decir, si la no castidad da lugar a la deshonestidad, la honestidad viene a constituir un concepto de mayor alcance, abarcando a la castidad, lo que nos permite nuevamente afirmar que este último término resulta innecesario al utilizar el de honestidad.

Ahora bien, puesto que el tipo según lo afirmamos se finca en la inmadurez de juicio en lo sexual, la exigencia de castidad resulta innecesaria, porque una mujer-

inmadura de juicio en lo sexual forzosamente tiene que ser casta. En cuanto a la honestidad, se ha sostenido que "su exigencia viene a ser en ocasiones contradictoria, debido a que pueden presentarse casos de mujeres que, observando una conducta considerada socialmente indecorosa, carezcan, no obstante, de "madurez de juicio en lo sexual".

En otros términos la deshonestidad no lleva aparejada la madurez de juicio en lo sexual".

Además de lo expuesto, los términos "castidad" y "honestidad" han dado lugar a conclusiones inaceptables porque se ha llegado a sostener que puede ser sujeto pasivo una mujer menor de 10 años casta y honesta, aunque tenga madurez de juicio en lo sexual o "experiencia sexual".

H).- MINIMO Y MAXIMO DE EDAD EN EL SUJETO PASIVO

No menor de 12.- Haremos referencia primeramente al límite mínimo de edad y finalmente al máximo de edad.

La Ley no fija un mínimo determinado de edad, como lo hacen otras legislaciones, pero aun cuando el artículo 262 del Código Penal no fija el límite mínimo de edad, de acuerdo con la interpretación que hace la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, del artículo 266, o sea, cuando se refiere a la violación impropia, debemos concluir que el mínimo de edad de la estuprada, es de 12 --

años, puesto que si la mujer tiene edad menor, se comete el delito de violación impropia; punto de vista que considera Román Lugo cuando dice que "el primero de los requisitos en cuanto se refiere al límite mínimo, no se consigna expresamente en el precepto que comentamos, pero es consecuencia de lo que dispone el último párrafo del artículo 198, el cual considera como delito de violación toda cópula con menor de 12 años, es decir, aun cuando sea hecha con el consentimiento de dicha menor" (8), concluyendo que de "esta manera se cubre la omisión que el Código del Distrito presenta" (9).

Menor de 18 años.- Y por lo que respecta al límite máximo, el mismo Román Lugo estima que "por lo que hace a este límite, sin desconocer que su señalamiento puede considerarse con razón como arbitrario, por cuanto a que no puede establecerse, a priori, la edad en que todas las mujeres han alcanzado el desarrollo completo de su capacidad volitiva, que les permita sostenerse con eficacia ante los actos fraudulentos contra su honestidad, consideramos, en cambio, que es conveniente fijar ese límite.

I).- COMPROBACION DE LA EDAD DE LA OFENDIDA.

Los tribunales mexicanos han sostenido que la edad de la ofendida se prueba únicamente con el acta de regis-

tro civil y en otras, que se prueba con cualquier otro elemento de convicción. Así, se ha determinado que "para acreditar que la ofendida era menor de 13 años en el tiempo de los hechos, no se requiere necesariamente el acta del Registro Civil sobre su nacimiento. (10). Si conforme a la legislación aplicable, para que pueda existir el delito de estupro se requiere que la que se dice ofendida sea menor de 13 años, y en el proceso no existen, para comprobar dicha edad, más que el dicho de la querellante y el del autor de sus días que afirman que aquélla tiene 17 años de edad, esos elementos no son bastantes para tener por demostrada esa circunstancia, y no está comprobado el cuerpo del delito, sin que obste en contrario que la autoridad responsable, al interponer la revisión, afirme que se valió de la observación morfológica de la ofendida, hecha por el Juez del proceso, para tener por comprobada la edad, por disponer la ley que la observación morfológica es uno de los medios para acreditar dicha edad, si la afirmación de la autoridad responsable no está comprobada por diligencia alguna, y el auto de formal prisión dictado en tales condiciones es violatorio de garantías. Cuando el tipo legal requiere, entre otros requisitos para la existencia del delito de estupro, que la ofendida sea menor de edad (artículo 241 del Código Penal), tal exigencia típica debe probarse de modo indubitable, ya sea por las actas del Registro Ci-

vil o por otros elementos de convicción que conduzcan a igual certidumbre; de lo contrario, no puede, sin violación de garantías, declararse integrado el ilícito en cuestión.

