



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**CONDUCTAS NO PREVISTAS EN LOS
DELITOS COMETIDOS CONTRA EL
NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL**

T E S I S

**PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

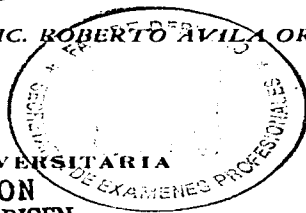
MARIA BERTHA JUAREZ OLALDE

ASESOR: LIC. ROBERTO ÁVILA ORNELAS



CIUDAD UNIVERSITARIA

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



1997



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A MI MADRE:

Que con su trabajo, desvelos,
cuidados y sabios consejos,
ha sabido guiar mi existencia
por el difícil camino de la vida.
¡gracias mamá!

A MI PEQUERA BERTA GUADALUPE:

Doy gracias a Dios, por haberme
dado el privilegio de ser tu madre,
siendo ahora la razón de mi existencia
y por quien procuro ser mejor cada día.

**A LA MAGISTRADA MARGARITA MA.
GUERRA Y TEJADA:**

Quien ha compartido conmigo anhelos
e ilusiones, además de sinsabores
y que me ha impulsado a llegar
a esta meta; por haberme brindado
su talento y amplio criterio
jurídico para la elaboración
de este trabajo. Gracias.

A mis hermanos, profesores
y amigos, con cariño, respeto
y gratitud por su apoyo
y comprensión.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	2
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS	
1. Epoca Prehispánica	3
a) Cultura Maya	3
b) Pueblo Tarasco	5
c) Pueblo Arteca	6
2. Epoca Colonial	10
3. Epoca Independiente	18
CAPITULO II	
CONCEPTOS GENERALES	
1. El Delito	21
2. Escuela Clásica	27
3. Escuela Positiva	31
4. Teoría Causalista	33
5. Teoría Finalista	37
CAPITULO III	
DELITOS COMETIDOS CONTRA EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL	
1. Aspectos Generales	41
2. Análisis de los elementos del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales.	47

CAPITULO IV
ANALISIS DE LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA
EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL

1. Hostigamiento Sexual	82
Comentario	91
2. Abuso Sexual	93
Comentario	106
3. Estupro	108
Comentario	121
4. Violación	122
Comentario	143
5. Violacion Instrumentada	145
Comentario	146
6. Violación Equiparada	148
Comentario	151
I. CONCLUSIONES	152
BIBLIOGRAFIA	163

**CONDUCTAS NO PREVISTAS EN LOS DELITOS
COMETIDOS CONTRA EL NORMAL DESARROLLO
PSICOSEXUAL**

I N T R O D U C C I O N

El creciente índice de conductas delictivas en materia sexual, que no han quedado previstas en nuestra Legislación Penal, así como las que se encuentran previstas, de entre las cuales valdria la pena considerar, en algunas, su posible desaparición y en otras, su falta de claridad y precisión, fue lo que me motivó para hacer un análisis de estos delitos.

Esta inquietud me surgió al contemplar, en su aplicación práctica, diferentes casos de delitos sexuales que se han dado en el mundo fáctico, percatándome así de que no todas las conductas han quedado plasmadas en los preceptos jurídicos vigentes, o bien algunas de ellas adolecen de la claridad y precisión requeridas por una norma.

Así, el objetivo principal en este trabajo es delinear todas las posibles conductas no previstas actualmente en el Capítulo de los DELITOS COMETIDOS CONTRA EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL y que de alguna manera siguen causando un perjuicio en la esfera jurídica biopsicosocial del sujeto pasivo. Asimismo, en algunos casos se deja en un estado de desprotección a la sociedad en cuanto a estos delitos se refiere, reflejándose de esta manera que el Estado de Derecho imperante no resguarda debidamente el bien común ni la seguridad jurídica de la sociedad y consecuentemente, propicia una incorrecta aplicación, en algunos casos, de principios elementales como el de legalidad, indispensable para que siga vigente el Estado de Derecho que nos rige.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. Epoca Prehispánica.

Muy pocos datos se precisan sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores, aún cuando indudablemente en los distintos reinos y señoríos existentes en lo que ahora es nuestra patria, se reglamento en esta materia, entre las principales culturas de la época encontramos la maya, la azteca y la tarasca, las cuales tenían un derecho penal bastante completo, ya que inclusive manejaban términos jurídicos semejantes a los nuestros.

Cuando surgió la conquista, se siguieron empleando leyes prehispánicas en suplicia de las coloniales, cuando en éstas no se encontraban las normas aplicables.

a) Cultura Maya.- Entre las culturas más importantes en la época prehispánica se encuentra, la Maya, que integró su derecho penal basándose en la necesidad de convivencia natural en todos los pueblos y en la preocupación de

conservar la armonía del clan. Esto originó que las sanciones a las violaciones de las normas subjetivas se convirtieran en objetivas, originándose con esto el Derecho Penal Maya.¹

Las leyes mayas no llegaron a distinguir el Derecho Penal del Civil, en virtud de que existía una relación estrecha entre ambos, aunque diferenciaban los delitos intencionales de los no intencionales en el Homicidio; si éste era cometido en forma intencional, se reparaba el daño con la muerte y si se cometía no intencionalmente, mediante una indemnización, constituyéndose con esto un antecedente de la reparación del daño.²

La reparación del daño causado se hacía de acuerdo a su gravedad, previo examen que efectuara de éste el juez.

Por otro lado, este pueblo castigaba las faltas tanto civiles como penales con penas muy duras, ya que en su Derecho se reflejó siempre su gran pasión por el orden.

¹ Pérez Galaz Juan de Dios "Derecho y Organización Social de los Mayas", Ed. Gob. del Edo. de Campeche, 1943, p. 32

² *Ibidem*, p. 42.

Dentro de sus penas existían las siguientes: Muerte, esclavitud, infamación, indemnización y la reparación del daño, entre otras.

Lo rígido de su legislación intentaba evitar a toda costa la comisión de los delitos, por temor a acabar con la integridad que tenían como pueblo y también con la finalidad de conservar el orden social que imperaba en ellos; cabe señalar que en esta civilización existía plena conciencia de que las sanciones las debía imponer el Estado.

b) Pueblo Tarasco.- De las leyes penales de esta cultura se sabe mucho menos que respecto de los otros núcleos, pero se tiene noticia de cierta crueldad en sus penas. El adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzonzi se castigaba con la muerte del adúltero, que trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa; se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir; el hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. A quien robaba por primera vez generalmente se le perdonaba, pero si reincidía

se le hacia despeñar dejando que su cuerpo fuese comido por las aves.

El Derecho de juzgar estaba en manos del Calzontzi, aunque en ocasiones la justicia era ejercida por el sumo sacerdote o Petámuti.³

c) Pueblo Azteca.- Una civilización notable en la época prehispánica lo fue la Azteca; las penas que se aplicaban eran bastante crueles si tomamos en cuenta la dignidad humana, que es lo más protegido en nuestros tiempos.⁴

Los principales crímenes que regulaban eran los siguientes: el delito de hechiceros y salteadores, el delito de ladrones, el delito de los carnales, el delito de las guerras y el de parricidio.

Los aztecas aplicaban la pena de muerte y esclavitud, así como las siguientes penas que les llamaban menores: destierro, pérdida de bienes, punzar algunas partes del

³ Castellanos Tena Fernando, "Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. Mexico, 1977, p. 41.

⁴ Mendieta Núñez Lucio, "El Derecho Precolonial". Ed. Porrúa Hnos. y Cia., 1a. ed. México, 1937, p. 15.

cuerpo, siendo ésta una pena menor que aplicaban a la gente de su pueblo cuando cometía un delito.

Existía también la pena de muerte mediante la lapidación, el ahogamiento y la muerte a palos.

La persecución de los delitos podía hacerse por simples rumores y no como en la actualidad, que requiere la presentación de denuncia o querrela para iniciar la averiguación previa de un delito; con esto se puede apreciar que los aztecas perseguían los delitos de oficio.

La rifa era castigada con cárcel y además el pago de curaciones y reparación de ropas deterioradas, lo que denota que de alguna forma ya se manejaba la reparación del daño.

En esta cultura se permitía que el ofendido otorgara el perdón, así como el perdón de deudas.

En lo referente al aspecto probatorio, ya se encontraban establecidas, entre otras, las siguientes pruebas: La confesional, la testimonial y los indicios. Otra prueba lo era también el juramento que hacía el acusado en su favor, que consistía en decir y conducirse con verdad, lo cual

también era obligatorio para los testigos y partes en el juicio.³ Los careos ya se consideraban como prueba. El Derecho Penal Mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política.

Para el delito de violación existía la pena de muerte, con excepción del caso en que la víctima fuera ramera. El violador era empalado, después de haberle rasgado la boca hasta las orejas.⁴

Es importante resaltar que se regulaba la reparación del daño, por considerarse medio justo de rectificar en parte el daño causado a la víctima del delito.

Los aztecas conocían ya la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía. El Derecho Civil Azteca era de carácter oral y el Derecho Penal escrito, pues en los códigos que se han conservado se encuentra claramente expresado cada uno de los

³ Ibidem, p. 56.

⁴ Kohler, Berlin, "El Derecho de los Aztecas", Edición la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, p. 64.

delitos, los cuales se representaban mediante escenas pintadas, lo mismo que las penas.⁷

Para el hombre contemporáneo, las leyes de los aztecas fueron rígidas y las penas para los infractores crueles y sanguinarias, pero para esta civilización, la dignidad humana fue siempre lo más profundo dentro de su conciencia, aunque lo contradigan los tratos perversos que se daba a los delincuentes.

Estas leyes no fueron simples reglas, sino ordenamientos perfectamente creados y establecidos; los aztecas fueron legisladores con dominio de su profesión, pues hacían una distinción exacta, para esa época, del derecho Privado y el Público; subdividieron al Derecho Civil en: Civil, Tributario, Penal, Familiar, Laboral, Agrario, Militar, Administrativo, Mercantil y Procesal. Fue una legislación confiable y más avanzada en su época que aquella de otras naciones más "desarrolladas".

⁷ Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". ed. Porrúa, p. 41 y 42, México, 1987.

El proceso azteca era oral, levantándose a veces un protocolo mediante jeroglificos. Las principales sentencias fueron registradas en pictografias y luego conservadas en archivos oficiales. El proceso no podia exceder de 80 dias, y es posible que los tepantlatocanis, que en el intervenian, correspondieran al actual abogado.

Las pruebas eran la testimonial, la confesional, presunciones, careos; a veces la documental (hubo mapas con linderos) y posiblemente el juramento liberatorio. De un "Juicio de Dios" no encontramos huellas. En los delitos graves, el juicio era precisamente mas sumario, con menos facultades para la defensa, lo que desde luego provoca la critica del moderno penalista.*

2. Epoca Colonial.

La Epoca Colonial en la historia de México, abarca desde la conquista de los españoles hasta la Independencia. Representó el trasplante de las instituciones juridicas españolas al territorio de la Nueva España. El Derecho o las leyes españolas que rigieron en la Nueva España durante el

* Floris, Margadent S. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano". Ed. Esfinge, Mexico, 1986, Septima edicion.

virreinato, se caracterizaron por su vaguedad y confusión, ya que se encontraban mezcladas disposiciones de tipo sustantivo con las de carácter procesal y aún administrativas.

La conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes; los integrantes de estas fueron los siervos y los europeos los amos, por más que en la legislación escrita se declarara a los indios hombres libres y se les declarara abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud.⁹

En nada de consideración influyeron los legisladores de los grupos indígenas en el nuevo estado de las cosas, a pesar de la disposición del emperador Carlos V, anotada más tarde en la Recopilación de Indias, en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por lo tanto, la legislación de Nueva España fue netamente europea.¹⁰

⁹ Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Ed. Porrúa, S.A. México 1977, p. 44.

¹⁰ Ibidem.

Realizada la conquista, los ordenamientos de tipo legal aplicados durante la época prehispánica tienden a desaparecer, al darse un trasplante de leyes con las cuales se pretendía regir al conquistado, desplazando con estas leyes a los sistemas jurídicos azteca, texcocano y maya.

Al aplicar los sistemas jurídicos europeos, se dan cuenta los conquistadores que sus leyes tenían muchas deficiencias, ya que estaban diseñadas para otra cultura y tratan de suplirlas con las leyes de las Indias. Las actuales ya no fueron en ese momento (Época Colonial), lo suficientemente respetadas y acatadas como en antaño, motivo por el cual Felipe II en 1578, decreta sanciones para frenar los abusos con el fin de limitar la invasión de competencias, ya que las personas encargadas de ello cometían frecuentes abusos en sus funciones.

Entre las leyes españolas que en esa época estuvieron vigentes, cabe mencionar:

Las Siete Partidas; Novísima Recopilación de Leyes; El Fuero Real; Las Ordenanzas Reales de Castilla y las Leyes de Indias, ésta última como derecho principal.

Las infracciones penales se clasificaban en leves y graves, observándose con esto un gran avance en nuestro Derecho Penal vigente.

La recopilación de las Leyes de Indias de 1680 constituyó el cuerpo principal de las leyes de la Colonia, completado con autos acordados hasta el reinado de Carlos III. A partir de este monarca comenzó una legislación especial, más sistematizada, que dio origen a las ordenanzas de Intendentes y a las de Minería.

La Recopilación se compone de IX libros divididos en títulos, integrados por un buen número de leyes cada una.

Así, el título VI, con 243 leyes, denominado "De las cárceles y carceleros" y el VII, con 17 leyes. "De las visitas a la cárcel", título el anterior que trata más sistematizadamente de policía, prisiones y Derecho Penal y contienen reglas que son un atisbo de ciencia penitenciaria.

El VIII, por último, con 28 leyes, se denomina "De los delitos y penas y su aplicación"; señala pena de trabajos personales para los indios por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o

ministerios de la república y siempre que el delito fuere grave, pues si leve, la pena sería la adecuada, aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con sus servicios y los mayores de 18 años podían ser empleados en los transportes donde se careciera de caminos o bestias de cargas. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos. No se encuentran en esta época grandes cambios en comparación con la época prehispánica.¹¹

Por cuanto a la "Novísima Recopilación", en su libro XII, dedicado a los delitos y las penas y los delitos criminales, éste se encontraba falto de método y sistema, en virtud de que confundía a la materia penal con la procesal.

Durante el reinado de Carlos III, (1739-1820), éste ordenó a su consejero Dn. Miguel de Lardizabal y Uribe, formular un proyecto de Código Penal, primero en el mundo, el cual no llegó a promulgarse.¹²

¹¹ Carrancá y Trujillo, Raul. "Derecho Penal Mexicano", Parte General, Editorial Porrúa, p. 78. 1974.

¹² Ibidem, p. 81.

Las Siete Partidas, de esencia predominante aunque no total en Materia Penal, se compone de XXIV títulos dedicados a las acusaciones por delitos y a los jueces; a las traiciones, ritos, acciones deshonrosas; a las infamias, falsedades, deshonras; a los homicidios, violencias, desafíos, treugas; a los robos, hurtos, daños, a los timos y a los engaños; a los adulterios, violaciones, estupro, corrupciones y sodomias; a los reos de truhanería, herejía, blasfemia o suicidios y a los judíos y moros. Asimismo dicta el procedimiento penal. Los títulos XXX y XXI se refieren a los tormentos y a las penas, siendo notable la ley del último citado, que autoriza a imponer la pena "según albedrío del juzgador".

La primera Ley que se dictó para proteger a la mujer española recién llegada a México, fue en contra del abandono que sufrían por parte de maridos aventureros. Posteriormente, se incluyó también a las huérfanas, a las doncellas sin fortuna y a las divorciadas, entre otras.

En cuanto a la mujer indígena del siglo XVI, después de la conquista se le instruyó en la fe católica para evitar permanentemente que las doncellas fueran ultrajadas por los españoles y poder casarlas convenientemente, a manera

cristiana, con jóvenes de su misma raza, y se les impedía continuar con sus ritos religiosos o doctrinales.

Posteriormente, las disposiciones en pro de la moral femenina fueron escritas. "Existieron artículos que indicaron encarcelamientos para el que corrompiera a una mujer virgen y para el que no cumpliera con sus obligaciones matrimoniales tal y como lo disponía la iglesia".¹³

Así, el interés fundamental de las leyes e instituciones de protección a la mujer en la Nueva España en los siglos XVI y XVIII era velar por la pureza de las doncellas, por la virtud de las viudas, abandonadas o divorciadas y por la salvaguarda de la fe católica. Se habla sobre todo, de ofensas a Dios. Para los dos primeros prestaban auxilio la iglesia, el estado, e incluso personas altruistas con interés de ayuda, quienes de su peculio efectuaban obras pías en beneficio de mujeres necesitadas; para lo tercero estaba el tribunal de la Santa Inquisición, según el delito de que se tratase.¹⁴

¹³ De las Casas, Bartolomé. "Historia de la Indias". p. 307 y 312.

¹⁴ Medina. "Historia de la Inquisición en México", Ed. Fuente Cultura, 2a. edición, 1963, p. 67.

Antes de terminarse esta época y consumarse la Independencia de México, el proceso penal se encontraba regido por el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorio que no sólo juzgaba los delitos contra la fe sino también la brujería, el curanderismo, las supersticiones y los delitos contra las buenas costumbres, tales como el adulterio, el amancebamiento, la bigamia, la incontinencia, la sodomia. Asimismo, la ley investía al juez de un poder absoluto que aún no queriéndolo no podía eludir y el procedimiento penal se caracterizaba por una absoluta falta de garantías para el acusado, al inculpado se le sentenciaba en secreto y sin oírlo en defensa y sin que supiese el nombre de su acusador o conociese a las personas que declaraban en su contra.

La inquisición tenía injerencia en la persecución y penalización de los delitos; se carece de datos relativos a los substitutivos a la pena, ya que los hombres y mujeres delincuentes fueron ejecutados sin mayor juicio que aquel que se hacía llevar para comprobar su culpabilidad.