Las hipótesis que pueden presentarse, con relación a la edad, son las siguientes:

a).- El sujeto activo (el hombre) tiene más de 18 años, y la mujer menos de esa edad, pero no menos de 12. En este caso, si concurren los restantes elementos del delito de estupro, se dará esta figura delictiva.

b).- El hombre tiene menos de 18 años y la mujer también, pero no menos de 12. No existirá el delito de estupro a virtud de que el hombre es un menor y, por tanto, está fuera del Derecho Penal, de conformidad con el artículo 119 del Código Penal.

c).- El hombre tiene menos de 18 años y la mujer menos de 12 años. No se da ninguna figura delictiva porque el hombre está fuera del Derecho Penal.

d).- El hombre tiene menos de 12 años y la mujer menos de 18 años, pero no menos de 12. Igualmente, el hombre está fuera del Derecho Penal.

e).- El hombre es menor de 12 años y la mujer mayor de 18 años. En esta hipótesis, estamos frente al delito de violación impropia, siendo sujeto activo la mujer.

J).- CLASIFICACION DEL ESTUPRO EN ORDEN DEL TIPO.

En cuanto al tipo, es estupro es:

a) Básico o fundamental.

b) Autónomo o independiente, porque es evidente que el estupro tiene vida por sí mismo.

c) Para quienes admiten la clasificación de tipos - normales y anormales, el estupro constituye un tipo anormal, "toda vez que, en su descripción legal, se conjugan elementos objetivos y normativos, siendo estos últimos la calidad de honestidad y castidad de la mujer.

d) Un tipo de formulación casuística, o sea, de medios legalmente limitados

e) Un tipo de formulación alternativa en cuanto a los medios, al referirse a la seducción o el engaño.

f) Un tipo acumulativamente formado en cuanto al elemento normativo, al exigir que la mujer sea casta y honesta.

K).- ATIPICIDAD

La atipicidad en este delito se dará cuando falte alguno o algunos de los elementos del tipo. En consecuencia, habrá atipicidad:

a) Cuando falte el elemento normativo castidad u honestidad.

b) Cuando realizándose la seducción o el engaño, no sea (para algunos) la seducción o engaño a que alude la ley.

c) Cuando existe el consentimiento sin haber empleado el hombre la seducción o el engaño, originándose (no debiendo serlo, puesto que la menor sigue siendo inmadura de juicio en lo sexual) una atipicidad por ausencia de los medios exigidos por el tipo.

d) Cuando la mujer sea mayor de 18 años.

e) Cuando la mujer sea menor de 12 años, pues entonces, de acuerdo con el criterio de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, estamos frente a la violación impropia.

f) Cuando, no obstante ser la mujer menor de 18 años, casta y honesta, habiéndose empleado la seducción o el engaño para la realización de la cópula, ya tenga madurez de juicio en lo sexual.

L).- CULPABILIDAD

En este delito, la culpabilidad consiste en querer la propia conducta, en querer la cópula mediante seducción o engaño; medios que por su propia naturaleza evidencian que la única forma de culpabilidad es el dolo, y precisamente el dolo directo, pues el sujeto quiere, desde luego la conducta típica. La voluntad criminosa, expresa Cuello-

Calón, está integrada por la voluntad de yacer, por el conocimiento de la edad y de la vida honesta de la ofendida, y por la conciencia del engaño empleado. (11)

M).- INCULPABILIDAD

Es indudable que en este delito puede darse el aspecto negativo de la culpabilidad. Y las hipótesis que pueden presentarse son:

a) Por error de hecho esencial e invencible. Habrá inculpabilidad por error de tipo cuando el sujeto cree, por error en que se encuentra, que la mujer:

- a) Tiene más de 18 años.
- b) No es casta y honesta.

Ahora bien, no pueden presentarse las eximentes putativas en el estupro, o sea, el error de ilicitud, habida cuenta de que, no dándose el aspecto negativo de la antijuricidad, no puede el sujeto, por error de hecho esencial e invencible, creer encontrarse frente a una causa de ilicitud.

- b) Por inexigibilidad.

N).- QUERRELLA

En el Código Penal no se encuentra disposición para que el delito de estupro no se castigue de oficio sino sólo por querrela de parte, no obstante que los motivos que-

hay en los demás delitos de querrela necesaria, y muy especialmente en el de rapto, concurren en el estupro.

El Código Penal de 1929 para el Distrito y Territorios Federales, dispone en el artículo 959, que "no se procederá contra el estuprador sino por queja de la menor ofendida o de sus padres, o a falta de éstos, de sus representantes legítimos; pero cuando el delincuente se case con la mujer ofendida, cesará toda acción para perseguirlo".

Ahora bien, sucede a menudo que las personas que tienen el derecho de querrellarse, no lo hagan, quedando el delincuente libre de toda acción penal en su contra, resultando, como advierte Ure, que "la consecuencia inmediata de no ejercer la instancia privada, ocultando el atentado sexual, es la impunidad del delincuente, consecuencia realmente grave frente a los intereses de la defensa social, pero halla fundamento en otro interés que, en el balanceo de ambos, se ha estimado más valioso: evitar la publicidad, que apareja toda investigación judicial de la deshonra de la víctima que suele alcanzar también al núcleo familiar restringido y que, sin quererlo, añadiría una nueva lesión para la agraviada, agravándose con la difusión el grave daño que los atentados de esta naturaleza ocasionan a la honra de quien sufre, y por eso el Estado libra el punto al arbitrio del interesado que tiene el de-

recho de guardar oculta la ofensa inferida a su honor sexual o de hacerla pública.

O).- REPARACION DEL DAÑO

El artículo 264 del Código Penal establece que la reparación del daño, en los casos de estupro, comprenderá el pago de alimentos a la mujer y a los hijos, si los hubiere, y dicho pago se hará en la forma y términos que la ley civil fija para los casos de divorcio.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que "la reparación del daño proveniente del delito de estupro, constituye una pena pública, y si quedó acreditada la pretensión punitiva del proceso pretensión necesaria presupone el resarcimiento proveniente del delito, y como la autoridad responsable declaró la obligación del quejoso de ministrar alimentos tanto a la ofendida como al hijo de ésta, que lo es a su vez del quejoso, por un tiempo determinado, aun dando como cierta la afirmación del quejoso de que hubiera fallecido el hijo de los sujetos pasivo y activo de la infracción, debe concluirse que siendo el amparo un recurso concentrado de anulación constitucional, y no una tercera instancia, ello conduce a declarar como infundado el concepto de violación que al respecto se hace valer" (Semanao Judicial de la Federación, T.XII

pp. 171-172. Sexta Época. Segunda Parte).

P).- SEMEJANZAS ENTRE ESTUPRO Y VIOLACION

Dogmáticamente son:

- 1.- El estupro y la violación son delitos - sexuales.
- 2.- La conducta en el estupro y en la violación consiste en la cópula.
- 3.- El estupro y la violación son delitos - de acción.
- 4.- El estupro y la violación son delitos - de mera conducta o formales.
- 5.- El estupro y la violación son delitos - instantáneos.
- 6.- El estupro y la violación son delitos - de lesión.
- 7.- En el estupro y la violación no se da - el aspecto negativo de la conducta.
- 8.- No hay estupro entre cónyuges, ni violación entre cónyuges (cuando la cópula - es normal y exenta de circunstancias - que la maticen de ilicitud).
- 9.- El estupro y la violación pueden cometerse - únicamente con dolo.
- 10.- En el estupro y la violación no hay conju

diciones objetivas de punibilidad.