Hubo algunos casos en los cuales se liberó al delincuente, ya fuera por haber detenido a la persona equivocada o el de tener testigos de honra que declarasen a su favor.

3. Epoca Independiente.

Al consumarse la independencia de México en 1821, las principales leyes vigentes eran: Como derecho principal, la Recopilación de Indias complementada con los Autos Acordados, Las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y aguas y de Gremios; y como derecho supletorio la Novísima Recopilación, Las Partidas y Las Ordenanzas de Bilbao (1737), constituyendo éstas el Código Mercantil que regía para su materia, pero sin referencias penales.

Era natural que el nuevo estado nacido con la independencia política, se interesara primeramente por legislar sobre su ser y funciones; existía una escasa legislación para atacar los inminentes problemas que en materia penal existían.

Así pues, consumada la independencia, se encontraba el país en completo desorden respecto de sus leyes y de su forma de gobierno. Abundaba la vagancia y la mendicidad, los salteadores de caminos y en general casi todos los delitos que hoy existen como tales. Seguía prevaleciendo el sistema de tipo inquisitivo en la época independiente, en donde el juez gozaba de un poder ilimitado y el proceso lo llevaba en

secreto, pero era escrito desde el principio hasta el final y el procesado carecia prácticamente de derechos.

Situaciones de confusión y vaguedad inspiraron a los legisladores a crear un cuerpo de leyes que fuera más eficaz y así se crearon diferentes disposiciones legales como las de 1837, que se ocupaban del proceso penal y señalaban las normas que deben seguirse en la secuela del proceso, pero como además de esta disposición se seguía aplicando la ley española, esto daba origen a múltiples diferencias y trámites.

En 1871, aparece el primer Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California, en donde ya se encontraban previstos los delitos contra el orden de las familias o las buenas costumbres. De esta manera encontramos: Capitulo I, Ultrajes a la moral pública. Capitulo II, Atentados contra el pudor, estupro y violación. Capitulo III, Corrupción de menores. Capitulo IV, Rapto. Capitulo V, Adulterio. Capitulo VI, Bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales.

El Código de 1929, ya trata los delitos materia del presente trabajo como "Delitos contra la Libertad Sexual" y

se encuentran comprendidos Atentados al pudor, Estupro y Violación.

En el Código Penal vigente (1931) se les denominaba "Delitos Sexuales" y comprende los delitos de Atentados al pudor, Estupro y Violación. Después de diversas reformas en la actualidad los delitos de Hostigamiento sexual, Abuso sexual, Estupro y Violación, se encuentran en el Título Décimo Quinto, bajo el nombre de "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL", tipos penales que serán materia de estudio más adelante.

C A P Í T U L O I I

CONCEPTOS GENERALES

1. El delito

La palabra delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según los pueblos y épocas, con la consiguiente mutación moral y juridico-política.

Delito deriva del supino delictum, del verbo delinquere, a su vez compuesto de "lin quere" (dejar) y el prefijo "de", en la connotación peyorativa, se toma como linquere vian o rectum viam: dejar o abandonar el buen camino.

Ya los estudiosos del derecho penal definen al delito de la siguiente manera:

Francisco Carrara lo define como "la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre,

positivo o negativo moralmente imputable o politicamente dañoso".¹³

Jiménez de Asúa estima al delito como "un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción".¹⁴

Nuestro Código Penal en su artículo 7º define al delito como "El acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Si bien es cierto, como lo señalan algunos autores en la materia, presenta dificultad definir al delito, si puede caracterizarse jurídicamente mediante el señalamiento de sus atributos o características esenciales.

A continuación se hará referencia a las teorías o sistemas que han estudiado el ilícito penal, tomando en consideración que los sistemas principales para la realización del estudio jurídico-esencial son:

¹³ Carrara, Francisco. "Programa de Derecho Criminal" Volumen I, número 21, p. 60.

¹⁴ Jiménez de Asúa, Luis. "La Ley del Delito", Segunda edición, Editorial Temis, 1954, p. 75.

a).- Unitario o totalizador y

b).- Atomizador o analítico.

En el sistema unitario o totalizador el delito no se puede dividir para su estudio, ya que integra un todo orgánico, el delito constituye un bloque monolítico, el cual no es fraccionable.

En el sistema atomizador o analítico se estudia el ilícito penal por los elementos constitutivos, pero se considera que todos sus elementos integran una unidad. "Atomizar (de átomo) Tr. dividir en partes sumamente pequeñas, pulverizar".¹⁷

La concepción analítica "estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellas, en razón de la unidad del delito".¹⁸

¹⁷ "Diccionario de la Lengua Española", Real Academia Española, 19a. Edición, Editorial Espasacalpe, Madrid, 1970 p. 860.

¹⁸ Porte Petit, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I". 11ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1985. p. 197.

Confrontando estas dos teorías, compartimos el punto de vista del Maestro Celestino Porte Petit, quien toma partido por la segunda, es decir, por la teoría atomizadora o analítica del delito, toda vez que el mismo es susceptible de desintegración en sus elementos, pero no perdiendo de vista su íntima interconexión.

De acuerdo con el criterio antes mencionado, encontramos la "dicotómica o bitómica, tritómica o triédrica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideran para estructurar el delito; concepciones que desde la bitómica a la heptatómica pueden formarse con elementos diferentes".¹⁹

La teoría dicotómica en consecuencia es la que divide en dos partes los elementos del delito; tritómica la divide en tres partes, la tetratómica en cuatro, la pentatómica en cinco partes, la hexatómica en seis partes y por último la heptatómica en siete partes.

¹⁹ Ibidem, p. 197.

Por lo que hace a la teoría atomizadora del delito, se considera inadecuada para explicar la naturaleza del delito, atendiendo al hecho de que los elementos del delito solamente se pueden dividir en el número de elementos que totalmente lo integran y no forzar dicha integración exclusivamente a un determinado número de elementos.

Existe un tercer sistema que estudia al delito, la teoría sintética o ecléctica, elaborada por el jurista Rodríguez Muñoz y es aquella que concilia las doctrinas que parecen mejores, aunque procedan de diversos sistemas, pretende construir una definición partiendo de dos o más definiciones.

El delito tiene aspectos positivos y negativos, según su concepción.

Positivos: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad.

Negativos: Ausencia de conducta, ausencia de tipo o atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad,

inculpabilidad, falta de condiciones objetivas, excusas absolutorias.

Así, la conducta o hecho se obtiene del artículo séptimo del Código Penal y de cada tipo o descripción legal (delito). La tipicidad se da cuando existe la adecuación de la conducta a alguno de los tipos previstos en el Código Penal; la antijuridicidad se presenta cuando el sujeto no se encuentra protegido por causas de licitud (artículo 15 del Código Penal); la imputabilidad se presenta cuando no se presenta alguna causa de inimputabilidad establecida en el artículo 15 fracción VII del Código Penal. Existe culpabilidad de acuerdo a los artículos 8 y 9 de nuestra ley penal. La punibilidad cuando no se presentan excusas absolutorias, descritas por nuestro Derecho Positivo. Las condiciones objetivas de punibilidad, cuando al definir el delito existan requisitos constantes, pero no aparecen variables de acuerdo a cada tipo; pueden o no presentarse.

Es conveniente ahora pasar al estudio de las escuelas penales para poder comprender así en forma integral al delito.

Las principales escuelas penales son dos: La Escuela Clásica del Derecho Penal y la Escuela Positiva, aunque cabe señalar que posteriormente a éstas surgieron otras corrientes de tipo ecléctico, tal y como la escuela del Positivismo Crítico y Terza Scuola (denominada Tercera Escuela para distinguirla de la Clásica y de la Positiva). A continuación se hace una breve referencia de las principales escuelas penales.

2. Escuela Clásica

Francisco Carrara es considerado como el padre de la Escuela Clásica del Derecho Penal, porque le dio una sistematización impecable. Carrara sostiene, entre otras ideas, que el Derecho es connatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad desde su creación para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La ciencia del Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas. El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del Derecho peligroso para el mismo. La pena, con el mal que inflige al culpable, no debe exceder de las necesidades de la tutela jurídica, si excede, ya no es protección del Derecho, sino violación del mismo. La

imputabilidad penal se funda en el principio del libre albedrío.

Los positivistas del siglo pasado (en especial Enrique Ferri), bautizaron con el nombre de Escuela Clásica todo lo anterior a las doctrinas que no se adaptaban a las nuevas ideas, a los recientes sistemas; Luis Jiménez de Asúa señala que el nombre de la Escuela Clásica fue adjudicado por Enrique Ferri, con un sentido peyorativo, para significar con este título lo viejo, lo caduco.

Esta Escuela siguió preferentemente el método deductivo o como dice Jiménez de Asúa, el método lógico abstracto.

"La Escuela Clásica puede resumirse en los siguientes puntos:

- Igualdad de Derechos. El hombre ha nacido libre e igual en derechos. Esta igualdad de derechos es equivalente a la esencia, pues implica la igualdad entre los sujetos, ya que la igualdad entre desiguales es la negación de la propia igualdad.

- Libre albedrío. Si todos los hombres son iguales, en todos ellos se ha depositado el bien y el mal; pero también se les ha dotado de capacidad para elegir entre ambos caminos y si se ejecuta el mal, es porque se quiso y no porque la fatalidad de la vida haya arrojado al individuo a su práctica.
- Entidad delito. El Derecho Penal debe volver sus ojos a las manifestaciones externas del acto, a los objetivos; el delito es un ente jurídico, una injusticia; sólo al Derecho le es dable señalar las conductas que devienen delictuosas.
- Imputabilidad moral. Como consecuencia del libre arbitrio, (base de la ciencia penal para los clásicos) si el hombre está facultado para discernir entre el bien y el mal y ejecuta este, debe responder a su conducta habida cuenta de su naturaleza moral.
- Pena proporcional al delito. Consiste en una retribución señalada en forma fija. Método deductivo. En la escuela Clásica el Método deductivo teleológico, es decir,

finalista, especulativo, propio de las ciencias culturales".²⁰

Según Carrara para que el delito exista, precisa de un sujeto moralmente imputable; que el acto tenga un valor moral; que derive de él un acto social y se halle prohibido por una ley positiva. La Escuela Clásica mira preferentemente la acción criminosa, el delito mismo, con independencia de la personalidad del autor.²¹ Para el autor antes mencionado el delito consiste "en la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo, negativo moralmente, imputable y políticamente dañoso".

A raíz del positivismo se abandonaron los lineamientos clásicos.

²⁰ Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa, Décimo Primera Edición, México, 1977, p. 57 y 58.

²¹ Ibidem, p. 58.

3. Escuela Positiva

La aparición de esta escuela fue consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales de los estudiosos filosóficos del siglo pasado y se hizo sentir en todas las disciplinas culturales, inclusive en el Derecho. En materia penal la Escuela Positiva se presenta como la negación radical de la Escuela Clásica, ya que pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo fundamentación objetiva, al dar preponderante importancia a la personalidad del delincuente.

El nombre Positivismo fue dado por Augusto Comte, y éste se ocupa del estudio de lo real, entendiéndose por tal, todo lo sensible, lo físico, por ello los positivistas negaron carácter científico a las disciplinas filosóficas propiamente dichas.

El método en el positivismo es el inductivo; esta escuela sostiene que el camino adecuado para la investigación en el reino de la naturaleza es la observación y la experimentación, para luego inducir las reglas generales.

Los principales exponentes de la Escuela Positiva son: César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo; con una orientación jurídica, sin embargo, hay quienes consideran a un evangelista más de esta escuela, que es Fioretti.

"Notas comunes del positivismo penal:

1. El punto de mira de la justicia penal es el delincuente, el delito es sólo un síntoma de un estado peligroso.

2.- Método experimental. Se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico sólo a lo que pueda inducirse de la experiencia y de la observación.

3.- Determinismo de la conducta humana. Consecuencia natural de la negación del libre albedrío. La conducta humana está determinada por factores de carácter físico-biológico, psíquico y social.

4.- El delito como fenómeno natural y social. Si el delito es resultado necesario de las causas apuntadas, tiene que ser forzosamente un fenómeno natural y social.

5.- Responsabilidad social. Se substituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social. Si el hombre se halla fatalmente impelido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.

6.- Sanción proporcional al estado peligroso. La sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción sino a la peligrosidad del autor.

7.- Importa más la prevención que la represión de los delitos. La pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delincuentes readaptables y la segregación de los inadaptables; por ello, interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas".²²

4. Teoría Causalista

La postura más antigua es la teoría causal de la acción o teoría causalista, modelo propuesto por Von List, Bebing y Mezger.

²² Ibidem, p. 66.

Para esta teoría la acción es una inervación muscular voluntaria (movimiento voluntario -no reflejo-), pero carece de importancia el fin a que esa voluntad se dirige. Ellos veían fundamentalmente el puro movimiento externo, físico y tenían en cuenta la voluntad del sujeto sólo en tanto el sujeto quisiera ese movimiento físico (era el aspecto mecánico de la conducta). Movimiento hecho con voluntad de moverse que causaba un resultado delictivo. El contenido de la voluntad era querer moverse, pero la finalidad la analizaban en la culpabilidad. Es decir, para los causalistas lo que el sujeto quiera no forma parte de la acción, sino de la culpabilidad.

El aspecto interno de esa acción, la cuestión subjetiva, la ubican en la culpabilidad; a tal extremo que llegó a decir Bebing "todo lo objetivo está en el tipo, todo lo subjetivo está en la culpabilidad". Según esto, el legislador describiría puros movimientos físicos (el legislador no describe la culpa, es algo que aparece en la concretización de la actividad).

Para ellos la acción es la causa del resultado delictivo, entre la acción y el resultado delictivo existe un nexo

causal y el otro elemento del delito es la culpabilidad, ya que sostenían que entre el sujeto y el resultado delictivo no hay un nexo psicológico que es la culpabilidad; para ellos el delito era acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

A la teoría de la culpabilidad la llamaron teoría psicológica de la culpabilidad; la relación entre el sujeto y el resultado tenía dos posibilidades, era dolo o culpa, entonces el dolo y la culpa eran elementos de la culpabilidad. El dolo era el conocer y querer el resultado delictivo sabiendo que es antijurídico (dolo malo o dolo valorado) porque el sujeto, no sólo conoce y quiere, sino que también sabe está prohibido por la ley y si el sujeto no sabía que estaba prohibido por la ley entonces no había dolo. A la culpa, la definieron como negligencia, impericia, falta de cuidado.

La ausencia de dolo se daba como consecuencia de un error de hecho y de derecho; o bien, por fuerza física irresistible y movimientos reflejos. Cuando se había puesto el cuidado posible y adecuado (caso fortuito), hay ausencia de culpa.

Críticas al causalismo:

a).- No puede haber voluntad sin finalidad (no hay acción) sin una finalidad.

b).- Es un sistema mecanicista (causa-efecto)

c).- No es cierto que el legislador describa en los tipos penales puras situaciones objetivas. Todos los tipos penales tienen elementos subjetivos y es inaceptable una separación entre elementos objetivos y subjetivos.

d).- Es un esquema que no responde a lo que ocurre en la realidad de esa época.

e).- Si define a la conducta como una inervación muscular, entonces qué pasaba con las omisiones?

Críticas a la teoría psicológica de la culpabilidad.

1.- Si la culpabilidad es un nexo psicológico entre el sujeto y el resultado delictivo, en los casos de culpa sin representación, no deberían considerarse delictivos, ya que en esos supuestos, no hay nexo psicológico entre el supuesto y el resultado.

2.- Ven la culpabilidad como algo interno al sujeto y no como una valoración sobre la conducta del sujeto.

5. Teoría Finalista

Para esta corriente, la acción se refiere a un comportamiento que fue previsto mentalmente, ya que la conducta desplegada por el sujeto es realizada con la finalidad de producir un resultado, toda acción delictiva lleva la intención de cometer un delito. No repara en los delitos imprudenciales. Jeshbeck Hans Heinrich, dice al respecto: "La acción no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prevenir dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan de la meta perseguida, mediante la utilización de recursos".²³

Antolisei, cuando se refiere a la Teoría Finalista destaca que: "sólo mediante acrobacias lógicas puede hacerse entrar en ella la conducta, culpas, y específicamente la debida a una culpa inconsciente; la transposición del dolo y

²³ Citado por López Betancourt, Eduardo. "Teoría del Delito", Editorial Porrúa, México, 1994. p. 7.

la culpa desde el elemento de la culpabilidad a los de la acción y la antijuricidad, constituye una verdadera aberración, haciendo imposible una neta distinción entre el aspecto objetivo y el subjetivo del delito. Su artificiosidad encuentra una confirmación en el hecho de que los mismos seguidores de la teoría finalista, cuando se disponen a examinar las individuales figuras del delito no pueden prescindir de la distinción entre el tipo objetivo y subjetivo, conforme a criterios tradicionales. En donde la doctrina aludida revela intensamente su inconsistencia, es en la determinación del concepto de culpabilidad. Al excluir de este elemento el dolo y la culpa, se le vacía de lo que es más esencial, puesto que la culpabilidad no puede ser más que una actitud psíquica contraria al deber".²⁴

Mourullo, al hacer alusión a la teoría finalista indica que "Hay que tener en cuenta, que describe correctamente las acciones plenamente conscientes, pero no, en cambio, las que no lo son, o como por ejemplo las denominadas acciones automáticas (pasear, escribir, conducir) o las pasionales que pueden tener trascendencia penal. La muestra incapaz de

²⁴ Antolisei, Francesco. "Manual de Derecho Penal", Parte General, p. 247, Uthca Argentina, Buenos Aires, 1969.

comprender a la omisión, porque en ésta -que se limita a dejar correr una cadena causal ya en marcha- falta una sobredeterminación final del proceso causal. Fracasa en los delitos imprudentes. La imprudencia consiste en la ejecución descuidada de una acción final- el automovilista que quería llegar pronto a su casa para ver a su familia (voluntad final), provoca con poco prudentes prisas la colisión (causación no requerida de un resultado dañoso), y que este descuido no puede considerarse sometido a control final".²⁵

Para esta corriente, la imprudencia consiste "en ejecución descuidada de la acción final, pero el carácter descuidado de la ejecución no es precisamente momento alguno de su finalidad. La infracción de la norma de cuidado no puede equipararse a la acción final, pues el juicio de incorrección puede formularse sólo a la vista del resultado que había de evitar, el cual se halla en el hecho imprudente precisamente fuera de la relación final".²⁶

²⁵ Mourullo, "Derecho Penal", Parte General p. 219. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1977.

²⁶ Jescheck, Hans-Heinrich, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Vol. I, 3a. ed. Editorial Bosch, Barcelona 1989.

En la actualidad en nuestra legislación penal se encuentran mezcladas ambas corrientes (finalista y causalista).

C A P I T U L O I I I

DELITOS COMETIDOS CONTRA EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL

1. Aspectos Generales

La idea de que la única finalidad de las relaciones sexuales era la procreación y la fecundación, fue llevada por muchos pueblos a tales extremos que la dignidad de la mujer dependía de tener hijos y estaba en proporción al número de éstos. De tal manera que se respetaba a la mujer en función de su fecundidad y aquella mujer que fuese estéril era frecuentemente despreciada y tratada como un ser inútil.

Entre los pueblos primitivos, tenemos que los sentimientos de fidelidad y de honra eran similares entre sí, pues incluso la mujer era considerada como una propiedad. Así entonces, el derecho a poseerla aún antes que el marido pertenecía a los miembros de edad avanzada de la tribu o clan, siendo común, por otra parte, el préstamo de la mujer como símbolo de alta estima. En la época del feudalismo era usual el reconocimiento al señor feudal, del derecho a que

por una noche le perteneciera la mujer del vasallo, y en uso de ese derecho, el señor feudal podía obligarla a casarse.

La violencia en las relaciones sexuales en su fase primitiva fue el medio imperante en las relaciones de un sexo con otro. Es así como el hombre fue pasando, a través de la evolución humana, por esa serie de usos y costumbres que hoy en día son consideradas como crímenes o delitos no menos graves que los demás, como lo son el incesto, el estupro y la violación, por mencionar sólo algunos.

Con el transcurso del tiempo, la humanidad fue evolucionando en todos los aspectos, tanto en la mentalidad de la sociedad como en la moral individual y colectiva, y de esta manera fueron surgiendo las ideas sobre el instinto sexual, que dejaba de ser violento y animal para dar paso a la simpatía, al afecto y al amor, atribuyéndoseles a las ideas-sentimientos (pudor, virginidad y fidelidad) el valor que revisten, las cuales se van engrandeciendo, aunque lentamente, en forma positiva y constante.

Ahora bien, dentro de la clasificación de delitos que elabora Ihering²⁷, los delitos sexuales resultan ser, o bien lesivos al individuo, o bien lesivos a la comunidad. Sin embargo, aún existen legislaciones que refieren como objeto de la tutela los bienes jurídicos colectivos; así pues, por mencionar algunos, tenemos que la legislación italiana cataloga estos delitos como "Contra Il Buono Costume e L'ordine delle famiglia", y entre los americanos encontramos que el Código Uruguayo los cita también bajo dicho rubro, mientras el Código de Brasil los comprende como "Crímenes contra las costumbres".

Podemos darnos cuenta que la mayoría de las legislaciones vigentes hacen referencia a bienes jurídicos individuales, aunque no concretan el objeto protegido dentro de la esfera de los intereses sexuales: al igual que los ya citados, tenemos también el Código de Bolivia, que ubica la violación y el atentado al pudor en el título relativo a los delitos contra la voluntad, en razón de la participación que se impone al sujeto pasivo contra su voluntad, presunta u ostensible. Al respecto considero que dicha clasificación no

²⁷ González Blanco, Alberto. Citado "Delitos Sexuales", Editorial Aloma, México 1958, p. 23.

es la correcta, ya que la voluntad sexual como aspecto particular de la voluntad, alcanza una categoría propia que merece una protección jurídica especial; de lo contrario equivaldría a negar la necesidad de incluir un código con rubro especial que comprenda delitos sexuales, que se caracterizan por la imposición violenta o engañosa de una conducta sexual sobre el sujeto pasivo.

Para denominar con propiedad como sexual un delito desde un punto de vista doctrinario, es menester que éste reúna dos condiciones:

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

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

Analizando el primer elemento, se observa que no es suficiente que la conducta que el activo realice, tenga un móvil u objeto de carácter erótico, sino además, es necesario que la conducta positiva del activo se materialice o

manifieste en actividades lúdicas somáticas ejecutadas en el cuerpo del pasivo u ofendido, las cuales pueden consistir en simples caricias o tocamientos libidinosos, como en el abuso sexual, o bien en las distintas formas del ayuntamiento sexual, ya sea normales como en el delito de estupro, o bien anormales o contra natura como en el delito de violación.

En cuanto a la segunda condición, es menester que la acción lúdica del delito al ser materializada, traiga como consecuencia un daño o peligro de los intereses protegidos por la ley penal, relativos a la propia vida sexual de la víctima.²⁸

En cuanto a los bienes jurídicos expuestos a la lesión por la conducta del sujeto activo, éstos pueden variar según las diversas figuras del delito. Así pues en la violación, la cópula no consentida e impuesta por la fuerza física o moral constituye un evidente ataque a la libre determinación de la conducta erótica del ofendido, atacando de esta forma la libertad sexual. Por otro lado, en cuanto al delito de estupro, tenemos que la cópula realizada con mujeres núbiles

²⁸ González de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano", Tomo III Los Delitos, Editorial Porrúa, México 1945, p. 14.

por su corta edad, con su consentimiento adquirido por medios engañosos o de seducción, lo que el legislador tutela no es otra cosa que la seguridad sexual de las jóvenes inexpertas, contra actos carnales que vienen a facilitar su prematura corrupción de costumbres.

Respecto al objeto de la tutela penal en los delitos de libidine, éste consiste en el interés social de asegurar el bien jurídico de las costumbres en cuanto se refiere a la inviolabilidad carnal de la persona, contra las manifestaciones violentas o de cualquier otra índole, abusivas o corruptas de la libidine de otra.

Para concretar lo anterior, respecto a las notas esenciales que presentan los delitos sexuales, se puede proponer como noción general de los mismos la siguiente: Son aquellas en que las acciones típicas consisten 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, bienes jurídicos éstos tutelados por la ley penal.

2. Análisis de los elementos del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Toda vez que los delitos materia de esta tesis van a ser estudiados a la luz del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, considero prudente hacer un somero análisis de los elementos requeridos por esta norma:

La existencia de una acción.- Ricardo Abarca dice "La acción en el Derecho Penal, equivale a una conducta humana" y una conducta humana es un comportamiento voluntario, ya que el individuo es quien decide libremente un hacer. La conducta tiene varios sinónimos como "el hecho", "la acción", "el acto", etc. puede ser una conducta de acción o de omisión, que a su vez se divide en omisión simple y comisión por omisión.

La acción se entiende en dos sentidos:

a).- Sentido amplio "consiste en la conducta exterior voluntaria (hacer activo u omisión), encaminada a la producción de un resultado, consistente éste en una modificación del mundo exterior o en el peligro de que llegue

a producirse.²⁹ La acción es un acto de voluntad y se exterioriza con un hacer o una inactividad cuyo resultado es la modificación del mundo exterior o bien el peligro que se da en la conducta, resultando así un nexo causal entre la conducta y el resultado.

b).- Sentido estricto: "consiste en movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o un peligro de que se produzca. La acción (como hacer activo) exige además de voluntad en el agente una actividad corporal".³⁰

En la acción se da un movimiento corporal por parte del sujeto activo y tiene tres elementos:

- a).- Movimiento.
- b).- Un resultado, y
- c).- Una relación de causalidad.

²⁹ Cuello Calón, Eugenio, "Derecho Penal", Parte General, Tomo I, 9a. Edición, Ed. Nacional, México, 1961, pp. 184-185.

³⁰ Ibidem, p. 185.

El ser humano es el único capaz de realizar conductas; puede ser sujeto activo del delito y punible a las sanciones penales, ya que sólo él tiene voluntad. La conducta de acción se integra por un movimiento voluntario descrito en el tipo penal y siempre se viola una norma prohibitiva. La conducta como elemento del delito, es antijurídica, es decir, contraria a derecho.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al referirse al significado de conducta asienta que "dentro del significado de conducta debe entenderse el comportamiento corporal voluntario"³¹.

La Participación.- La participación es tan antigua como el delito y las más viejas legislaciones la aceptaron.

Así como se reconoce que el hombre con su conducta puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres con sus actividades pueden infringir una sola norma; en el primer caso existe

³¹ Semanario Judicial de la Federación, CXII, p. 1850.

pluralidad de delitos; en el segundo, unidad en el delito con concurso de sujetos.

Maggiore Giuseppe³², empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; este será unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice ordinariamente por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho sólo admite la comisión del delito con pluralidad de personas.

Hecha la distinción anterior, debemos separar el concurso necesario en virtud de que la exigencia del tipo precisa la participación de varias personas sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado concurso eventual, en donde sin existir la exigencia aludida la intervención de varios sujetos hacen nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina eventual o participación propia.

³² Cit. por Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", México, Editorial Porrúa, p. 493.

Elementos de la Participación.- Atendiendo a los elementos que conforman la participación, diremos que ellos son:

a).- Un elemento material, identificado con el hecho ejecutado que se integra con los subelementos conducta, resultado y nexa causal. La conducta resulta plural por cuanto son varias las que intervienen para producir el resultado. Es decir, de un modo lógico, son varias las personas que intervienen en expresarla, de manera que cada una de sus conductas debe constituir condición causal en el resultado, por influir todas ellas a producirlo, y

b).- Un elemento subjetivo y psíquico, consistente en la convergencia de las voluntades respecto a la producción del resultado, sin ser necesario a éste un momento determinado dentro del proceso ejecutivo; lo fundamental es que quienes participan tengan conciencia y voluntad de cooperar al acaecimiento del evento.

El artículo 13 del Código Penal previene que son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización.
- II.- Los que lo realicen por si;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro cometerlo;
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- VIII.- Los que sin acuerdo previo intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Como podemos ver, existen diversas formas de intervención y a cada una de ellas se les da un tratamiento especial.

El sujeto activo del delito puede ser clasificado en: autor material, coautor, autor intelectual, autor mediato y cómplice.

Autor Material.- Se encuentra previsto en la fracción II del artículo 13 del Código Penal "los que lo realicen por si"

por lo que tenemos que son los que ejecutan de manera directa y material el delito.- Ricardo Abarca, en su libro *el Derecho Penal en México* indica al respecto autor material, "Es el que por si mismo ejecuta los actos externos descritos por la ley como elementos del delito".³³ El maestro Pavón Vasconcelos dice que autor material "es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley. Son autores en el orden material y por ello inmediatos, quienes realizan la ejecución de la acción típica".³⁴

Maggiore Giuseppe, dice que es aquel que con su acción, completa por el aspecto físico y por el aspecto psíquico, comete el acto delictuoso. Autor es el agente, el sujeto activo, el reo, en sentido primario, a que se refiere la ley, cuando establece el modelo del delito. Por regla general se le indica con la expresión "el que".³⁵

³³ Abarca Ricardo, *El Derecho Penal en México*, Ed. Cultura, México, p. 159.

³⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, México.

³⁵ Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal*, Tomo II, 5a. Ed. Ed. Temis, Bogotá, 1989 p. 107.

La conducta de este autor es positiva o negativa (acción u omisión), respectivamente, según sea requerido por la norma.

Coautor.- Es quien en unión de otros autores responsables, ejecuta el delito, realizando conductas señaladas en la descripción penal, por lo que todos los coautores son igualmente punibles.

La coautoría es una forma de participación, el coautor es responsable de su acción y no depende de otro, debe reunir todas y cada una de las condiciones requeridas para el autor, en la coautoría hay imputación recíproca y supone autoría, en todos concurrentes en la realización del hecho delictivo. La coautoría no se presenta en delitos imprudenciales, ya que no hay dolo y faltaría el común acuerdo y como ya se dijo es un elemento importante para que se de la coautoría. La coautoría se encuentra prevista en el artículo 13 fracción III del Código Penal "los que lo realicen conjuntamente".

Autor Intelectual.- Se encuentra previsto en el artículo 13 fracción I del Código Penal, al establecer que son responsables del delito. Los que acuerden o preparen su realización.

Así, el autor intelectual es quien prepara la realización del delito y provoca o induce a otro a su ejecución convirtiéndose así en instigador.

El autor intelectual es quien induce a otro a la realización del hecho delictuoso, por medio de la inducción la cual no es otra cosa más que el influjo llevado a cabo por una persona intencionalmente sobre otra para la comisión de un ilícito. El autor intelectual ha de tener conocimiento de las circunstancias y el hecho delictivo y debe estar dirigida a un ilícito en particular, por lo que debe distinguirse el elemento "intencional".

El autor material es el instigado, el que fue inducido a cometer el delito.

El autor intelectual se vale de otra persona quien puede o no cometer el hecho delictivo.

Autor Mediato.- Se encuentra previsto en el artículo 13 fracción IV del Código Penal al establecer que "los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro", como puede observarse no realiza el delito directa ni personalmente, acude a otra

persona extraña que utiliza como instrumento para su perpetración y está próximo a la persona implicada para cometer el delito en tiempo, lugar o grado.

Para Zaffaroni el autor mediato "se vale de quien actúa típicamente o cuando se vale quien actúa justificadamente, el autor por determinación se está valiendo de la conducta de otro, es decir, que interpone a otro que realiza la conducta por el, dado que no realiza directamente la conducta típica, esta forma de autoría por determinación se llama autoría indirecta, o más comunmente autoría mediata".³⁶ Por lo anterior, podemos llegar a la conclusión de que el autor mediato tiene el control del hecho y utiliza como instrumento a otro individuo.

Cómplice.-Se encuentra prevista en el artículo 13 fracción VI del Código Penal, al referir: "Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión".

³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, Ed. Cardenas Editor y Distribuidor, Mexico, 1989, p. 319.

El cómplice realiza acciones secundarias encaminadas a la realización del hecho delictivo; puede participar moralmente, instruyendo al autor material; en algunos casos puede ser cómplice material, prestandole los medios para su realización o bien interviene en la ejecución del hecho delictivo con actos ajenos que no están previstos en nuestro Código Penal, por lo que podemos sintetizar que el cómplice es aquel que aporta una parte significativa e indispensable para su comisión sin considerarse autor.

Dolo.-Uno más de los elementos exigidos por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales es el dolo, al referirse en su fracción II "La realización dolosa o culposa de la acción u omisión". El dolo como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho con un resultado típico y antijurídico, en términos del párrafo primero del artículo 9o. del Código Penal.

Carmignani, define al dolo como el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores.

Carrara, define al dolo como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley.

Jiménez de Asúa, dice "dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica".³⁷

Para Cuello Calón dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso.³⁸

Para el maestro López Betancourt, el dolo consiste en el conocimiento de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación del mismo. El dolo es la voz más patente en la culpabilidad. Para fundamentar el dolo es

³⁷ Jiménez de Asúa Luis. "Tratado de Derecho Penal", V. Buenos Aires, 1956, p. 417.

³⁸ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal 9a. Ed. Editorial Nacional, México, 1961, p. 441.

indispensable unir dos teorías, una llamada de la voluntad y una llamada de representación".³⁹

El maestro Luis Jiménez de Asúa, en su libro "Principios de Derecho Penal" hace referencia a las teorías de la voluntad y de la representación, indicando: "En tal sentido, la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar su actividad voluntaria".⁴⁰

Elementos del dolo.- Por cuanto a los elementos integrantes del dolo, Maggiore Giuseppe refiere que son dos:

- 1.- La previsión (o representación) del resultado.
- 2.- La violación de él".⁴¹

Si alguno de estos dos elementos faltase, no puede haber dolo.

³⁹ López Betancourt, Eduardo, "Teoría del Delito". Editorial Porrúa, S.A. México, 1994, p. 208-209.

⁴⁰ Jiménez de Asúa, Luis. "Principios de Derecho Penal". La ley y el delito. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 360.

⁴¹ Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal" I. Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 576.

Por su parte, el maestro López Betancourt dice que el dolo está compuesto por los siguientes elementos:

"a).- Intelectual. Implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo, y

b).- Emocional. Es la voluntad de la conducta o del resultado".

En los elementos intelectuales del dolo se refiere al conocimiento de la naturaleza de los hechos y de significación jurídica.

Especies de dolo.- En cuanto a sus especies, el dolo se divide en:

A).- Dolo directo.

Cuando se quiere la conducta o el resultado. El dolo se caracteriza por querer el resultado, si el delito es material, y en querer la conducta, si el delito es formal. De la anterior definición, se desprenden los elementos siguientes.

a).- Que el sujeto prevea el resultado, y

b).- Que lo quiera.

B).- El dolo indirecto o dolo de consecuencia necesaria, se da cuando el sujeto activo del delito tiene la convicción de que causará otros resultados típicos y antijurídicos que no persigue directamente y aún previendo el resultado ejecuta el hecho.

C).- Dolo eventual.- Maggiore dice: "Sólo una categoría puede decirse que no es inútil ni estorbosa: la del dolo llamado eventual, cuya función es señalar los límites entre el dolo y la culpa consciente".⁴²

El maestro López Betancourt, al referirse al dolo eventual, indica que en el dolo eventual hay una representación del resultado, pero no hay voluntad del mismo, porque no se quiere el resultado, sino se acepta en caso de que se produzca. Aquí el sujeto tiene presente que puede ocurrir un resultado, puede ser posible y sin embargo, actúa para que se verifique sin siquiera tratar de impedir que se realice.