- 11.-La consumación en el estupro y en la violación se realiza con el ayuntamiento carnal.
- 12.-El estupro y la violación admiten la tentativa inacabada y acabada.
- 13.-En el estupro y la violación se puede dar el desistimiento, mas no el arrepentimiento.
- 14.-No puede haber estupro o violación de mujer a mujer.

Q).- DIFERENCIAS ENTRE ESTUPRO Y VIOLACION.

Dogmáticamente son:

- 1.- La cópula en el estupro es normal, y en la violación es normal o anormal.
- 2.- En el estupro los medios son la seducción o el engaño, y en la violación la vis absoluta (fuerza física irresistible) o la fuerza moral.
- 3.- El estupro contiene elementos objetivo y normativo, y la violación únicamente elemento objetivo.
- 4.- El bien jurídico que se protege en el estupro es la integridad sexual de la -

mujer inmadura de juicio en lo sexual, y en la violación se protege la libertad sexual.

- 5.- El sujeto activo en el estupro es únicamente el hombre y en la violación es el hombre o la mujer, según el caso.
- 6.- El sujeto pasivo en el estupro es solamente la mujer, y en la violación es el hombre o la mujer.
- 7.- En el estupro la edad del sujeto pasivo debe ser de doce años en adelante y menor de dieciocho, y en la violación la edad es indiferente.
- 8.- En el estupro se exige un elemento normativo: que la mujer sea casta y honesta, y en la violación no se requiere calidad alguna en el sujeto pasivo.
- 9.- El estupro es un tipo anormal, y la violación es un tipo normal.
- 10.- En el estupro hay cesación penal por el matrimonio entre el sujeto activo y pasivo, y en la violación no.
- 11.- El estupro se persigue a petición de parte, y la violación, de oficio.

Con relación a la diferencia entre los delitos de estupro y violación, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: "La diferencia esencial entre el estupro y la violación estriba en que, en el primero, el acto se realiza con el consentimiento de la víctima, -

obteniendo por medio del engaño o la seducción, y por -
ello se requiere que ésta sea menor de 10 años de edad, -
en que se presupone legalmente que tal consentimiento pue -
de estimarse viciado por falsas promesas o halagos. La -
violación, en cambio, requiere la ausencia de consenti -
miento de parte de la víctima y basta este solo hecho pa -
ra configurar el delito sea cual fuere el medio de que se
valga el agente del delito. Por ello, el artículo 267 del
Código de Chiapas, correspondiente al 266 del Código Fe -
ral para el Distrito y Territorios Federales, equipara a -
la violencia la cópula con persona privada de razón o de -
sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa -
no pueda resistir, y el sueño profundo es una de esas cau -
sas que permiten al agente realizar el acto sin que la -
víctima pueda resistir sino hasta el momento de despeg -
tar". (Semanao Judicial de la Federación, XXXII, p. 116,
6a época. Segunda Parte).