⁴² Ibidem, p. 576

De esta manera tenemos que los elementos del dolo eventual son:

a).- Representación del probable resultado.

b).- Aceptación del mismo.

D).- Dolo de consecuencia necesaria (dolo directo de segundo grado).

El maestro Jimenez de Asúa, en relación al dolo de consecuencia necesaria señala que: "no es un dolo eventual, ya que la producción de los efectos no es aleatoria sino irremediable".⁴³

El dolo de consecuencia necesaria, surge entonces, cuando se quiere un resultado y se preve como seguro otro, derivado de la misma conducta. Como puede verse, su naturaleza es de un dolo directo, ya que como se dijo anteriormente, el dolo directo se caracteriza por querer el resultado, ya sea material o formal.

⁴³ Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el Delito". Ed. Hermes, Mexico, 1986, p. 366.

El maestro López Betancourt dice al respecto "debemos entender por dolo de consecuencia necesaria, cuando queriendo el resultado, se prevé como seguro otro resultado, derivado de la misma conducta. La naturaleza del dolo de consecuencias necesarias es indudablemente la de un dolo directo, porque aún cuando es cierto, no se desea el resultado que forzosamente acaecerá, no es discutible que el sujeto se representa esta circunstancia, consistente en su indiscutible realización, ligada consecuentemente al resultado querido".⁴⁴

Culpa.- Si bien es evidente que los delitos que se estudian en este trabajo admiten únicamente realización dolosa, se hará de cualquier forma un somero análisis de la culpa, toda vez que el propio artículo 122 ya referido contempla a esta también como un elemento requerido que debe ser acreditado en los delitos culposos.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

⁴⁴ López Betancourt, Eduardo, "Teoría del Delito", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, p. 216.

Edmundo Mezger nos dice "actúa culpablemente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever".⁴³

Violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse. En estricto sensu: El acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia o imprudencia de quien los comete, con abstracción de cualquier querer doloso. Gira en torno a la idea de previsibilidad.

Previsible: Aquello que pudo o se debió prever poniendo el debido cuidado. (Si no se pudo prever o si previsto no pudo evitarse) sería el caso fortuito o de fuerza mayor.

Muchas son las teorías acerca de la esencia de la culpa. La culpa consiste en la previsibilidad del resultado no querido, escribió Carrara "La culpa se define: la voluntaria omisión o diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. Dicese consecuencia previsible porque la esencia de la culpa está en la previsibilidad".

⁴³ Mezger, Edmundo. "Derecho Penal" Parte General, Segunda Edición, Editorial Cárdenas, México, 1990, p. 45.

A nosotros nos parece que para comprender la verdadera esencia de la culpa hay que considerar que en la vida social se producen a menudo situaciones en las que en una actividad orientada a un fin pueden seguirse consecuencias dañosas a terceros. La experiencia común o técnica, es decir, propia de todos los hombres y de una categoría de personas que despliegan una actividad particular, enseña que en esos casos hay que usar determinadas precauciones, a fin de evitar que se perjudiquen intereses ajenos. Surgen de ese modo reglas de conducta. Frecuentemente se trata de simples usos sociales, como por ejemplo aquel en virtud del cual el poseedor de una arma de fuego tiene la obligación de descargarla cuando la deja en un lugar frecuentado.

El delito culposo nace siempre y sólo de la inobservancia de algunas normas.

Una vez analizados los elementos indispensables requeridos por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el mismo señala ciertos requisitos que deberán quedar acreditados si el tipo lo requiere como son:

a).- Las calidades del sujeto activo y pasivo.- Por tratarse el presente trabajo de delitos de carácter sexual, habremos de analizar éstas en relación con cada uno de los tipos en estudio.

b).- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión (Nexo de causalidad).

Resultado.- Elemento exigido por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, entendido éste como las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa, ya que la conducta desplegada por el sujeto activo del ilícito vulnera el bien jurídico tutelado por la norma.

Migliore Giuseppe, define al resultado como "la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito fijado por la ley. El resultado es el efecto voluntario en el mundo exterior, o más precisamente la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa".⁴⁶

⁴⁶ Migliore, Giuseppe. "Derecho Penal I", Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá 1989, p. 357.

El Maestro López Betancourt, en su libro Teoría del delito, indica que el resultado alude exclusivamente a las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior, lo que la ley considera decisivo para la realización del delito” 47

El Maestro Luis Jimenez de Asúa, en su libro Principios de Derecho Penal asienta: “El resultado no es sólo el daño cometido por el delito, no consiste únicamente en la modificación material del mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral. El peligro corrido de que habló elegantemente Carrara, es el resultado en la tentativa, no se produjo la muerte del sujeto en el botado del homicidio, pero se alteró el mundo exterior lesionando la seguridad, la tranquilidad de la víctima. Para nosotros no existe delito sin resultado. La vieja categoría de los delitos formales era falsa. Lo que acontece en ciertas infracciones es que

47 López Betancourt, Eduardo. “Teoría del Delito”, Editorial Porrúa, México 1994, p. 84

la manifestación de la voluntad y el resultado aparecen contemporáneamente y con aspectos inseparables".⁴⁸

Los delitos pueden ser de resultado formal o material; en los delitos formales se agota el tipo penal en el movimiento corporal; en los delitos materiales se integra con la producción de un resultado objetivo o material.

Nexo de causalidad.- Relación que existe entre el acto o conducta humana y el resultado.- El Maestro Fernando Castellanos Tena indica que "entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. Por supuesto, sólo tiene sentido estudiar la relación de causalidad en los delitos en los cuales el tipo exige una mutación en el mundo externo a cuyo elemento

⁴⁸ Jiménez de Asúa, Luis. "Principios de Derecho Penal". La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990, p. 214.

objetivo el Profesor Porte Petit, como hemos dicho, denomina "hecho".⁹

Existen varias doctrinas en relación a la causalidad de la conducta y el resultado, una es la generalizadora, ya que toma en consideración las condiciones como causa del resultado y si se suprime una de las condiciones el resultado no se produce; la individualizadora, considera sólo una de las condiciones como productora del resultado en relación a una característica temporal cuantitativa o cualitativa. La relación de causalidad es el nexo que existe entre la conducta y una consecuencia de la misma que es el resultado. Es decir, deben estar los tres elementos de la conducta que son un acto positivo o negativo, un resultado y un nexo de causalidad, entre el acto y el resultado. Para que exista el nexo de causalidad además de los anteriores elementos se debe verificar la existencia de una relación psicológica entre la conducta y el resultado.

c.- El objeto material.-Siempre será en este caso el ser humano.

⁹ Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa Vigésima Sexta Edición, p. 156.

d).- Los medios utilizados.- Estos pueden ser de diversa índole, pero concretamente en los delitos de carácter sexual concurre o debe concurrir la violencia física o moral, por lo que se va a proceder a hacer un análisis tanto de la violencia física como de la moral, que necesariamente va a incidir en estos delitos.

La violencia en términos generales se constituye por el concurso de dos voluntades contradictorias y puestas directamente en pugna recíproca, es decir, la del sujeto pasivo, que no quiere padecer ese ultraje, y la del sujeto activo que quiere ultrajar y además vencer por el temor o la fuerza física la voluntad del sujeto pasivo, que él sabe es contraria, para hacerla impotente para resistir su deseo como quiera que sea.

En la violación, el sujeto emplea como medio para vencer la resistencia u oposición de la víctima, la violencia que puede ser: física (vis absoluta) o violencia moral (vis compulsiva).

Violencia física (vis absoluta).- La violencia física consiste en la fuerza material implicada directamente en el

cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga contra su voluntad a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir.

Para Groizar "La violencia en su sentido jurídico es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar".⁵⁰ Carrara considera que la violencia verdadera surge en todos aquellos casos en que la voluntad contraria de la víctima, o bien se sometió por medio de la fuerza física o bien subyugada por una fuerza moral, consistente en la amenaza de males graves. Saltelly y Romano Di Falco, coinciden en decir que "la violencia física consiste en el uso de fuerza material ejercida sobre la persona de la víctima para constreñirla a la conjunción carnal".⁵¹ El maestro Porte Petit, indica que la Vis absoluta en el delito de violación "es la fuerza de naturaleza material bastante o

⁵⁰ Citado por Gonzalez de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". p. 394.

⁵¹ Carrara, Francisco, "Programa de Derecho Criminal". p. 252.

suficiente, desplegada en el sujeto pasivo, para la obtención de la cópula".⁵²

El empleo de la fuerza material (vis absoluta), hace revestir al delito de un carácter muy grave, por el extremo peligro que trae consigo, ya que el brutal impetu de la acción ofende intensamente la libertad personal y la integridad corporal, aunado lo anterior a que su empleo produce intensa alarma pública, con síntoma de inseguridad individual y colectiva.

La vis absoluta o fuerza física debe ser ejercitada sobre la persona misma en quien se pretende realizar la conjunción sexual; "La violencia, sea física -vis absoluta- sea moral -vis compulsiva-, es el medio operativo señalado por la ley para la obtención del acceso carnal. Ha de ser capaz de vencer la resistencia del sujeto pasivo, de modo que se pretende como la causa inmediata y directa de dicho acceso" ⁵³. Carrara ha manifestado que la violencia debe ser ejecutada "sobre persona y precisamente sobre la persona

⁵² Porte Pettit, Celestino. "Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación". p. 42.

⁵³ Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. "Código Penal Anotado" Décima Quinta Edición. Edit. Porrúa, Méx. 1990 p. 522.

misma de quien quiere abusarse. No habrá violencia sobre las cosas como derribando puertas y defensa para llegar a la mujer que ha prestado su consentimiento, ni cuando asusen contra otras personas, como sobre el criado que quisiera impedir el acceso a la mujer deseosa de constrofir los deseos de su amante"⁵⁴. En similares terminos se conducen Chauveau y Helie al manifestar que "quien escala o rompe las puertas de una casa o de una alcoba para penetrar cerca de una mujer y al que ésta se abandona en seguida voluntariamente, no se hace culpable de la violencia constitutiva"⁵⁵.

La doctrina señala como requisitos para la existencia de la vis absoluta, los siguientes:

a).- La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo.

b).- Debe ser la fuerza suficiente para vencer la resistencia; y

⁵⁴ "Programa de Derecho Criminal", pp. 255 y 256.

⁵⁵ Citado por González de la Vega, Francisco, "Derecho Penal Mexicano" p. 394.

c).- La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria y constante, como lo manifiesta Carrara⁵⁶, -seria, es decir, no fingida para simular honestidad, sino que en realidad exprese un querer decididamente contrario; y constante o continuada, o sea mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar a un concurso en el goce mutuo.

Para el efecto, creo prudente asentar el criterio de Pacheco, quien al respecto nos dice: "No es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos, la ley no exige tanto, sobre todo al igualar con la violencia física la intimidación, ha dado bien claro a entender la idea que dirige. No debía buscar mujeres heroínas, ni en los violadores colosos de la fuerza o de poder. Resultando que la resistencia fue verdadera y que se emplearon medios capaces de sujetar, de utilizar, de amedrentar a una persona común, la violencia está justificada"⁵⁷.

⁵⁶ Carrera, Francisco. "Programa de Derecho Criminal" p. 254.

⁵⁷ Citado por González Blanco, Alberto, "Delitos Sexuales" pp. 150 y 151.

Francisco Carrara nos dice "es preciso que la resistencia de la mujer que afirma haber sido violentada, se haya manifestado con gritos o actos de fuerza que verdaderamente demuestren en ella una voluntad opuesta a la de su atacante; no basta que se haya limitado a decir no quiero, dejando luego que el hombre satisfaga su deseo sin resistirlele, - sigue diciendo- la mujer que en verdad no quiere, tiene medios muy positivos para demostrar cierta y clara su posición, tanto ante el hombre que la requiere, como después ante los jueces, para hacer indudable el dolo de aquél y tranquilizar la conciencia de éstos"⁵⁸.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que "La fuerza ha de ejercitarse sobre la misma persona que se viola, y ha de ser constante, pues si aquella cede al que violentamente intenta poseerla, no puede considerarse víctima de violación"⁵⁹ y que "Para que se tenga por existente la violencia como elemento material de violación, no se requiere la presencia de lesiones corporales, ya que basta para tal efecto, la coacción física

⁵⁸ Carrara, Francisco. "Programa de Derecho Criminal" p. 252 y 253.

⁵⁹ Semanario Judicial de la Federación Tomo LX. Quinta Epoca, p. 768.

o moral conducente a la realización de la cópula y la ausencia de la voluntad de la ofendida"⁶⁰.

Por lo anterior, podemos concluir que para acreditar la existencia de la vis absoluta o fuerza física en los Delitos Sexuales, tiene que estar comprobado que el sujeto pasivo realmente se opuso a su realización y que la oposición o resistencia permaneció viva durante todo el tiempo en que el sujeto activo desplegó la fuerza material. Esto es, a lo que Carrara⁶¹ se refiere cuando dice que la resistencia de la víctima debe ser seria y constante.

Violencia moral.- Otro de los medios exigidos por el tipo, es la vis compulsiva o violencia moral que produce semejantes efectos que la física, porque la conminación amenazante impide el libre ejercicio de la voluntad.

Respecto a lo que se entiende por violencia moral, contamos con las siguientes opiniones:

⁶⁰ Semanario Judicial de la Federación Tomo CXV. Segunda parte Quinta Época. pp. 958 y 959.

⁶¹ "Programa de Derecho criminal" p. 254.

El maestro González de la Vega, nos dice "La violencia moral existe cuando el delincuente amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla" -sigue diciendo- que la esencia de la intimidación consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o llevar a él una perturbación angustiosa⁶². En similares términos se conduce González Blanco⁶³, al manifestar que la violencia moral se traduce en las amenazas o amagos de males graves que el sujeto activo emplea para intimidar a la víctima y lograr en esas condiciones el acceso carnal.

De igual forma que la violencia física domina en el cuerpo del hombre y lo priva del libre ejercicio de sus miembros o movimientos, la intimidación destruye, suspende o impide el libre ejercicio de su voluntad y produce análogos efectos que la fuerza física.

⁶² "Derecho Penal Mexicano" Op. Cit. p. 393.

⁶³ "Delitos Sexuales" Op. Cit. pp. 151 y 152.

Uri⁶⁴, respecto a la violencia moral exige que el daño objeto de las amenazas o amagos además de grave e injusto, sea determinado para que la víctima esté en condiciones de apreciarlo en toda su magnitud posible, supuesto que si fuera irrealizable, carecería de eficacia intimidatoria futura, pues ningún efecto podría producir aquél que ya se hubiera realizado; y dependiente de la voluntad del amenazable.

López Goicochea, ⁶⁵ nos dice que la fuerza moral se produce cuando el delincuente amenaza a una persona con un mal grave presente o inmediato capaz de intimidarlo.

En la violencia moral no contempla el legislador la vis absoluta -violencia física- hecha al cuerpo del que la sufre que da resultado que este ejecute irremediablemente lo que no ha querido ejecutar, sino la vis compulsiva, que no anula precisamente la total posibilidad de elección, pero que actúa en ella en forma tan grave que el paciente se ve obligado a sufrir se efectúe en su persona el mal no querido, para con

⁶⁴ Citado por González Blanco, Alberto, "Delitos Sexuales" Op. Cit. p. 152.

⁶⁵ Citado por Porte Petit, Celestino "Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación" Op. Cit. p. 45.

esto evitar otros males que estime como mayores y de los que se le ha amenazado por sí mismo o en personas ligadas a él.

Por lo que hace a la gravedad de los amagos y amenazas de carácter intimidatorio que provoca, no pueden ser establecidos con anterioridad porque varían de caso a caso, de acuerdo a la naturaleza de los medios que se empleen, y la especial psicología del paciente. Pacheco manifiesta "por lo demás la intimidación moral, como la fuerza física, no deben ser las que caigan en personas comunes sino en varones constantes. Un miedo ridículo, la fuerza intentada por un niño de catorce años, no justificarán de seguro la violación; cualquier mujer que los alegare como prueba de esto, dará a entender que solo buscaba un pretexto para disfrazar su debilidad o satisfacer su apetito"⁶⁶.

Por lo antes expuesto, resulta evidente que la violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza que por el temor que causen en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir el ayuntamiento que en realidad no ha querido. Sin

⁶⁶ Citado por Gonzalez de la Vega, Francisco "Derecho Penal Mexicano" Op. Cit. p. 399.

importar que el amago de males o la amenaza de causar daños se refieran directamente al sujeto en el que se pretende la realización lúbrica, pues éste puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males recaerán en personas de su afecto, agregando a lo anterior, lo que el maestro Celestino Porte Petit⁶⁷ expone al manifestar que por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo vínculos de afecto, de un mal inminente o futuro capaz de constreñirlo para realizar la cópula. Es pertinente percibir que las vías, hechos o actos materiales e impositivos, característica de la violencia física, generalmente producen en el pasivo la intimidación psicológica -violencia moral- en virtud de que la coacción corporal (vis) con frecuencia traduce en el que la sufre temor o miedo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado al respecto "El empleo de la violencia moral se caracteriza por la amenaza grave o inminente y en la persona de la ofendida, en su reputación o interés, o bien contra un tercero, cuando con ella se cause una fuerte coacción sobre

⁶⁷ Porte Petit, Celestino "Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación"

4a. Edición Editorial Porrúa.

el ánimo de aquella como la amenaza de matar a un ser querido".⁶⁶

⁶⁶ Semanario Judicial de la Federación Tomo LX, Quinta Época pp. 768 y 769.

CAPITULO IV

ANALISIS DE LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL

1. Hostigamiento Sexual

La conducta de Hostigamiento Sexual, ha existido desde tiempos muy remotos, pero hasta hace menos de dos décadas se empezó a investigar a fondo sobre este fenómeno social tan común y generalizado.

Ha sido muy común que se le llame a esta figura por los nombres de Acoso Sexual, Hostigamiento Sexual o Atosigamiento Sexual, si bien con estos nombres se le conoce a esta clase de conducta en estricto derecho, debemos nombrarle exclusivamente Hostigamiento Sexual, si nos referimos a la conducta como delito. Por lo tanto, podemos considerar el término "Acoso Sexual" como el género que contiene casi todos aquellos elementos que componen esta conducta y la especie lo constituye el delito de Hostigamiento Sexual, con aquellos elementos que el legislador consideró afectaban la libertad y el normal desarrollo psicosexual de las personas y que por consecuencia necesaria se necesitaba tutelar mediante la

aplicación de una sanción prevista por la legislación penal en el caso de transgredirse el bien jurídico que se ampara.

El término de Hostigamiento Sexual fue creado en 1974, por un grupo feminista norteamericano.

La definición práctica de Hostigamiento Sexual sufrió una serie de cambios importantes definiéndose como la imposición indeseada de requerimientos sexuales en el contexto de una relación de poder desigual, en la que el poder procedente de una esfera se utiliza para transferir beneficios o imponer privaciones a otra.⁶³

La Organización Nacional para Mujeres elaboró una definición sin el elemento de la jerarquía que establece:

"El Hostigamiento Sexual, es cualquier avance sexual físico o verbal, repetido o no deseado, declaraciones derogatorias sexualmente explícitas o comentarios sexuales discriminatorios hechos por alguien en el lugar de trabajo, los cuales son ofensivos u objetables por el receptor, causan

⁶³ Wize, Sue y Stanley, Lis. "El Acoso Sexual en la Vida Cotidiana", Ed. Paidós, México, 1992, p. 62.

a éste inconformidad y humillación o bien interfieren con su desempeño en el trabajo.⁷⁰

Gramaticalmente, se entiende por Hostigamiento Sexual, toda conducta que avasalle, violenta y exija y comprima a otra persona, manifestando inequívocamente una petición o solicitud sexual de manera insistente y no aceptada.

El Hostigamiento Sexual se caracteriza por 4 aspectos básicos:

a).- Acciones sexuales no recíprocas. Que son conductas verbales y/o físicas que contienen aspectos relacionados con la sexualidad, las cuales son recibidas por alguien sin ser bienvenidas ni recíprocas. Estas conductas pueden ser:

- Gestos y miradas lascivas, presiones para una cita, bromas o comentarios sexuales.

- Insinuaciones o proposiciones directas de tener relaciones sexuales, tocamientos, abrazos, besos, verse acorraladas en algún lugar, etc.

⁷⁰ Ibidem, p.60

b).- Coerción sexual. Esta se refiere a la intención de causar alguna forma de perjuicio o proporcionar algún beneficio a alguien por aceptar o rechazar las acciones sexuales.

c).- Evaluación negativa. Son acciones vistas como reprobables o no deseables dentro del contexto laboral.

d).- Sentimientos displacenteros. El impacto que tienen en quien las recibe, las hace sentirse insatisfechas, molestas, humilladas, deprimidas.⁷¹

El delito de Hostigamiento Sexual, se legisló por primera vez en el Código Penal para el Distrito Federal, conforme al decreto del C. Presidente de la República el 21 de diciembre de 1980, publicado en el diario Oficial de la Federación el 22 de enero de 1991, en el artículo 259 bis, quedando de la siguiente manera:

⁷¹ Bedolla Miranda, Patricia, García García, Blanca Elva. "Consideraciones conceptuales en torno al Hostigamiento Sexual". Estudios de Género y Feminismo. Edit. Fontamara UNAM, México, 1989, p. 180.

*Artículo 259 bis.- Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días de multa. Si el hostigador fuere servidor público y utilice los medios o circunstancias que el cargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

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

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

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

Conducta.- Consiste en que el sujeto activo, asedie reiteradamente, con fines lascivos al sujeto pasivo. En consecuencia para que se configure la conducta típica, es necesario que el hostigador importune, moleste a la persona hostigada en forma reiterada, con fines erótico sexuales, por lo que si el comportamiento es en una sola ocasión no

constituye el delito de Hostigamiento Sexual, aunque se dieran los demás elementos del tipo y obviamente es necesario que las intenciones del sujeto pasivo sean las de obtener placeres sexuales.

Forma de intervención del sujeto activo.- En el delito de Hostigamiento Sexual, la forma de intervención del sujeto activo puede ser:

a).- Autor material.- Cuando el superior jerárquico es quien ejecuta directa y reiteradamente el asedio con fines lascivos.

b).- Coautor.- Podría ser cuando dos superiores jerárquicos del pasivo, se ponen de acuerdo para asediar con fines lascivos a una tercera persona que esté subordinada a ellos; es quien actúa en la misma proporción que el agente del ilícito.

c).- Autor intelectual.- Es quien instiga a otra persona a asediar a su subordinado, obstinadamente y con fines lascivos.

d).- Cómplice.- Es quien efectúa actos de cooperación en la realización de las conductas ya mencionadas en el tipo en estudio. Puede ser cualquier persona.

e).- Encubridor.- Quien oculta al agente que ha realizado la conducta típica, una vez que éste ha ejecutado el ilícito. En este caso podrá ser también cualquier persona.

Este ilícito como todos los que se analizan en este trabajo, es de realización dolosa, que como ya anteriormente se dijo, vamos a entender como la actividad consciente y dirigida a la ejecución de un hecho con un resultado típico y antijurídico en términos del párrafo primero del artículo 9o. del Código Penal, ya que el agente activo del delito obra intencionalmente, con pleno conocimiento de las circunstancias del hecho típico aceptando el resultado prohibido por la ley, pues en el caso concreto que nos ocupa el sujeto activo tiene la plena intención de asediar con fines lascivos al sujeto pasivo.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales en su último párrafo, establece que se acreditarán, si el tipo lo requiere:

a).- "Las calidades del sujeto activo y pasivo".

El delito de Hostigamiento Sexual requiere necesariamente una calidad en el sujeto activo, al establecer: "valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación", por lo que necesariamente el sujeto activo debe ser un superior jerárquico, sin importar su sexo. En caso de ser el sujeto activo Servidor Público, existe una gravante en la punibilidad.

Por lo que hace al sujeto pasivo, puede ser cualquier persona de las citadas en el anterior párrafo, con una subordinación hacia el sujeto activo.

b).- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.

Para que exista el delito de Hostigamiento Sexual, se requiere de un resultado, entendido como las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa, dado que como consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto activo del ilícito se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, que en el caso es la libertad sexual. Luego entonces tenemos que el

nexo de causalidad en el delito de Hostigamiento Sexual, es la relación entre el acto o conducta humana y el resultado producido, que en el caso sería la afectación de la libertad sexual del sujeto pasivo como consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto activo, al asediarlo reiteradamente con fines lascivos, de donde se desprende el nexo de causalidad, dado que la conducta desplegada por el sujeto activo originó la consecuencia de resultado, es decir, la afectación de la libertad sexual de la pasivo del hecho ilícito.

c).- El objeto material.- Es el sujeto pasivo, ya que es sobre quien recae la acción del delito.

COMENTARIO

Del análisis realizado del tipo penal de Hostigamiento Sexual, previsto en el artículo 259 bis del Código Penal, se advierte que la conducta que realiza el sujeto activo es la mayoría de las veces de realización oculta; uno de los elementos requeridos por el tipo en estudio consiste en que la conducta se realice de manera reiterada y para que sea punible se debe causar un daño o perjuicio.

Ahora bien, debe considerarse, en mi concepto, el daño que se puede causar en cada ocasión en que se asedia al pasivo de este ilícito, pues necesariamente implica una humillación y una devaluación, además de generar un sentimiento de impotencia.

Aunado a lo anterior, resulta que esta serie de conductas se van a punir si se acredita un daño o perjuicio objetivo y material.

En consecuencia, resulta sumamente difícil pues necesariamente el daño causado puede ser generador de un perjuicio.

Asimismo, considero que una vez acreditado ese "perjuicio o daño", la pena debería incrementarse, pues no es proporcional actualmente al daño que en todo caso produce.

2. Abuso Sexual

El delito de Abuso Sexual se encuentra previsto en los artículos 260 y 261 del Código Penal; anteriormente era denominado "Atentados al Pudor".

El Código Penal vigente define como Abuso Sexual "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo". Desde el punto de vista gramatical abuso significa uso indefinido, excesivo o injusto, atropello, injusticia.

Los Maestros Carrancá y Trujillo y Carranca y Rivas en su Código Penal anotado, asientan que "el acto erótico sexual es un acto diverso al acceso carnal y no consiste en palabras, ejecutado por el sujeto activo con o sobre, o en la persona del pasivo, por ésta, con o sobre o en la persona del activo, o por sobre o en ambos sujetos, y "dirigido a excitar o a satisfacer la propia concupiscencia del activo, aunque no llegue al completo desarrollo de la lujuria, sigue diciendo, por ejemplo; refregar el órgano sexual de la víctima con el

miembro viril; hacerse tocar el miembro viril, palpar las piernas o pechos de una mujer.⁷²

El maestro Francisco González de la Vega en su libro Derecho Penal Mexicano dice en relación al delito de Atentados al Pudor, ahora Abuso Sexual: "En términos esenciales, se entiende por delito de atentados al pudor, cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activos o pasivos, los actos corporales de lubricidad, distintos a la cópula y que no tienden directamente a ella, ejecutados en impúberes o sin consentimiento de persona púberes".⁷³ Don Mariano Jiménez Huerta dice en relación al concepto de Atentados al pudor: "genéricamente consiste en ejecutar sobre otra persona, sin su consentimiento o con un consentimiento inválido, actos lascivos, sin el propósito de copular".⁷⁴ En el Código Penal Federal con comentarios del maestro Marco Antonio Díaz de León, define al delito de Abuso sexual como el que "se comete por quien, sin intención de llegar a la

⁷² Carranca Y Trujillo, Raul, Carranca Y Rivas, Raul. Código Penal Anotado, Edit. Porrúa, México, 1995. p. 687.

⁷³ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México, 1981, p. 337.

⁷⁴ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa. México, 1978. p. 218.

cópula realiza un acto sexual u obliga a realizarlo, en una persona varón o mujer, sin mediar voluntad de ésta para ello..." Ejecutar un acto sexual, significa realizar físicamente un contacto erótico en el cuerpo de la víctima, es decir, el agente debe efectuar materialmente una maniobra libidinosa que puede consistir en tocar, frotar, rozar, tentar, acariciar con sentido lascivo, alguna parte del cuerpo de la persona ofendida, como por ejemplo, en una mujer el pubis, los senos, los glúteos o cualquier otra parte de contenido sexual de su físico, faltando el consentimiento de ésta. Por tanto, no existirá el elemento normativo de la ejecución material del acto sexual, si el activo sólo pronuncia palabras obscenas, disonantes o invitación a realizar un acto sexual, o bien si se limita a ver el cuerpo del pasivo, sin su consentimiento, o sin obstar, vamos a suponer la desnudez de éste si así le hubiera sorprendido aquél: tampoco existirá dicho elemento del tipo si los tocamientos los efectúa el agente en su propio cuerpo vgr. en su pene, sin importar que los muestre a la ofendida sin el consentimiento de ésta".⁷⁵

⁷⁵ Díaz de León, Marco Antonio, Código Penal Federal con comentarios, Edit. Porrúa, México 1994, p. 432 y 433.

El Maestro López Betancourt piensa que en relación con la definición legal debía omitirse "...ejecute un acto sexual o la obligue a ejecutarlo", para ser definido "comete el delito de Abuso Sexual el que contra el consentimiento de una persona, manifestado en cualquier forma y sin el propósito de llegar a la cópula realice en el sujeto pasivo, actos, eventos o molestas situaciones de orden sexual".⁷⁶

En ese orden de ideas podemos concluir que el delito de Abuso Sexual es la perpetración de un acto erótico sexual distinto al acceso carnal ejecutado por el sujeto activo contra la voluntad del pasivo.

Antecedentes Históricos

Nuestras antiguas civilizaciones tenían gran respeto hacia el sexo femenino, ya que en cualquier hora del día podían caminar libremente sin ser molestadas, lo anterior por los castigos a que se hacían acreedores. El delito a que nos estamos refiriendo en el presente inciso no se encontraba legislado con ese nombre, sino como el de estupro y violación.

⁷⁶ López Betancourt, Eduardo. "Delitos en Particular", Tomo. II, Edit. Porrúa, México 1995, p. 115.

Código de 1871

En este Código se encontraba previsto el delito de Atentados al Pudor, lo que es ahora Abuso Sexual, dentro de los delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres, Capítulo III, "Atentados al Pudor, Estupro y Violación".

La definición se encontraba establecida en el artículo 789 de la siguiente manera: "Se da el nombre de atentado contra el pudor a todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal y que se ejecuta en la persona de otro sin su voluntad sea cual fuere su sexo". En el artículo 790, eran previstos los Atentados al Pudor sin violencia física o moral, el cual era sancionado con multa, con arresto o con ambas penas a criterio del juzgador, según las circunstancias. Cuando el atentado se cometía mediante violencia física o moral, se penalizaba con 2 años de prisión y multa de 50 a 500 pesos, si el ofendido era mayor de 14 años, en caso de no llegar a esta edad la pena impuesta era de tres años y multa de 70 a 700 pesos.

El delito de Atentados al Pudor, no admitía tentativa, se entendía como delito consumado.

Código de 1929

En este Código el delito de Atentados al Pudor se encontraba en el título "De los delitos contra la libertad sexual", Capítulo I, "De los Atentados al Pudor, del Estupro y de la Violación". Se encontraba establecido el delito de atentados al pudor en el artículo 851 el cual era definido de la siguiente manera". Se da el nombre de atentados al pudor, a todo acto erótico sexual que, sin llegar a la cópula carnal, se ejecute en una persona, sin su consentimiento de esta". Cuando el delito de atentados al pudor se cometía sin violencia física o moral era sancionado con multa de 10 a 20 días de utilidad, con arresto hasta de 6 meses o con ambas sanciones a discreción del Juzgador.

Si se ejecutaba en una mujer impúber era sancionado con multa de 20 a 40 días de utilidad y con arresto mayor de 6 meses.

Si los medios comisivos fueran la violencia física o moral se sancionaba hasta con tres años de segregación y multa de 50 a 60 días de utilidad. Solamente era sancionado cuando el delito quedaba consumado.

Código de 1931

Ya en el Código Penal de 1931 se encontraba previsto en los "Delitos sexuales", en el capítulo Atentados al Pudor, Estupro y Violación". Se estableció como atentados al pudor al que sin consentimiento de una persona púber o impúber con consentimiento de esta última, ejecutara un acto erótico sexual, sin el propósito de llegar a la cópula se le imponía de 3 días a 6 meses de prisión y multa de 5 a 50 pesos. Si era cometido mediante violencia física o moral se le imponía de 6 meses a 4 años de prisión y multa de 50 a mil pesos.

En el artículo 261 sólo se castigaba el delito de atentados al pudor cuando se hubiese consumado. En este ordenamiento no se establece un artículo exclusivo para los atentados al pudor cometido mediante violencia física o moral o ejecutado sin ésta. Sólo se hace referencia a las dos hipótesis y se especifica la agravación de la pena para cuando es cometido mediante violencia física o moral.

Los artículos 260 y 261 del Código Penal fueron reformados por el artículo primero del decreto de 30 de diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial el 3 de enero de 1989, después de reformado por el artículo Primero

del decreto de 22 de diciembre de 1990, publicado en "Diario Oficial" el 21 de enero de 1991, en vigor al día siguiente para quedar como sigue:

"Artículo 260.- Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual, o lo obligue a ejecutarlo se le impondrá pena de 3 meses a dos años de prisión. Si hiciere uso de violencia física o moral el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad".

"Artículo 261.- Al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona menor de 12 años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de 6 meses a 3 años de prisión o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

Si hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de 2 a 7 años de prisión".

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE ABUSO SEXUAL.

Para realizar el estudio del delito de Abuso Sexual conforme al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, se dará inicio con el artículo 260 del Código Penal.

Para acreditar los elementos del tipo del delito de Abuso Sexual es necesaria la existencia de la correspondiente acción que precisamente es la actividad humana voluntaria con un resultado relevante para el Derecho Penal y violación a una norma prohibitiva, que consiste en ejecutar un acto sexual, el cual radica en realizar materialmente una maniobra libidinosa, que puede consistir en tocar, frotar, rozar, tentar, acariciar con sentido lascivo alguna de las partes del cuerpo del sujeto pasivo sin el propósito de llegar a la cópula, realizados para excitar o satisfacer de momento al menos la libidine, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual, y como lo dice el Maestro González de la Vega "Por supuesto, no se trata de simples pensamientos, inclinaciones, manifestaciones poéticas eróticas o de deseos vigorosamente amorosos, sino de acciones libidinosas ejecutadas corporalmente, lo que equivale a actos

somáticos eróticos sexuales como tocamientos lúbricos. Manzini, estima que la acción del delito es distinta a la conjunción carnal, pero está destinada a excitar o desahogar la propia libidine hacia placeres carnales torpes por si mismos o por las circunstancias, en que se trata de provocar o satisfacer la concupiscencia".⁷⁷

En el presente delito no existe tentativa.

La forma de intervención de los sujetos activos requerida por nuestro artículo 122 del Código de Procedimientos Penales puede serlo cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 13 del Código Penal. sexual.

Dolo.- Estamos ante un delito doloso, en términos del artículo 9o. en virtud de que el sujeto activo obra intencionalmente, con pleno conocimiento de las circunstancias del hecho típico aceptando el resultado material prohibido por la ley, en el caso de ejecutar en el pasivo un acto erótico sexual o bien obligar al sujeto pasivo a realizarlo.

⁷⁷ Cit. por. González de la Vega, p. 32.

Por cuanto a las calidades del sujeto activo, en el delito en estudio puede ser cualquier persona, no requiere calidad. Asimismo el sujeto pasivo puede serlo cualquier persona mayor de doce años, que es la titular del bien jurídicamente tutelado, en el caso de la libertad sexual.

El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.

El resultado entendido como las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa el cual consiste en el caso concreto en la conducta desplegada por el sujeto activo al realizar un acto sexual con otra persona u obligarla a ejecutarlo violando así el bien jurídico tutelado por la ley como es la seguridad sexual de las personas.

Nexo causal.- Es la relación entre el acto o conducta humana y el resultado producido, ya que el segundo fue producido por la primera y como lo determinamos tal resultado consiste en la afectación de la seguridad sexual de las personas, toda vez que como consecuencia de la conducta ilícita desplegada por el activo al ejecutar u

obligar a ejecutar en el pasivo un acto sexual se viola el bien jurídico tutelado por la norma.

El objeto material es sobre quien se ejecuta el abuso sexual, en el caso es el mismo sujeto pasivo.

Los medios utilizados pueden ser mediante violencia física o moral, los cuales ya fueron sometidos a estudio en el capítulo anterior.

En relación con el artículo 261 del Código Penal, en el que se establece "Al que sin propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

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

Se observa que es la misma conducta del artículo antes estudiado (260 del Código Penal), con la variante de la calidad del sujeto pasivo, al establecer "... en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo", así como una agravación en la penalidad.

COMENTARIO

En los tipos penales de Abuso Sexual previstos en los artículos 260 y 261 del Código Penal vigente estamos ante la misma conducta, con la variante en la calidad del sujeto pasivo, ya que en el artículo 261 éste tiene que ser menor de doce años o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o lo obligue a ejecutarlo; en mi criterio debe incrementarse la penalidad máxima en razón del amplio espectro de conductas que pueden darse y variación de daños; para reforzar de alguna manera la posición que adopto expongo el siguiente caso práctico: Una persona del sexo femenino, mayor de edad, madre soltera de tres hijos de diversas edades, siendo el menor de dos años, todos varones; conoce a un sujeto del sexo masculino con el que decide vivir en amasiato. Aquella tiene que salir a trabajar para la manutención de sus hijos y su amasio, por lo que éste se queda al cuidado de los menores, y es el caso que en diversas ocasiones dicho sujeto le succionó con la boca el pene del menor de dos años, produciéndole lesión desde la base del pene hasta el glande, ya que presentaba

desgarramiento de membrana así como mordedura y escoriaciones en testiculos; conducta que no se encuentra prevista en el delito de Violación y únicamente se considera como Abuso Sexual.

Por lo anteriormente expuesto, se puede concluir que si la conducta antes descrita no se encuentra prevista en el delito de Violación y únicamente se encuadra en el delito de Abuso Sexual (artículo 261 del Código Penal) debe ser incrementada la pena máxima en ambos tipos penales .

3. Estupro

El delito de Estupro se encuentra previsto en el artículo 262 del Código Penal y lo define de la siguiente manera:

Artículo 262.- Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a 4 cuatro años de prisión.

Gramaticalmente estupro significa acceso carnal de hombre con mujer mayor de 12 y menor de 18 años, logrado con su libre consentimiento.

Francesco Carrara, dice en relación al delito de Estupro "conocimiento carnal de una mujer libre y honesta precedido de seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia".⁷⁸

⁷⁸ Carrara Francesco, "Programa de Derecho Criminal", Tomo IV. 2a. Ed. Editorial Temis Bogotá 1967. p. 184.

El maestro Marco Antonio Díaz de León define en el Código Penal Federal al delito de estupro como "Delito cometido por quien realiza cópula con una persona mujer o varón mayor de doce años y menor de dieciocho, logrando su aceptación mediante el empleo del engaño".⁷⁹

En el Diccionario Jurídico Mexicano aparece la definición del delito de estupro de la siguiente manera:

"Proviene del latín stuprum, que es el acto ilícito con doncella o viuda; deshonestidad, trato torpe, lujuria; torpeza, deshonor; adulterio, incesto; atentado contra el pudor, violencia, acción de corromper, seducción. El vocablo latino estupro, equivale a estuprar, violar por fuerza a una doncella, quitarle su honor; contaminar, corromper, echar a perder".⁸⁰

⁷⁹ Díaz de León Marco Antonio. "Código Penal Federal con Comentarios", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, p. 434.

⁸⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo IV, Ed. Porrúa, S.A. México 1985, p. 141.

Antecedentes del delito de Estupro

Durante la época prehispánica entre los aztecas tenían gran gama de penas; entre los delitos que ya se encontraban previstos eran embriaguez, encubrimiento, falso testimonio, falsificación de medidas, hechicería, homicidio, incesto, malversación de fondos y estupro entre otros.

En el pueblo maya el estupro se castigaba con lapidación en la cual participaba todo el pueblo.

La Novísima Recopilación, libro XII, Título XXIX, ley IV nos indica: "Los reos reconvenidos por causas de estupro no serán molestados con prisiones", señalando al respecto los siguientes argumentos: "Deseando ocurrir a los daños morales y políticos, de que tal vez será ocasión la diferente práctica que se sigue por los Jueces ordinarios y Tribunales Superiores del Reino en la Substanciación y Determinación de las causas de estupros; y para unificar la que en adelante haya de seguir en todos ellos, tengo encargado al consejo, que tratando esta materia con la madurez y detención que acostumbra, me consulte las reglas ciertas y seguras que le parezcan más acertadas. Pero siendo repetidos los recursos

que se me hacen, en solicitud de que no se molesten las personas por causas de daños; he juzgado urgentísimo poner pronto remedio a las arbitrariedades y abusos que se versan en el particular de prisiones por dichas causas, mientras se establecen las reglas fijas que deban observarse sobre lo general de este asunto; y he tenido a bien mandar por punto general, que en las causas de estupro, dándose por el reo fianza de estar a Derecho, y pagar juzgado y sentenciado, no se moleste con prisiones ni arrestos; y si el reo no tuviese con que afianzar de estar a Derecho, pagar juzgado y sentenciado, o de estar a Derecho solamente, se le deje en libertad, guardando la ciudad, lugar ó pueblo por cárcel; prestando caución juratoria de presentarse, siempre que lo fuere mandado, y de cumplir con la determinación que se diese en la causa; y con arreglo a esta mi Real resolución procedan las Justicias en los casos que ocurran, sin permitir su contravención”:

En el Código de 1871, se encontraba previsto el delito de estupro en los artículos 793 y 794, en el título sexto: “Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres”, de la siguiente forma.

Artículo 793.- Llámese estupro: la cópula con mujer casta y honesta, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento". Como podemos observar era requisito indispensable la castidad y honestidad de la mujer; y los medios comisivos eran la seducción o engaño.

El artículo 794 establecía:

I.- Si la edad de la estuprada pasare de diez años, pero no de catorce, con cuatro años de prisión y multa de segunda clase;

II.- Si la victima no llegare a los diez años de edad, con pena de ocho años de prisión y multa 100 a 1,500 pesos; y

III.- Cuando la estuprada pasara de catorce años, el estuprador fuera mayor de edad y haya dado a su victima por escrito palabra de casamiento, y se negara a cumplirla sin causa justa posterior a la cópula, o anterior a ella, pero ignorada por aquél, la sanción será de arresto de cinco a once meses y multa de 100 a 1,500 pesos.

En el Código de 1929, se encontraba previsto igualmente el delito de estupro en la parte "De los delitos contra la

libertad sexual", en los artículos 856 a 859 del Código Penal.

Artículo 856.- Llábase estupro: la copula con mujer que viva honestamente, si se ha empleado la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento"; en el artículo 857 se establecía si la victima no pasaba de la edad de dieciséis años, se presumía que el estuprador había empleado la seducción o el engaño.

En el artículo 858 aparecía la sanción de la siguiente manera: I.- Si la estuprada era impúber, con tres años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad; II.- Si la estuprada fuere púber con arresto y multa de diez a quince días de utilidad; en el artículo 859 establecía que no se procederá contra el estuprador si no por queja de la mujer ofendida o de sus padres, o a falta de estos sus representantes legítimos; en caso de que el sujeto activo se casara con la mujer ofendida, cesaba la acción. Como se observa ya en el código de 29 desaparece el vocablo "casta" y se dejan los medios comisivos como lo son la seducción o el engaño.

En el Código de 31 aparece nuevamente el vocablo "casta" y quedó plasmado en el capítulo de los "Delitos Sexuales", de la siguiente manera:

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

En 1984 se efectuaron reformas, nuevamente al artículo 262 mediante decreto de 29 de diciembre del mismo 1984, entrando en vigor el 14 de enero de 1985 y quedó de la siguiente manera:

Artículo 262.- Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión".

Aquí podemos observar que en relación con el artículo 262 antes de la reforma de 1984, fue quitado el medio comisivo de seducción y sólo quedó el engaño.

El delito en estudio sufrió otra reforma por decreto del 22 de diciembre de 1990, la cual fue publicada en el Diario Oficial del 21 de enero de 1991, para finalmente quedar como sigue:

"Artículo 262.- Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión".

En esta reforma, ya es cambiado el sentido del delito de estupro al establecer que el delito se puede cometer en cualquier persona.

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE ESTUPRO

A continuación y siguiendo el orden del Título Décimo Quinto, Capítulo I del Código Penal, se realizará el estudio de todos los elementos del delito de estupro requeridos por el tipo penal y que son:

Una conducta entendida ésta, como anteriormente quedó asentado, como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado o encausado hacia un propósito determinado. En el delito que nos ocupa la conducta siempre será de acción, ya que es necesaria la realización de determinados movimientos corporales para su ejecución. En el caso es la realización de la copula, que debe ser entendida en el presente artículo como el coito normal (hombre-mujer por vía natural), obtenida con el engaño al sujeto pasivo, quien necesariamente debe ser una mujer mayor de 12 y menor de 18 años.

"El coito o cópula stricto sensu se realiza por la introducción del pene en la vagina. Existe cópula lato sensu cuando la introducción es en el ano o en la boca. No se

requiere para el coito que el acceso carnal alcance su perfección fisiológica, ni la desfloración de la víctima, pudiendo tratarse de una introducción incompleta".⁸¹

Queralt Jiménez dice: "... tradicionalmente y teniendo presente al seductor, el engaño consistía en la promesa de matrimonio incumplida. Esto era cada vez mas poco sustentable; tanto por el engaño en si como por la promesa de matrimonio.

Una interpretación más satisfactoria tanto antes como ahora, reside en concebir el engaño como engaño sobre la relevancia de la relación en si y sobre sus consecuencias, pues de lo contrario habría que admitir cualquier engaño por insignificante que fuera. Otra cosa es saber si hoy puede engañarse sobre el acto amoroso y sobre sus consecuencias de forma tal que acceda a su práctica y luego se sienta tan defraudado como para acudir a la Ley Penal.⁸²

⁸¹ Gómez, Eusebio. "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Buenos Aires, p. 105.

⁸² Queralt Jiménez José P., P.P.: Español, Parte Espec. 2a. Edición, Editorial José Ma. Bosch, Editor, S.A. Barcelona 1992. p. 146.

Por cuanto a la forma de intervención de los sujetos activos, la cual se encuentra prevista en el Artículo 13 del Código Penal.

Evidentemente, el tipo penal que nos ocupa es doloso, entendido como la voluntad consciente y dirigida a la ejecución de un hecho con resultado típico y antijurídico, en términos del Artículo 9 del Código Penal, Párrafo Primero, ya que el agente activo del delito que nos ocupa obra intencionalmente, con pleno conocimiento de las circunstancias del hecho típico y aceptando el resultado prohibido por la Ley.

Por cuanto a las calidades del sujeto activo y pasivo, el primero es común o indiferente, ya que puede cometerlo cualquier hombre; el sujeto pasivo deberá ser necesariamente mujer que tenga más de 12 años y menor de 18 años.

El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.-

El resultado, entendido como las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa por lo que, para la configuración del delito de Estupro se requiere de un hecho cierto que

consiste en la cópula con persona de más de doce años y menor de dieciocho, siendo éste un resultado material, violando así el bien jurídico tutelado como en el caso lo es la seguridad sexual de las personas.

A opinión contraria del maestro Porte Petit al afirmar que el delito de Estupro en cuanto al resultado es 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 resultado material).

Nexo causal.- Es la relación entre el acto o conducta humana y el resultado producido, y toda vez que el resultado consiste en la afectación de la seguridad sexual del pasivo como consecuencia de la conducta desplegada por el activo que consiste precisamente en tener cópula con persona mayor de doce y menor de dieciocho años, utilizando como medio comisivo el engaño. De donde se desprende el nexo de causalidad, dado que la conducta que despliega el sujeto activo, origina como consecuencia un resultado, es decir la afectación del bien jurídico tutelado como lo es la seguridad sexual de los menores.

Objeto material.- Es sobre quien recae el resultado del estupro que necesariamente debe ser una mujer mayor de 12 y menor de 18 años.

Medios utilizados.- Es el engaño que debe ser entendido "como la maniobra que se realiza con el fin de que se crea lo que no es" el maestro Porte Petit en su Ensayo Dogmático del Delito de estupro asienta al respecto "el engaño como medio para la ejecución del estupro consiste en artificios realizados con la finalidad de obtener el ayuntamiento carnal."

²³ Porte Petit Candaudap, Celestino, "Ensayo Dogmático sobre el Delito de Estupro". Ed. Jurídica Mexicana. Mexico 1972, p. 21.

COMENTARIO

Por lo que se refiere a este tipo penal de Estupro considero que esta figura delictiva tiende a desaparecer del Código Penal, toda vez que de acuerdo con la época y estado de cosas en las que vivimos, ya no hay personas en nuestra sociedad susceptibles de ser engañadas tan fácilmente. El engaño como elemento constitutivo de la tipificación del delito pasa a segundo término, porque en la actualidad adquieren una formación sexual desde la educación Primaria, de aquí que el estado de derecho que impera en una sociedad tiene que ir evolucionando, porque el mismo no es estático sino dinámico; además de que este precepto legal es utilizado por los más para presionar al sujeto activo a contraer matrimonio con el pasivo, por lo que sería más adecuado revisar su posible desaparición del Código Penal, ya que son mínimos los casos en los que se ejercita acción penal y una gran mayoría de jóvenes ya no quieren casarse.

4. Violación

Concepto.- La imposición de la cópula sin consentimiento del pasivo, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación.

El delito de violación carnal, nos dice Maggiore,⁶⁴ consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencia o amenazas. Fontán Balestra⁶⁵ considera en su acepción más amplia a la violación, como el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima. Por otro lado Soler⁶⁶ define a la violación como el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta.

⁶⁴ Citados por Porte Petit, Celestino "Ensayo Dogmático sobre el delito de violación" Op. Cit. p. 12.

⁶⁵ Ibidem. p. 13

⁶⁶ Op. Cit. p. 13

Para el Maestro Porte Petit, por violación propia debemos entender la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva; esto es por medio de la violencia física o moral.

El tratadista González de la Vega al referirse a este delito nos dice que la violación constituye el más grave de los delitos sexuales porque, además de la brutal ofensa erótica que presenta, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los pacientes.⁸⁷

Carrara define la violación como "el conocimiento carnal de una persona ejercido contra su voluntad mediante el uso de la violencia verdadera o presunta".⁸⁸

Si bien es cierto nuestro Derecho Positivo acepta las dos formas de violencia a que Carrara se refiere, la verdadera o efectiva es la prevista en el artículo 265 del

⁸⁷ González de la Vega, Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Op. Cit. p. 382.

⁸⁸ Carrara, Francisco "Programa de Derecho Criminal", Op. Cit. p. 237.

Código Penal para el Distrito Federal, que se hace consistir en la cópula que se realiza mediante el empleo de la violencia física o moral; y la presunta, en su artículo 266.

La mayor parte de las legislaciones, como especie del delito de violación incluyen la figura que doctrinalmente se conoce como violación presunta, que es la que se lleva a cabo con persona menor de doce años de edad, con persona privada de razón o de sentido o en aquella persona que por enfermedad de cualquier otra causa no pudiera resistir.

El tratadista González de la Vega dice que considera que éstas hipótesis delictivas no implican para su existencia el uso de la violencia y como los bienes jurídicos comprometidos o lesionados por la acción a veces son distintos a la libertad sexual, más bien constituye un delito especial provisto de su propia descripción legislativa y distinto a la verdadera violación; por lo tanto, su nombre adecuado más que el de violación presunta debe ser el delito de violación que se equipara a la violación impropia.”

”González de la Vega, Francisco, “Derecho Penal Mexicano”, Op. Cit. p. 382.

Antecedentes históricos del delito de Violación.

En las legislaciones antiguas fue común agrupar bajo un concepto genérico, la violación, los abusos deshonestos y el rapto, caracterizándose las penas aplicables por su dureza y severidad; criterio que aún siguen algunas legislaciones de origen anglosajón, las cuales bajo la denominación de "rape" incluyen cualquier hecho sexual violento.

Se ha discutido cual era el castigo entre los romanos para el delito de violación, ya que ellos confundían la violencia carnal con el rapto y cuando existía concurso de éstos delitos, imponían pena de muerte, por lo que se discutió si cuando la violencia no estaba acompañada de rapto, se infligía el mismo suplicio.

El Derecho Romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, ya que también fue sancionada como especie de los delitos de coacción y a veces de injuria. Como manifiesta Mommsen⁹⁰, vis es el poder y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe, esta voluntad mediante

⁹⁰ Mommsen, Teodoro, "Derecho Penal Romano", Op. Cit. p. 553.

la amenaza de un mal, o lo que es lo mismo, por miedo, para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción. Dentro de estos delitos denominados de coacción, tenemos al Stuprum violento que era castigado con pena capital. Posteriormente cuando resurgió el Derecho Romano, los gobernantes de los distintos pueblos de Europa constituyeron nuevos ordenamientos penales para sus estados, prevaleció la idea y opinión de que las leyes Romanas castigaban indistintamente con la pena de muerte el stuprum violento; y puede ser por este motivo, o bien por el rigorismo desenfrenado, que dichos gobernantes en su mayoría se inclinaron a castigar con la muerte ese delito, como hoy todavía lo castigan los turcos, según lo manifiesta Eschbac.³¹

En el Código Toscano, la pena de violencia carnal se castigaba con cárcel de tres meses a dos años en su artículo 290, cuando recaía sobre una prostituta: con reclusión a trabajos forzados de cuatro a ocho años, si recaía sobre una mujer libre: de cinco a diez años si la mujer era casada, y

³¹ Citado por Cerrera, Francisco "Programa de Derecho Criminal" Parte especial. Vol. II Traducción de José O. Ortega Edit. Temis, Bogotá 1958 p. 290.

de seis a doce años (artículo 281) si recae sobre un varón; etc.

Para seguir dándonos un bosquejo sobre la severidad de las penas en la antigüedad tenemos que la Lex Julia de Vis Pública, castigaba con pena de muerte la unión sexual violenta con la castración; entre los Hebreos, con la pena de muerte o multa, según que la mujer fuera casada o soltera.

En el Código de Manú, al violador se le aplicaba pena corporal, siempre que la mujer no fuera de su misma clase social, ni prestara su consentimiento, pues si surgían esas condiciones el infractor no era sancionado: en Grecia, se castigaba al violador con el pago de una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la víctima si ésta consentía y en caso contrario, se le condenaba a muerte.⁹²

Así también, en el Derecho Canónico se considera al delito "estuprum violentum" tan sólo a la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad; en mujer ya desflorada no podía convertirse; la violación fue fuertemente reprimida en los tribunales laicos con pena de muerte.

⁹² González Blanco, Alberto. "Delitos Sexuales" Op. Cit. pp. 132 y 133.

ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN

La conducta consiste en una actividad humana voluntaria con resultado relevante para el Derecho Penal y violación a una norma prohibitiva que en el caso es tener cópula con persona de cualquier sexo, para el efecto, haremos un estudio detallado sobre la palabra cópula.

El verbo copular proviene del latín copulare que significa juntar o unir una cosa con otra (según el Diccionario de la Academia, cópula significa atadura, ligamento de una cosa con otra). En su carácter reflexivo, indica unirse o juntarse carnalmente, notándose que esta conjunción erótica no implica limitación en cuanto a la vía en que se realice o al modo como se opere. "Copular" significa en su acepción sexual, unión de dos o más cuerpos pertenecientes a personas vivas, la cual debe producirse entre partes somáticas unidas a los cuerpos de los sujetos activo y pasivo. No existe cópula. Si en el cuerpo del pasivo son introducidas secreciones masculinas, aún cuando éstas conserven todavía potencialidad biológica. La inseminación artificial mediante violencia, no constituye cópula carnal. "La unión o ayuntamiento que presupone la copula ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la

parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral.”¹³

Dada la redacción del artículo 265 del Código Penal, no hay margen alguno a la duda de que tanto cópulas normales como anormales quedan comprendidas en la descripción típica, pues la frase "... al que realice cópula con persona de cualquier sexo", es lo suficientemente clara y no permite otras interpretaciones, por lo que la acción típica del delito consiste en que la cópula puede ser normal o anormal. En nuestras instituciones jurídico penales positivas, existen aparentemente algunas dificultades que deben esclarecerse; principalmente radican en que el legislador mexicano utiliza la misma voz "cópula" en la descripción de los delitos como el estupro y la violación, cuya composición jurídica en ambos casos es distinta y por lo consiguiente, debe darse a la citada palabra acepciones diversas: en cuanto a la violación, ésta debe ser extensa (ayuntamiento normal o anormal) y respecto al estupro (coito normal).

¹³ Jiménez Huerta Mariano "Derecho Penal Mexicano", Op. Cit. p. 253.

De lo anterior, por cópula debe entenderse todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna. Fisiológicamente, se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, lo que implica necesariamente una actividad normal o anormal. Fisiológicamente existe cavidad sexual tanto en actos contra natura como en los normales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho al respecto: "En el delito de violación el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal normal o anormal, con eyaculación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aun cuando no haya llegado a realizarse completamente".³⁴

Respecto a que la cópula tenga que ser normal o anormal en este delito a estudio, podemos señalar las siguientes corrientes:

³⁴ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Vol. XII Segunda Parte p. 89.

a).- La que sostiene que consiste en el acceso carnal normal.

b).- La que estima el acceso carnal normal y anormal, (en persona de cualquier sexo), incluyendo la Fellatio in ore.

c).- La que sostiene el acceso carnal normal y anormal incluyendo la fellatio in ore.

En cuanto a la primera se refiere, doctrinalmente se sostiene que por acceso carnal debe entenderse la cópula normal. Antolisei al respecto manifiesta "Según algunos autores por conjunción carnal se entiende el acoplamiento normal o fisiológico entre dos persona de sexo diverso, es decir el "coito vaginal"."

Respecto a la segunda de estas corrientes Manzini considera que la conjunción sexual es "todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) es introducido en el cuerpo de la otra por vía normal

³³ Citados por Porte Petit, Celestino "Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación" Op. Cit. pp. 17 y 18.

o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo".³⁶

En lo que concierne a esta última corriente encontramos a González Blanco,³⁷ al afirmar que son correctas las opiniones de los tratadistas que sostienen que, en el caso de la fellatio in ore, si se configura la violación, supuesto que nuestro legislador, al aceptar la posibilidad de cópula anormal, no establece ninguna restricción al respecto.

Para el efecto, me permito citar la tesis Jurisprudencial emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la letra dice: "La cópula se perfecciona con la simple introducción del miembro viril en los órganos de la mujer, aún cuando se demuestre que no hubo eyaculación".

Generalmente se admite que la cópula puede ser ejecutada tanto por vía normal (vaginal), como por vía anormal (empleando el ano o la boca), y respecto a esta última se

³⁶ Op. Cit. p. 18

³⁷ Op. Cit. p. 19

³⁸ Semanario Judicial de la Federación Tomo LXXIII Segunda Parte Sexta época p. 40.

acepta casi sin distinción la que se efectúa por el ano, en atención seguramente a la configuración anatómica que tiene, ya que posee glándulas de proyección exógena. La posibilidad de la fellatio in ore es admitida por Soler,⁹⁹ pues dice que aún cuando el sentido tradicional de la expresión "acceso carnal" destaca la posibilidad de considerarse como violación los actos de molucir, los desahogos, mientras no importe la unión sexual, conjunción o penetración normal, no requiere en su concepto, un acceso carnal completo o perfecto, bastando tan solo que haya penetración. Esta opinión es compartida por Fontan Balestra,¹⁰⁰ cuando dice que la conjunción carnal no debe ser interpretada con un criterio biológico, sino jurídico, y así entender por conjunción carnal toda actividad directa de la libido natural o no, en la que intervengan los órganos genitales del actor que pueda presentar el coito o una forma equivalente del mismo, pero superior a la masturbación y por su parte Uri,¹⁰¹ manifiesta que debe interpretarse el término acceso carnal en su más amplia

⁹⁹ Citados por González Blanco, Alberto "Delitos Sexuales", Op. Cit. pp. 147 y 148.

¹⁰⁰ Op. Cit. p. 148

¹⁰¹ Op. Cit. p. 149

extensión, sin referirlo exclusivamente a la dos formas más comunes en que se manifiesta, es decir, la vaginal y la anal.

De igual forma que para el estupro, en la violación es irrelevante que la cópula se haya agotado plenamente por el derrame seminal dentro del vaso utilizado para el fornicio, o bien que no se haya efectuado, pues en ambos casos, la acción de copular ha existido y también se han lesionado los derechos del sujeto pasivo y la libre determinación de su conducta en materia erótica -libertad sexual- objeto patrimonial de la tutela penal. El daño que sufre el ofendido en dicha libertad existe aun cuando el violentador no haya podido efectuar la delictiva coitus o aun cuando haya interrumpido el acto en el curso de la fornicación ya iniciada, ya que para las exigencias jurídicas de la integración del elemento "cópula" es suficiente la existencia de la introducción sexual, independientemente de los resultados. Al respecto, Eusebio Gómez¹⁰² manifiesta que la verificación de la cópula completa no es necesaria para que la violación quede consumada, si se ha producido el acceso carnal, es decir, no es necesario la "inmisio seminis"; el

¹⁰² Citados por Gonzalez de la Vega, Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Op. Cit. p. 387.

concúbito que caracteriza la violación existe legalmente aún cuando el acto no tenga perfección fisiológica. Manfrendini,¹⁰³ llega a afirmar que bastará que se haya producido la unión del miembro con la abertura vulvar o anal... y es indiferente que la introducción haya sido más o menos completa, interpretación que es admitida universalmente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene el siguiente criterio: "En el delito de violación, la cópula se tiene por realizada aún cuando no se agote fisiológicamente el acto sexual, ya que el instante consumativo de dicha violación es precisamente el momento del acceso carnal, sobre todo si queda comprobada la existencia de escoriaciones en el cuerpo de la agraviada y desgarres en su órgano genital".¹⁰⁴

Para las exigencias jurídicas de integración del elemento "cópula" es suficiente la existencia del acceso carnal para que la violación quede consumada,

¹⁰³ Op. Cit. p. 388

¹⁰⁴ Semanario Judicial de la Federación Tomo LXIX, Segunda Parte, Séptima Época p. 49.

independientemente de sus resultados o de que el ayuntamiento no se haya agotado o no tenga perfección fisiológica".¹⁰⁵

Para los efectos de la integración del delito, nada interesa cuando el concubito violento recae en mujer que haya dado origen o no a su prefer. Al respecto conviene recordar, de manera incidental, que nuestra legislación excluye de penalidad al Aborto (Artículo 333 del Código Penal), estableciendo su no punibilidad. Cuello Calón no duda de la legitimidad de este aborto, porque nada puede justificar que se imponga a la mujer una maternidad odiosa, que dé vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida.

De lo anterior se concluye que en la violación el elemento material "cópula" en que radica la acción humana típica, consiste en cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual-normal o contra natura, con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, o que el acto ya indicado sea interrumpido por cualquier causa, y con independencia también de las consecuencias posteriores de la cópula.

¹⁰⁵ Op. Cit. p. 498.

La forma de intervención de los sujetos activos requerido por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales puede serlo cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 13 del Código Penal.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales establece en su fracción III "la realización dolosa o culposa de la acción u omisión".

La especie de culpabilidad que se presenta en el delito de violación es el dolo directo.

Si para que exista la violación debe realizarse la cópula por medio de la vis absoluta o compulsiva, es innegable que tiene que concurrir el dolo directo, ya que no se concibe la existencia de tales medios sin la concurrencia de esta forma de culpabilidad. Ahora bien, en cuanto al dolo eventual, pensamos que no puede presentarse, en virtud de que la exigencia de los medios físicos y morales implican el querer desde el inicio, la cópula.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el siguiente criterio "La característica de los delitos culposos, es la ausencia de voluntad del resultado, y si la voluntad existe, habrá entonces un delito doloso. Por otro lado tenemos figuras delictivas que por su propia naturaleza son necesariamente dolosas y dentro de ellas están los delitos de violación e incesto y no puede imaginarse el ejercicio de la violencia como medio para la conjunción sexual y el logro de esta última sin que medie la voluntad del sujeto que la lleva a cabo, y siendo lo característico del incesto el yacimiento sexual con el ascendiente o descendiente o el colateral dentro del límite señalado por la ley, habrá la voluntad del acto sexual por razones obvias".¹⁰⁶

De gran importancia es dejar establecido que no puede existir una violación cometida culposamente; Vanini al efecto manifiesta "un delito de violación carnal culposo no está previsto por la ley. Me decís que ni siquiera se puede imaginar lógicamente ¡un momento! estoy de acuerdo con vosotros en la hipótesis de la violencia o amenaza, pero no

¹⁰⁶ Semanario Judicial de la Federación Quinta Época Tomo CXXVII

veo la imposibilidad de una violación carnal abusiva culposa. Pensemos, por ejemplo, en la ignorancia culposa del sujeto activo acerca de la incapacidad psíquica del sujeto pasivo".¹⁰⁷

Indudable es que no puede aceptarse la violación culposa, pues si es necesaria para la existencia de la violación, la concurrencia de la vis absoluta o compulsiva, no puede concebirse la realización de la cópula sino dolosamente y, por tanto, no es posible la violación culposa, que requeriría no querer la cópula; hipótesis antagónica a la esencia de la violación.

Las calidades del sujeto activo y del pasivo.- Por cuanto a las calidades del activo en el delito en estudio puede serlo cualquier persona. El sujeto pasivo puede serlo cualquier persona mayor de doce años ya que el artículo 266 del Código de Procedimientos Penales prevé la Violación Equiparada cometida en menores de doce años.

¹⁰⁷ Citado por Porte Petit, Celestino. "Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación", Op. Cit. p. 64.

El resultado y su atribuibilidad.- Resultado entendido como las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa, que también se surte, ya que la conducta desplegada por el sujeto activo del ilícito vulneró el bien jurídico tutelado por la norma, en el caso la libertad sexual del pasivo. Maggiore define al resultado como "la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito fijado por la ley. El resultado es el efecto voluntario en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa".¹⁰⁸ El maestro López Betancourt en su libro Teoría del Delito indica que el resultado alude exclusivamente a las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior, lo que la ley considera decisivo para la realización del delito";¹⁰⁹

Nexo de causalidad.- Es la relación entre el acto o conducta humana y el resultado.

El maestro Castellanos Tena indica que "entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es

¹⁰⁸ Maggiore, Giuseppe, "Derecho Penal", Tomo I. 5a. Ed. Ed. Temis. Bogotá. 1989. p. 357.

¹⁰⁹ López Betancourt, Eduardo, "Teoría del Delito". Ed. Porrúa. Mex. 1994. p. 84.

decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. Por su puesto sólo tiene sentido estudiar la relación de causalidad en los delitos en los cuales el tipo exige una mutación en el mundo externo, a cuyo elemento objetivo el profesor Forte Petit, como hemos dicho, le denomina "el hecho".¹¹⁰

Existen varias doctrinas en relación a la causalidad de la conducta y el resultado, una es la generalizadora, ya que toma en consideración las condiciones como causa del resultado y si se suprime una de las condiciones el resultado no se produce; la individualizadora, considera sólo una de las condiciones como productora del resultado, en relación con una característica temporal cuantitativa o cualitativa. La relación de causalidad es el nexo que existe entre la conducta y una consecuencia de la misma que es el resultado. Es decir, deben estar los tres elementos de la conducta que son un acto positivo o negativo, un resultado y una relación de causalidad entre el acto y el resultado. Para que exista el nexo de causalidad, además de los anteriores elementos se debe verificar la existencia de una relación psicológica

¹¹⁰ Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Editorial Porrúa 26 ed. p. 156.

entre la conducta y el resultado. Así, el nexo de causalidad en el delito de violación es el lazo entre una conducta desplegada por el sujeto activo, al imponer al sujeto pasivo la cópula por vía vaginal, anal u oral, mediante violencia física o moral, y el resultado que es la afectación de la libertad sexual del paciente del ilícito.

El objeto material.- Es el sujeto pasivo, ya que es sobre quien recaé la acción del delito.

Medios utilizados.- Violencia física y/o moral.

COMENTARIO

En relación al artículo 265 párrafo segundo del Código Penal, en el que se establece que para los efectos de dicho artículo, se entiende por copula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, e independientemente de su sexo, me permito hacer las siguientes observaciones, ya que en la práctica han llegado a ocurrir ciertas conductas que no se encuentran previstas en el Código Penal, lo que provoca la libertad del activo, por ejemplo:

- El obligar al sujeto pasivo a que introduzca su pene en el cuerpo del activo (puede ser un hombre con otro hombre, o bien, una mujer que obligue a un hombre a que la penetre); en este caso el sujeto pasivo resulta ser el activo y viceversa, y aún cuando se haya discutido lo anterior, el siguiente caso práctico ilustra la anterior aseveración:

En el año de 1992, dos sujetos del sexo masculino, ambos militares, en un determinado momento y ya estando en la habitación que compartían, uno de los sujetos pidió al otro que lo penetrara, a lo que éste se negó, por lo que fue

obligado mediante la violencia física y moral, consistentes éstas en golpearlo y apuntarle con un arma para obtener su propósito, mismo que así fue. Fue consignado y toda vez que el sujeto activo en ese momento se convirtió en el sujeto pasivo ya que él fue penetrado, quedó en libertad por no encontrarse prevista esta conducta en nuestro Ordenamiento Sustantivo.

En el año de 1993 en el Juzgado 19 Penal llegó consignado un homosexual, mismo que subió a un taxi que tripulaba a un menor de edad, para momentos después obligarlo mediante la violencia física a que lo penetrara. Conducta que no se encuentra prevista en nuestro Código Penal. Y aún cuando en la doctrina se hace mención a que no es posible la erección mediante violencia física o moral, en la actualidad y mediante estudios médicos se ha comprobado que por medio de la hipnósis, manipulaciones o droga si se logra la erección.

5. Violación Instrumentada

En cuanto al último párrafo del artículo 265 del Código Penal (Violación instrumentada) la conducta consiste en la introducción por vía vaginal o anal de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, y debe integrarse, al igual que el anterior en los términos del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales.

El sujeto activo puede serlo cualquiera de los previstos en el artículo 13 del Código Penal, y es de realización dolosa.

El sujeto activo en el delito no requiere ninguna calidad específica; en cuanto al sujeto pasivo en el precepto a estudio no está especificada la calidad del mismo, ya que al hacer alusión de éste, el tipo penal sólo hace mención "sea cual fuere el sexo del ofendido", y aquí nos planteamos una interrogante ¿en dónde quedaría encuadrada la conducta, tratándose de menores de edad o que no tengan capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo como sujetos pasivos?

El objeto material.- Es el cuerpo de la víctima.

Medios utilizados.- Violencia física y/o moral.

COMENTARIO

En relación al delito de Violación Instrumentada, prevista en el artículo 265 párrafo Tercero del Código Penal, en mi concepto la penalidad de la misma (3 a 8 años) debería ser incrementada en su límite máximo, toda vez que al introducirle al sujeto pasivo por vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por medio de violencia física o moral, la mayoría de las veces se causa mayor perjuicio físico o psicológico ya que si bien en el delito de Violación Propia se introduce el miembro viril en el cuerpo de la víctima, considero que puede ser aún más grave el que se introduzca un palo, una botella o cualquier otro instrumento en la cavidad vaginal o anal en el cuerpo de la víctima mediante violencia física o moral, ya que si bien la cavidad vaginal genéticamente está diseñada para la realización de una serie de funcionamientos fisiológicos y uno de ellos es el de tener relaciones sexuales por esa vía con la persona idónea ello no quiere decir que ésta acepte la introducción de cualquier objeto distinto del miembro viril y mucho menos que se le obligue; por ende, las secuelas pueden resultar irreversibles. Así, incrementando la pena máxima, el juzgador estará en aptitud

de imponer una sanción mayor en casos graves, que pueden aumentarse hasta la máxima pena de la violación propia (14 años).

6. Violación equiparada

Se encuentra prevista en la fracción I del artículo 266 del Código Penal, la conducta consiste en: "al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad". El segundo elemento es un resultado que es la alteración del orden normativo, mismo que es de carácter material, traducido en la intranquilidad psicosexual de los infantes. El nexo causal es la relación causa-efecto, entre la conducta y el resultado al observar que de no haber desplegado la primera el sujeto activo, no se hubiera producido el resultado prohibido por la ley, ni la afectación del bien jurídico tutelado, que es la seguridad sexual de los menores.

Por lo que hace a la intervención de los sujetos activos, puede serlo cualquiera de los previstos en el artículo 13 del Código Penal.

La forma de realización del delito es evidentemente es dolosa.

El sujeto activo del delito no requiere ninguna calidad y si por el contrario, el sujeto pasivo tiene que ser una persona menor de doce años de edad. Esto obedece a la falta de madurez psicofísica de los menores, ya que no tienen plena capacidad de discernimiento del valor real del acto sexual y aún cuando den su completo consentimiento, el mismo jurídicamente carece de valor. Para el menor que recibe la agresión, constituye un ataque muy grave, ya sea psíquico, moral o ambos, pues las primeras experiencias sexuales si son prematuras, irregulares o infortunadas, necesariamente producen perjuicios psíquicos y sociales.

El objeto material.- Es el cuerpo del menor sobre el que recaé la agresión.

Los medios utilizados (violencia física o moral, en el delito de Violación Equiparada resultan innecesarios para su acreditación, ya que si se comprobó la existencia de la cópula con persona menor de doce años, es suficiente para interpretar como equivalente a la violencia física o moral dada la imposibilidad que tienen para resistir.

Ahora bien, si se acredita que además de la violación existió violencia física o moral, ésta resulta ser una agravante en el delito a estudio.

En relación al artículo 266 fracción II del Código Penal en el que se establece "al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o que por cualquier causa no pueda resistirlo". Se observa que es la misma conducta de la fracción antes estudiada, con la variante en la calidad del sujeto pasivo que debe ser una persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, con el conocimiento del sujeto activo de esta incapacidad y el consecuente aprovechamiento esta deficiencia, que lo imposibilita a resistir la cópula.

COMENTARIO

Una vez analizados los elementos típicos del delito de Violación Equiparada se observa que en éste no está contemplada la conducta prevista en el delito de Violación Instrumentada, tratándose de menores de 12 años o personas que no tienen capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueden resistirlo; en efecto, en el artículo 265 párrafo Tercero, se establece: "Se sancionara con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido".

Como puede verse, en ningún momento se hace referencia a la conducta que recaiga en menores de 12 años o personas que no tienen capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; casos en los que no se requiere como medio comisivo ningún tipo de violencia. Así considero importante la inclusión en nuestro Código de esta variante, pues de otra forma se dejan de sancionar conductas que si en adultos produce una lesión en su esfera biopsicosocial, en un menor causa mayor detrimento.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se sabe que desde la época prehispánica ya existía el Derecho Penal, aunque hay muy pocos datos al respecto; en la Epoca Colonial las leyes españolas rigieron en la Nueva España, las cuales se caracterizaron por su vaguedad y confusión ya que se encontraban mezcladas las disposiciones de tipo sustantivo, con las de carácter procesal y aún administrativas. En la Epoca Independiente el país se encontraba en completo desorden respecto de sus leyes y forma de gobierno, casi no existían legislaciones para los problemas en materia penal e imperaba el sistema de tipo inquisitivo en donde el Juez ejercía poder ilimitado y el proceso lo llevaba en secreto, era escrito y el procesado carecía prácticamente de derechos.

A partir de 1871, al aparecer el Primer Código Penal propiamente dicho, ya se encontraban establecidas disposiciones en relación a los delitos de carácter sexual, así como en el Código de 31; después de diversas reformas, en la actualidad se encuentra esta especie de delitos en el Título Décimo Quinto, bajo el nombre de DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.

SEGUNDA.- El delito, de acuerdo con el artículo 7o. del Código Penal, es definido como "El acto u omisión que sancionan las leyes penales", existen varios sistemas que han estudiado al ilícito penal como Unitario o Totalizador y Atomizador o Analítico, mismo que es susceptible de desintegración en sus elementos. El delito tiene aspectos positivos y negativos, según su concepción. Positivos: Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad, Imputabilidad, Culpabilidad, Condicionalidad objetiva y Punibilidad. Negativos: Ausencia de Conducta, Ausencia de Tipo o Atipicidad, Causas de Justificación, Inimputabilidad, Inculpabilidad, Falta de Condiciones Objetivas y Excusas Absolutorias.

Las principales escuelas penales son dos: La Escuela Clásica del Derecho Penal y la Escuela Positiva. La Escuela Clásica entre otras ideas, sostiene que el Derecho es connatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad desde la creación para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La Ciencia del Derecho Criminal, es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas. El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: Una, la voluntad inteligente y libre y otra: Un hecho exterior lesivo al Derecho.

La pena, como el mal que se inflige al culpable, no debe exceder de las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del Derecho sino violación del mismo. La imputabilidad penal se funda en el principio de libre albedrío.

La Escuela Positiva se presenta como la negación radical de la Escuela Clásica, ya que pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo fundamentación objetiva, al dar preponderante importancia a la personalidad del delincuente. El método en el positivismo es el inductivo; sostiene que el camino adecuado para la investigación en el reino de la naturaleza es la observación y la experimentación, para luego inducir las reglas generales.

TERCERA.- Para la Teoría Causalista, la acción (conducta) es una inervación muscular voluntaria (movimiento voluntario no reflejo), pero carece de importancia el fin a que esa voluntad se dirige. Se avocaban al movimiento externo físico y tenían en cuenta la voluntad del sujeto sólo en tanto el sujeto quisiera ese movimiento físico. El movimiento hecho con voluntad causaba un resultado delictivo.

El contenido de la voluntad era querer moverse, pero la finalidad la analizaban en la culpabilidad. Es decir, para los causalistas lo que el sujeto quiera no forma parte de la acción, sino de la culpabilidad. Para ellos la acción es la causa del resultado delictivo, entre la acción y el resultado delictivo existe un nexo causal y el otro elemento del delito es la culpabilidad, ya que sentencian que entre el sujeto y el resultado delictivo hay un nexo psicológico que es la culpabilidad; para ellos el delito era acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La relación entre el sujeto y el resultado tenía dos posibilidades (dolo o culpa), entonces eran elementos de la culpabilidad.

Para la Teoría Finalista, la acción se refiere a un comportamiento que fue previsto mentalmente ya que la conducta desplegada por el sujeto es realizada con la finalidad de producir un resultado, toda acción delictiva lleva la intención de cometer un delito. No repara en los delitos imprudenciales. La imprudencia para esta corriente consiste en la ejecución descuidada de la acción final, pero el carácter descuidado de la ejecución no es precisamente su finalidad.

CUARTA.- En nuestra legislación vigente se encuentran mezcladas ambas corrientes (Causalista y Finalista).

QUINTA.- La idea de que la única finalidad de las relaciones sexuales era la procreación y la fecundación fue llevada a muchos pueblos a tales extremos, que la dignidad de la mujer dependía de tener hijos y estaba en proporción al número de éstos, era respetada en función de su fecundidad y aquella mujer que fuese estéril era despreciada y tratada como un ser inútil. La violencia en las relaciones sexuales en su fase primitiva fue el medio imperante en las relaciones de un sexo con el otro. Con la evolución, esa serie de usos y costumbres hoy en día son considerados como delitos.

Con el transcurso del tiempo, tanto en la mentalidad de la sociedad como en la moral individual y colectiva, fueron surgiendo ideas sobre el instinto sexual, que dejaba de ser violento y animal para dar paso a la simpatía, al afecto y al amor, ideas-sentimientos que se van engrandeciendo.

Para denominar con propiedad como sexual un delito desde el punto de vista doctrinario, es menester que éste

reuna dos condiciones: 1.- Que la acción típica del delito realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o la que a éste se le hace ejecutar, sea directa e inmentemente de naturaleza sexual. 2.- Que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción, sean relativos a la vida sexual del ofendido.

SEXTA.- Como notas esenciales que presentan los delitos sexuales se considera que son aquellas acciones típicas que consisten 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, bienes jurídicos éstos tutelados por la ley penal.

SEPTIMA.- En el tipo penal de Hostigamiento Sexual, se advierte que la conducta que realiza el sujeto activo es en la mayoría de las veces de realización oculta; uno de los elementos requeridos por el tipo consiste en que la conducta se realice de manera reiterada y para que sea punible debe causar un perjuicio o daño. En mi concepto, el daño puede ser causado en cada ocasión en que se asedie al sujeto pasivo del ilícito, pues implica una humillación y una devaluación, además de generar un sentimiento de impotencia. Resulta sumamente difícil acreditar el daño o

perjuicio objetivo o material. Asimismo, considero que una vez acreditado ese perjuicio o daño, la pena debería incrementarse, pues no es proporcional al daño que se produce.

OCTAVA.- Por lo que respecta al tipo penal de Abuso Sexual previsto en los artículos 260 y 261 del Código Penal, en mi concepto debe incrementarse la pena máxima, en razón al del amplio espectro de conductas que pueden darse y variación de daños que produce.

NOVENA.- En cuanto al tipo penal de Estupro, considero que tiende a desaparecer del Código Penal, ya que de acuerdo a la época y estado de cosas en las que vivimos, ya no hay personas en nuestra sociedad susceptibles de ser engañadas tan fácilmente. El engaño como elemento constitutivo del delito pasa a segundo término porque en la actualidad se adquiere una formación sexual desde la educación primaria, de aquí que el Estado de Derecho que impera en una sociedad tiene que ir evolucionando porque el mismo no es estático sino dinámico, además de que este precepto legal es utilizado por los más para presionar al sujeto activo a contraer matrimonio, por lo que sería más adecuado revisar su desaparación del Código.

DECIMA.- En relación al artículo 265 párrafo segundo del Código Penal, en el que se establece que para los efectos de dicho artículo se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo, se observa que la conducta de obligar al sujeto pasivo a que introduzca su pene en el cuerpo del activo (puede ser hombre con otro hombre, o bien, una mujer que obligue a un hombre a que la penetre), convierte al sujeto pasivo en el activo y viceversa; no se encuentra prevista en nuestro Código Penal y aún cuando en la doctrina se hace mención a que no es posible la erección mediante violencia física o moral, en la actualidad y mediante estudios médicos, se ha comprobado que por medio de la hipnosis, manipulaciones o droga, si se logra la erección del miembro viril.

DECIMA PRIMERA.- En cuanto al último párrafo del artículo 265 del Código Penal, considero que al introducir el sujeto activo al pasivo por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, la mayoría de las veces causa un gran perjuicio físico o psicológico, ya que si bien en el delito de Violación Propia, se introduce el

miembro viril en el cuerpo de la víctima, puede ser aún más grave que se introduzca un palo, una botella o cualquier otro instrumento en la cavidad vaginal o anal en el cuerpo de la víctima por medio de la violencia física o moral. Por esta razón en mi concepto la penalidad de la misma (3 a 8 años), debería ser incrementada en su límite máximo. Así el juzgador estará en aptitud de imponer una sanción mayor en casos graves, que podrían aumentarse hasta la máxima pena de violación propia (14 años).

DECIMA SEGUNDA.- En el delito de Violación Equiparada, se observa que no está contemplada la conducta prevista en el delito de Violación Instrumentada, tratándose de menores de doce años o personas que no tienen capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueden resistirlo. En efecto, en el artículo 265 párrafo tercero, se establece: "Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier instrumento distinto al miembro viril por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido".

Como puede verse, en ningún momento se hace referencia a la conducta que recaiga en menores de doce años o personas

que no tienen capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no puede resistirlo, casos en los que no se requiere como medio comisivo ningún tipo de violencia. Considero importante la inclusión en nuestro Código de esta variante, pues de lo contrario se dejan de sancionar conductas que si en adultos producen una lesión en su esfera biopsicosocial, en un menor causa mayor detrimento.

DECIMA TERCERA.- Así las cosas, se puede concluir que Nuestra Legislación Penal debería ser reformada, es más, debería hacerse un nuevo Código Penal, porque incluso la misma ciencia jurídica penal, establece entre otros principios elementales el de legalidad, así como la eficaz administración de justicia para garantizar el bien común y la seguridad jurídica de la sociedad en cuanto a conductas delictivas. Por lo tanto, es necesario que nuestros legisladores describan de una manera clara y precisa los preceptos penales que prescriben. Se deben visualizar las posiciones que se van a adoptar respecto de alguna corriente jurídica penal determinada. Si se va a hacer de manera ecléctica ser claros, objetivos y precisos en la descripción de las normas penales, quedando inmersas en ellas todas las conductas posibles delictivas que puedan surgir,

para seguir conservando la generalidad y abstracción de las normas jurídicas, condiciones necesarias y suficientes para que siga imperando el Estado de Derecho que tenemos.

BIBLIOGRAFIA

- ABARCA, Ricardo. "El Derecho Penal en México", Editorial Cultura, México.
- ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal", Parte General, Editorial Uthea, Argentina, Buenos Aires.
- BEDOLLA MIRANDA, Patricia y otra. "Consideraciones Conceptuales en torno al Hostigamiento Sexual" Estudios de Género y Feminismo, Editorial Fontamara, UNAM, México.
- CARRARA, Francisco. "Programa de Derecho Criminal" Parte Especial, Volumen II. Traducido por José S. Ortega. Editorial Temis. Bogotá.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho Penal Mexicano" Parte General, Editorial Porrúa, México.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otro. "Código Penal Anotado". Editorial Porrúa, México.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa, México.
- CUELLO CALON, Eugenio. "Derecho Penal" Parte General. Tomo I Editorial Nacional. México.
- DE LAS CASAS, Bartolomé "Historia de las Indias", México.
- DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio "Código Penal Federal con Comentarios" Editorial Porrúa, México.
- FLORIS MARGADANT, S. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano". Editorial Esfinge, México.
- GOMEZ, Eusebio. "Tratado de Derecho Penal" Tomo III. Buenos Aires.
- GONZALEZ BLANCO, Alberto. "Delitos Sexuales". Editorial Aloma, México.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "Derecho Penal Mexicano" Tomo III. Editorial Porrúa, México.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS "Diccionario Jurídico Mexicano" Tomo IV. Editorial Porrúa. México.

JESCHECK, Hans- Heinrich, "Tratado de Derecho Penal" Parte General. Editorial Bosch. Barcelona.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. "La Ley y el Delito" Editorial Temis. Bogotá.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. "Derecho Penal Mexicano" Editorial Porrúa. México.

KOH-LER, Berlin. "El Derecho de los Aztecas". Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. "Teoría del Delito". Editorial Porrúa. México.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo "Delitos en Particular". Tomo II. Editorial Porrúa. México.

MENDIETA NUÑEZ, Lucio. "Derecho Precolonial". Editorial Porrúa. México.

MEDINA. "Historial de la Inquisición en México". Editorial Fuente de Cultura. México.

MIGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal" Tomo II. Editorial Temis. Bogotá.

MEZGER, Edmundo. "Derecho Penal" parte general. Editorial Cárdenas. México.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano" Editorial Porrúa. México.

PEREZ GALAZ, Juan de Dios. "Derecho y Organización Social de los Mayas" Editorial Gobierno del Estado de Campeche.

PORTE PETIT, Celestino. "Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Estupro" Editorial Jurídica Mexicana. México.

PORTE PETIT, Celestino. "Ensayo Dogmático Sobre el de Violación" Editorial Porrúa. México.

QUELALT JIMENEZ, José P. "Derecho Penal Español" Parte especial. Editorial Jose Maria Bosch Editor. Barcelona.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Tomo LX, Quinta época.
SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Tomo CXV, Segunda Parte.
Quinta Época.
SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo XII, Segunda parte.
Sexta Época.
SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo LXIX. Séptima
Época.
WIZE, SUE y STANLEY. "El Acoso Sexual en la Vida Cotidiana".
Editorial Pladós. México.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal" Tomo IV,
Editorial Cárdenas Editor. México.