- (1) CARRARA FRANCESCO.- DERECHO PENAL IV.- p. 41. 4a. ed. MADRID 1955.
- (2) LOS DELITOS DE VIOLACION Y ESTUPRO, pp. 69-70.- Edi.- Buenos Aires, 1952.
- (3) GONZALEZ BLANCO.- DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y - EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.- p. 90 México, D.F.
- (4) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.- LII, p. 848.
- (5) ALGUNOS ERRORES Y ABSURDOS DE LA LEGISLACION PENAL DE 1931.- pp. 135-136.- México, 1941.
- (6) COMENTARIOS AL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ.-- pp. 129-130. Jalapa, Veracruz, México, 1948.
- (7) COMENTARIOS AL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ.-- p. 129. Jalapa, Veracruz.-p. 129. Jalapa, Veracruz, - México, 1948.
- (8) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.- T LXXXIII, P. - 4115.
- (9) GONZALEZ BLANCO.- Delitos sexuales en la doctrina y - en el derecho positivo mexicano.- p. 90 México, D.F.
- (10) DERECHO PENAL.- II p. 595, 9a. ed. Barcelona, 1955.
- (11) CUELLO CALON, EUGENIO.- Derecho Penal Tomo II. P. 79. Casa Editorial S.A. Barcelona, 1975.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.- El delito de estupro en el Distrito Federal, en el presente se encuentra plenamente determinado en su naturaleza, quedando fuera de su normatividad otras conductas de carácter sexual como son: el adulterio, la violación, los atentados al pudor, el incesto y el rapto, pues aún se da el caso que algunos Códigos Penales comprenden delitos de distinta naturaleza bajo la denominación común de estupro.

2.- En el presente el engaño en el delito de estupro, deja de tener la importancia que tenía en el pasado, pues si bien es cierto que aún la menor de dieciocho años y mayor de doce es engañada más de las veces por la promesa de matrimonio, que por las de otro carácter, también lo es que dichas mujeres se encuentran condicionadas por el medio social en que se desarrollan a no prestar atención a ese engaño por estar sobradamente avisadas sobre situaciones similares, por lo tanto si dan su consentimiento, es para realizar la cópula, sin estar esperanzadas a que se cumpla con matrimonio.

3.- La seducción sigue vigente, con la modalidad notoria de que ahora la ejerce tanto el hombre como la mujer según su conveniencia, y que aunada a los tocamientos

lubrico-somaticos que se producen en la unión del hombre y la mujer de tales despertan su libido hasta llegar en un momento dado a la consumación de la relación sexual, - culminando así un acto natural, biológico y normal física y psicamente.

4.- En la práctica es muy difícil probar la falta de castidad y honestidad en la mujer menor de 18 años y mayor de 12, pues para apreciar esas cualidades nitidamente sería necesario trasladarse a su medio ambiente y ob-servarla para estar en posibilidad de calificarla y determinar uno u otro estado, en virtud de, que cuando estas - acuden ante el Juez no se manifiestan tal cual son, sino a sumen el total pápel de víctimas, y además por otro lado la mujer goza de la estimación de ser casta y honesta.

5.- La ausencia de engaño, también en la práctica es muy difícil de probar, puesto que, para acreditar el engaño, basta que la menor ofendida expresa, que se le prometió matrimonio antes de llevar a cabo la cópula, y que no se le cumplió con el mismo, aunque el activo manifieste - que noes así.

6.- Por lo que respecta a la seducción por regla general siempre se encuentra probada, en virtud de que tradicionalmente es el varón quien inicia los actos encaminados a vencer la resistencia de la mujer para obtener la -

la cópula predominando los criterios que la mujer dada su minoría de edad no puede desviar la asidua insistencia de áquel.

7.- El consentimiento del sujeto pasivo conforme a los criterios que lo sostienen siempre estará viciado, puesto que sería imposible que los padres de ésta o sus representantes legales, lo dieran expresamente para que la menor sostuviera relaciones sexuales, el que otorgarían únicamente para que contrajera matrimonio, pero nunca para que tenga cópula con el pretendiente sin ese requisito. Pero también es cierto que existe el consentimiento tácito dado por los padres de la menor ofendida y es cuando se perpetra el concubinato. (unión libre).

8.- En ese estado de cosas y dado que el delito de estupro en el Distrito Federal, se tipifica en la mujer MAYOR DE DOCE AÑOS Y MENOR DE DIECIOCHO, en opinión de la sustentante aunque en el presente ya es improcedente dicho tipo penal, momentaneamente sería prudente reducir la expresada edad en la mujer a la de MAYOR DE DOCE Y MENOR DE CATORCE, y por tanto que quedarse con el tipo en la forma siguiente: EL QUE TENGA COPULA CON MUJER MAYOR DE DOCE Y MENOR DE CATORCE, CASTA Y HONESTA OBTENIENDO SU CONSENTIMIENTO POR MEDIO DE LA SEDUCCION O EL ENGAÑO, esto para ir un poco más acordes con la realidad social en que vivimos y que así mismo sería sentar un precedente en los C6-

digos Penales de la República Mexicana.

9.- Consiguientemente y en esa adecuación en la --
edad de la mujer propuesta en el punto que antecede y en-
la que quedaría bajo la tutela de la ley penal, deben de-
prevaler en todo momento el elemento normativo cultural
de castidad y honestidad, así como los medios de seduc --
ción y engaño de los que debe valerse el activo para su -
comisión, por ser los atributos más ajustados a la natura
leza del delito de estupro.

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

- 1.- ARILLA BAS, FERNANDO.- Derecho Penal.- Parte General.- Primera Edición, 1982.
- 2.- CARDONA ARIENENDI, ENRIQUE.- Apuntamientos de Derecho Penal.- Cardenas Editor y Distribuidor.- Segunda Edición México, 1976.
- 3.- CARRARA FRANCESCO.- Programa de Derecho Criminal.- Tomo II. Parte Especial.- Editorial Temis Bogotá, 1962.
- 4.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL CARRANCA Y RIVAS RAUL.- Código Penal Anotado.- Editorial Porrúa, S.A.- Décima Primera Edición, 1935.
- 5.- CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Linamientos Elementales de Derecho Penal.- Décimo Tercera Edición, Editorial-Porrúa, S.A. México, 1979.
- 6.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.
- 7.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 78ava. Edición.- Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.
- 8.- CCNENTARIOS AL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ, - Jal. Veracruz, 1946.
- 9.- CUELLO CALON, EUGENIO.- Derecho Penal.- Tomo II Parte

- Especial.- Décimo Cuarta Edición, Boch, Casa Edito-
rial, S.A. Barcelona, 1975.
- 10.- DERECHO PENAL TOMO II.- Editorial Barcelona, 1955.
- 11.- DE P. MORENO ANTONIO.- Curso de Derecho Penal Mexican
no Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición México, -
1968.
- 12.- ENCICLOPEDIA, SALVAT DICCIONARIO.- Tomo I Salvat Edit
tores, S.A. México, 1978.
- 13.- GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO.- Editado -
por Selecciones del Reader's Digest, S.A. de C.V.
- 14.- GOMEZ, EUSEBIO.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo II-
Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940.
- 15.- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO.- Delitos Sexuales en la -
Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano.- Edito-
rial Porrúa, S.A. Tercera Edición. México, 1974.
- 16.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- Derecho Penal Mexic
cano .- Editorial Porrúa, S.A. Décimo Sexta Edición,
México, 1980.
- 17.- LOS DELITOS DE VIOLACION Y ESTUPRO.- Editorial Buenos
Aires.
- 18.- MAGGIORE, GIUSEPPE.- Derecho Penal.- Parte Especial,
Tomo IV Segunda Edición.- Editorial Temis. Bogotá, -
1972.

- 19.- MARTINEZ ROARO, MARCELA.- Delitos Sexuales.- Edición Porrúa, S.A. Tercera Edición.- México, 1935.
- 20.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- Manual de Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S.A. , Cuarta Edición México, 1976.
- 21.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.- Ensayo Dogmático sobre el Delito de Estupro.- Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.
- 22.- ROJAS PEREZ PALACIOS, ALFONSO.- Sexo y Delito.- Joaquín Porrúa, S.A. de C.V. Colección de Textos Universitarios.- Edición 1982 México.
- 23.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION
- 24.- SOLER, SABASTIAN.- Derecho Penal Argentino.- Tomo - III Tipográfica Editora Argentina.- Segunda Edición. Buenos Aires, 1963.
- 25.- VILLALOBOS, IGNACIO.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición.