

126



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

"ESTUDIO DOGMATICO DEL
ABUSO SEXUAL SIMPLE"

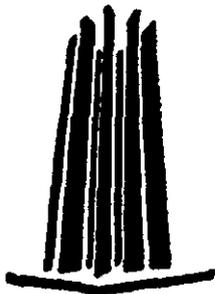
T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANA PERLA DOMINGUEZ ARREOLA

ASESOR DE TESIS: LIC. MAURICIO SANCHEZ ROJAS

285003

MEXICO.

2000





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 mis padres.
Como símbolo de esfuerzo,
dedicación y trabajo,
fuente de mi inspiración
para mi superación personal
con todo mi amor.

A mis hermanos.
Con todo mi cariño
y esperanza en
cada uno de ellos.

A mis amigos.
Por darme la dicha de
compartir con ellos los
momentos más dulces
y amargos de mi vida.

A todos aquellos que intervinieron en la realización de este trabajo:

Lic. Mauricio Sánchez Rojas.
Por todo su tiempo y apoyo en la realización
de este trabajo.
Gracias por darme un poco de su espacio.

Lic. Juan Jesús Juárez Rojas.
Por compartir su gran conocimiento
y enseñarnos a disfrutarlo.

Lic. Eduardo Saldivar Olvera.
Por su ayuda desinteresada y
por siempre estar al pendiente.

A mi querida Alma Mater.

INDICE

CAPITULO PRIMERO

I). MARCO HISTORICO	4
a). Código Penal de 1871	6
b). Código Penal de 1929	7
c). Código Penal de 1931	7
II). CONCEPTO DE LOS DELITOS SEXUALES	8
III). DIVERSAS DENOMINACIONES DE LOS DELITOS SEXUALES EN ALGUNOS PAISES	12

CAPITULO SEGUNDO

I). CONCEPTO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL	17
a). Doctrinario	18
b). Jurídico	18
II). El abuso sexual en los Códigos Penales de los Estados de la República	22

CAPITULO TERCERO

TEORIA DEL DELITO

Elementos Positivos y Negativos

I). Conducta	36
I.a). Clasificación en orden a la conducta	42
I.b). Ausencia de Conducta	45
II). Tipicidad	51
II.a). Clasificación del abuso sexual en orden al tipo	74
II.b). Ausencia de tipicidad o atipicidad	75

III). Antijuridicidad	78
III.a) Causas de licitud	80
IV). Imputabilidad	90
IV.a) Inimputabilidad	92
V). Culpabilidad	96
V.a) Inculpabilidad	102
VI). Punibilidad	106
VI.a) Excusas absolutorias	108
VII). Condiciones objetivas de punibilidad y su aspecto negativo	109
VIII). Iter criminis	110
VIII.a) Fase Interna	112
VIII.b) Fase Externa	113
IX). Concurso de delitos	118
X). Autoría y Participación	124

CAPITULO CUARTO

a). Generalidades	127
b). Análisis crítico del delito de abuso sexual	130
c). Propuesta	142
Conclusiones	151

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

Dentro del concepto de libertad podemos ubicar diversas especies, como sería, de manera ejemplificativa y no limitativa, la libertad de expresión, de culto, de tránsito, entre otras; las que están consagradas como garantías individuales por nuestra Norma Suprema. Ahora bien, en el caso específico de la materia penal, existe una especie muy importante y de la cual nos avocaremos a su estudio, y es la referente a la libertad sexual, que implica en términos generales el libre desenvolvimiento personal en el terreno sexual.

En efecto, la sexualidad corresponde a un ejercicio de la libertad, pero como todo ejercicio de la libertad puede caer en un momento dado en libertinaje, entonces el apetito sexual, el libido, como lo denominan los psicólogos, se desborda de su propio cauce natural y se degenera en actos de agresión violenta o aberrante (desviaciones sexuales), lo que trae como consecuencia el surgimiento de conductas que nuestro Código Penal para el Distrito Federal considera como delitos, siendo estos el estupro, la violación y la figura central de este trabajo: el abuso sexual.

Dentro del capítulo relativo a los delitos que atentan la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual, se encuentra la figura típica que será materia de análisis en esta labor: el abuso sexual; delito que por su enorme complejidad e independientemente de sus rasgos y características estrictamente técnicas, es decir típico-jurídicas, a nuestro parecer debe ser analizado con la mayor atención, la mayor seriedad y profundidad, por lo que representa y por lo que entraña.

La presente labor, tiene como objeto central el análisis doctrinario y jurisprudencial de la figura típica de abuso sexual, siendo justificado su estudio por

el interés jurídico que representa en la actualidad. Es pertinente destacar, el abandono a que ha sido objeto este ilícito penal, por parte de la Jurisprudencia declarada por parte de nuestros Tribunales Federales, en contrapartida con la abundante doctrina que se ha pronunciado al respecto, lo que pone de manifiesto la relevancia y actualidad jurídico social de este delito.

En nuestro sentir, desde hace tiempo se ha hecho necesaria una reforma al texto legal del ilícito de abuso sexual, pues los problemas surgen desde la interpretación que la expresión "*ejecutar un acto sexual*" ha venido originando desde la creación de esta figura jurídica en el Código Penal de 1931 hasta nuestros días, dada su ambigüedad, lo que no sólo hace aconsejable sino imprescindible una nueva redacción al tipo penal previsto en el artículo 260 del texto punitivo vigente, al efecto de lograr una descripción más clara y precisa de la conducta integrante del mismo.

La reforma del delito de abuso sexual que propugnamos ha de ser profunda, esencialmente encaminada a determinar con la mayor concreción posible el contenido y alcance de las conductas que deben considerarse constitutivas de dicha infracción penal; primordialmente en aquellos casos en donde la conducta delictiva es realizada sin que medie ningún tipo de violencia física o moral.

En razón de los argumentos expresados y siendo evidente la pluralidad de criterios existentes no sólo en la doctrina sino también por nuestro sector jurisprudencial, se hace necesaria - como ya lo mencionamos - una reforma profunda, especialmente encaminada en determinar con la mayor exactitud posible el contenido y alcance de las conductas constitutivas del delito de abuso sexual.

Siendo importante hacer mención, que tal determinación debe obedecer a la gravedad o al carácter trascendental del acto que la constituya, por lo que se debe exigir en el tipo penal a estudio que dichos actos tengan cierto alcance cuantitativo, es decir, que sean de los que socialmente se consideran gravemente obscenos, a grado tal que realmente afecten la libertad sexual del sujeto pasivo, descartando por completo, todos aquellos contactos o caricias triviales, aún en el supuesto en que la realización se base subjetivamente en el placer sexual al que tiende el agente.

Por lo tanto, a manera de conclusión preliminar y a reserva de abundar más adelante, estimamos que el delito a estudio en particular y en general todos los delitos sexuales, merecen una atención especial, tanto desde el punto de vista de su análisis jurídico como desde el punto de vista práctico, en el cual hay mucho por hacer aún, dado al incremento que tienen dichos ilícitos y que afectan seriamente nuestros valores socioculturales.

CAPITULO PRIMERO

I). MARCO HISTORICO

De la misma manera que el significado de una norma no puede entenderse exactamente si se le considera aislada de sus antecedentes históricos, el análisis de toda figura jurídico-penal exige para ser perfecta una aproximación, por somera que sea, a la perspectiva histórica, que nos enseñe y justifique la regulación que aquella recibe en el momento presente a través de la evolución seguida desde que surgió a la vida jurídica.

La investigación histórica supone, por tanto la necesidad de hacer marcha atrás en el tiempo, siendo el movimiento codificador el que nos sirva de punto de partida en esta tarea, mediante la que nos aproximaremos, aunque de manera somera, al conocimiento de los diversos tratamientos jurídicos que el delito de abuso sexual ha ido recibiendo a través de los distintos Códigos Penales Mexicanos.

a) CÓDIGO PENAL DE 1871

El Código Penal Mexicano de 1871, clasificaba en el título VI de su libro III como delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres, los siguientes:

"I. Delitos contra el estado civil de las personas, suposición, sustitución, ocultación y robo de infante, así como cualquier otro hecho contra el estado civil de las personas.

II. Ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres, exposición, venta o distribución de objetos obscenos y ejecución pública de acciones impúdicas.

III. Atentados al pudor, estupro y violación.

IV. Corrupción de menores.

V. Rapto.

VI. Adulterio.

VII. Bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales y;

VIII. Provocación a un delito y apología de éste o de algún vicio".¹

Encontrándose la definición del delito en estudio en el artículo en el artículo 789: "se da el nombre de atentado contra el pudor: a todo acto impúdico que puede ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal y que se ejecuta en la persona de otro sin su voluntad, sea cual fuere su sexo".²

Como puede observarse a estos delitos corresponden formas muy variadas de acciones típicas y también muy heterogéneas, especies de bienes jurídicos, objeto de la tutela penal, pues algunos conciernen a la honestidad o moralidad pública, otros a la libertad o seguridad sexual, otros son protectores de las formalidades matrimoniales o del carácter monogámico del matrimonio y, por último algunos atañen a la prevención general de cualquier especie de delitos o vicios.

¹ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Editorial Porrúa. 22a Edición. México, 1993. P. 345.

² López Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular. Tomo II. Editorial Porrúa. 5a Edición. México, 1999. P. 119.

b) CÓDIGO PENAL DE 1929

El Código Penal de 1929, en títulos separados, distinguió:

“a). Delitos contra la moral pública, ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres, corrupción de menores, lenocinio, provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio.

b). Delitos sexuales, atentados pudor, estupro, violación, rapto, incesto y adulterio.

c). Delitos contra el estado civil y bigamia, Títulos VIII, XV y XVI”.³

El texto del ilícito estudiado en esta labor, era el siguiente: “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 púber sin su consentimiento de esta” (artículo 851). “Cuando se ejecute en una impúber, se sancionara con multa de veinte a cuarenta días de utilidad y con arresto no menor de seis años” (artículo 852).⁴

Estimamos incorrectas las clasificaciones antes mencionadas, en virtud de que, no solamente comprenden delitos que evidentemente no son el resultado de ejecución de conductas sexuales, sino que además afectan a multitud de bienes jurídicos de naturaleza distinta de la sexual.

³ González de la Vega, Francisco. Ob. cit. Pp. 346 y 347.

⁴ López Betancourt, Eduardo. Ob. cit. P. 120.

En nuestro sentir, no existe una unidad de criterio sobre el bien jurídico lesionado por los delitos comúnmente denominados sexuales, al respecto sin perjuicio de analizar posteriormente cual puede ser el bien jurídico lesionado por el delito estudiado en esta labor, formulamos anticipadamente la siguiente observación, en el rubro empleado por el Código Penal Mexicano de 1929, no todos los delitos comprendidos en él son sexuales, ni lesionan el mismo bien jurídico.

En efecto, para que un delito pueda ser denominado científicamente sexual, "se requiere que sea objetivamente, no subjetivamente sexual, es decir, que el resultado de la conducta, no la intención del sujeto sea sexual y que el sujeto pasivo del delito sea ofendido sexualmente, es decir, como titular de un bien jurídico sexual"⁵.

c). CÓDIGO PENAL DE 1931

Los delitos sexuales se clasificaban en este Código Penal en el capítulo primero del título XV, en donde se contemplaban los delitos de: atentados al pudor, estupro, violación, raptó, incesto y adulterio.

Se estipulaba como atentado al pudor al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicaran de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos. Si

⁵ González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Aloma. 3a. Edición. México, 1974. P. 20.

se hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de seis a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos (artículo 260).

Con las reformas del 21 de enero de 1991, se cambia la denominación del Título Decimoquinto, Libro Segundo y del Capítulo I, del Código Penal, para quedar como sigue: Título Decimoquinto, Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, Capítulo I, encontrándose dentro de este capítulo regulados los delitos de hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro, violación y adulterio.

Con esta reforma, el delito de atentados al pudor cambio de nombre denominándose *abuso sexual* y cuyo texto legal era de la voz literal siguiente: “al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella, un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión”.

Siendo la última reforma que sufrió la figura a estudio, la del día 17 de septiembre de 1999, la cual no modificó en forma sustancial el texto del artículo 260, sólo se agrega una nueva modalidad de ejecución del acto sexual, es decir, cuando se realice un acto sexual y se obligue al pasivo a observarlo.

II). CONCEPTO DE LOS DELITOS SEXUALES

La función valorizadora de la norma se fundamenta necesariamente en supuestos de orden fáctico, pertenecientes, por lo tanto, al mundo del ser. Cuando los simples intereses humanos, que sólo entrañan un carácter utilitario, alcanzan la protección de la norma, se convierten en bienes jurídicos.

Ese mismo proceso sociohistórico, se advierte por lo que hace a los mal llamados “delitos sexuales”. Las relaciones sexuales, que, como las sociales y las económicas, presentan una naturaleza de interdependencia entre los hombres, originando intereses opuestos, los cuales, al alcanzar la protección de la norma (en virtud del proceso valorativo), dan nacimiento a los bienes jurídicos protegidos por estos delitos.

Así pues, vamos a exponer en este apartado, algunos criterios que la doctrina ha pronunciado, a efecto de establecer qué debemos de entender por “delitos sexuales”, desprendiéndose de tales conceptos, los rasgos y características propias de estos delitos y que sirven de base para distinguirlos de los demás ilícitos penales.

El maestro González de la Vega, señala que los delitos sexuales “son aquellas infracciones en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar, y que ponen en peligro o dañan su libertad o su seguridad sexuales, siendo estos los bienes jurídicos objeto específico de la tutela penal”.⁶

Para Karpman “un delito sexual es un acto que atenta contra las costumbres sexuales de la sociedad en la que el individuo vive, ofende principalmente porque genera ansiedad entre los miembros de la sociedad”.⁷

⁶ González de la Vega, Francisco. Ob. cit. P. 313.

⁷ Marchiori, Hilda. Personalidad del Delincuente. Editorial Porrúa. 4a. Edición. México, 1990. P. 23.

Atento a las anteriores consideraciones, un delito será sexual, cuando la conducta positiva del delincuente se manifieste en actividades lascivas, que al ser ejecutadas en el cuerpo del ofendido o bien a que éste se le hagan ejecutar, produzcan de inmediato un daño o peligro a los intereses protegidos por la norma penal.

En otro orden de ideas, cabe señalar que gran parte de la doctrina extranjera, se ha dado a la tarea de exponer diversos criterios, de cómo se deben clasificar "los delitos sexuales", los que a continuación nos permitimos mencionar:

"Bromberg agrupa los delitos sexuales en cinco categorías: violación, delitos sexuales asociados con fuerza, pedofilia, actividad homosexual e incesto.

Gross, son delitos: violación, exhibicionismo, incesto, corrupción moral y prostitución.

East señala: sadismo, masoquismo, fetichismo, travestismo, necrofilia, voyerismo, bestialismo.

Para Selling los delitos sexuales pueden ser clasificados en tres grupos: a) delitos contra la decencia, ejemplo exhibicionismo; b) delitos contra la moral de los niños; c) violación.

C. Braham los clasifica:

1. Delitos debidos a los instintos compulsivos
2. Delitos que aparecen estar biológicamente determinados

3. Delitos que son aislados premeditados o debidos a una sobre excitación
4. Delitos accidentales
5. Delitos cometidos por psicotrópicos, débiles mentales, toxicómanos y alcohólicos deteriorados.

Franz Alexander clasifica los delitos sexuales de acuerdo con la perturbación del vínculo y del objeto.

1. Vínculo perturbado (sadismo, masoquismo, exhibicionismo)
2. Objeto perturbado (homosexualidad, pedofilia)
3. Ambos, ejemplo fetichismo

Para Thompson los delitos son clasificados:

1. Comercio Ilegal:
 - a) donde el método es la característica. Ejemplo: violación, prostitución;
 - b) donde la relación o el estado posición de los individuos es la característica.
2. Prácticas antinaturales
3. Tentativa de los delitos mencionados.
4. Aquello que no implique contacto físico. Ejemplo: exhibicionismo.
5. Delitos con motivaciones sexuales como el homicidio, la piromanía, el robo, secuestro.
6. Delitos contra los niños”⁸

⁸ Marchioni, Hilda. Ob. Cit. P. 31.

III. DIVERSAS DENOMINACIONES DE LOS DELITOS SEXUALES EN ALGUNOS PAÍSES.

Las conductas que nuestro Código Penal vigente, instituye como delitos “contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual”, los encontramos catalogados de diferente forma, principalmente en las legislaciones extranjeras.

Así el Código Alemán los comprende bajo la denominación de ‘crímenes y delitos contra la moral sexual’; el español el argentino y el de Honduras, en los ‘delitos contra la honestidad’; el francés, en ‘los attentats aux mœurs’; el italiano, en los ‘delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres’; el belga, en los ‘delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública’, el de Nueva York y la Carolina, en los ‘delitos contra la decencia y la moralidad pública’, el de Brasil, en los ‘delitos contra la costumbre’; el de Chile, entre los ‘crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública’; el de Colombia, en los ‘delitos contra la libertad y el honor sexuales’, el de Cuba, en los ‘delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias’; el de Guatemala, en los ‘delitos contra la honestidad y de contagio venéreo’; el de Nicaragua, en los ‘delitos contra el orden de las familias y la moral pública’; y el de Venezuela en los delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias”.⁹

Como es de observarse, en las legislaciones que hemos hecho referencia, al hacer la clasificación dentro de sus respectivos títulos, de los “delitos sexuales”, difieren en cuanto al bien jurídico objeto de tutela, problema éste que reviste suma importancia, toda vez que según el criterio que se adopte, se estará en

⁹ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo III. Editorial Bosch. 14ª Edición. Barcelona, 1975. P. 477.

condiciones de precisar las características de la acción punible y determinar así, si su encuadramiento en determinado título, resulta correcto o no.

Por su parte, González Blanco señala algunas clasificaciones que la doctrina ha aportado, para tratar de resolver esta divergencia, y las cuales son:

“a). La contenida en el Código de Rocco, que hace un distingo entre los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres y los delitos contra la familia. Incluye dentro del primer grupo, la violación, el estupro, el rapto; y en los segundos, el adulterio y el incesto.

b). La que propone Peco, en la que al fundamentar el título único que rubrica ‘Delitos contra la familia’, excluye el adulterio e incluye al incesto; en el título V de la sección primera que denomina ‘Delitos contra las buenas costumbres’, comprende la violación, el estupro y el ultraje público al pudor, y en título IV que intitula ‘Delitos contra la libertad’, sitúa el rapto.

c). La de F. Manzi que divide los delitos sexuales: a). En delitos contra la libertad sexual; violencia carnal (violación), actos libidinosos violentos, corrupción de menores, rapto violento, lenocinio; b). En delitos contra la familia; rapto consentido, adulterio, bigamia, supresión y suposición del estado civil y c). En delitos contra la moral social: ultraje al pudor e incesto”.¹⁰

Las anteriores clasificaciones, no son del todo acertadas, debido a que solamente comprenden delitos que evidentemente, no son el resultado de ejecución

¹⁰ González Blanco, Alberto. Ob. Cit. P. 21

de conductas sexuales, sino que además afectan diversos bienes jurídicos de naturaleza distinta a la sexual.

Muchas de las titulaciones legales existentes no son concluyentes cuando se trata de determinar el objeto jurídico protegido en las diversas figuras que se incluyen bajo su órbita, tal y como sucede en el Código Español, entre otros, y concretamente, en materia de "Delitos Contra la Honestidad", en el que la denominación legal, no sólo es confusa sino desacertada.

A este respecto, ni las legislaciones ni la doctrina están de acuerdo en cuanto al lugar que en los Códigos debe asignarse a los delitos de carácter sexual.

En este orden de ideas, en nuestro Código Penal vigente, los bienes jurídicos tutelados por los delitos catalogados como "delitos contra la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual", son diversos. En nuestro sentir, los únicos delitos que deberían estar clasificados en el Título Decimoquinto del Código Punitivo para el Distrito Federal, son: el abuso sexual, la violación y el estupro.

Sin embargo, debido a la falta de técnica jurídica en el Código Penal se agrupa bajo este rubro, conductas de índole no sexual, como sería el caso del delito de hostigamiento sexual.

En efecto, para poder denominar con propiedad como sexual a un delito, "no basta que la conducta sea presidida por un antecedente, móvil, motivo o finalidad de lineamientos eróticos más o menos definidos en la conciencia del autor o sumergidos en su subconsciente, sino que es menester, además, que la conducta

positiva del delincuente se manifieste en actividades lúbricas somáticas, ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hace ejecutar, y además que la acción corporal de lubricidad típica del delito al ser ejecutado físicamente, produzca de inmediato un daño o peligro a intereses protegidos por la sanción penal".¹¹

¹¹ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P.310.

CAPITULO SEGUNDO

EL ABUSO SEXUAL EN LA CODIFICACIÓN PENAL VIGENTE

I. CONCEPTO

Antes de señalar como es tipificado el delito de abuso sexual en el Código Penal para el Distrito Federal, estimamos conveniente definirlo, tanto etimológicamente como doctrinariamente.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, debemos entender como "*abuso, abusar*" hacer mal uso de algo; y por *sexual* todo lo referente o relativo al sexo .

Pues bien, si ligamos estas dos palabras, es decir, abuso y sexual, etimológicamente debemos entenderlo como el mal uso o bien el uso inadecuado de la sexualidad, en este orden de ideas al nombrar el Código Penal para el Distrito Federal, a este delito como abuso sexual, se ha pretendido abarcar dentro de este concepto, todas aquellas conductas lascivas, que sin llegar a la cópula, sufre el sujeto pasivo en su persona, ya sea con el consentimiento de éste (en el caso de que se trate de un menor o de un inimputable) o bien sin su consentimiento.

Al respecto la doctrina ha pronunciado diversos criterios, a efecto de conceptualizar la figura típica analizada en esta labor, y que continuación nos permitimos transcribir.

a). Doctrinario

Bacuña Valdés, define al delito de abuso sexual, "como el conjunto de actos de carácter sexual y de naturaleza impúdica, que excluyendo la conjunción carnal normal se comete sobre personas de uno u otro sexo en forma atentatoria".¹²

Por su parte, Jiménez Huerta considera que el delito a estudio "consiste en ejecutar sobre otra persona, sin su consentimiento o con un consentimiento inválido, actos lascivos, sin el propósito de copular".¹³

Finalmente el maestro González de la Vega, entiende por delito de atentados al pudor (actualmente denominado abuso sexual), "cualquiera que será 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 sin su consentimiento o en personas púberes".¹⁴

Todas de las definiciones que acabamos de transcribir, son coincidentes en afirmar que el núcleo de la conducta del delito de abuso sexual, consiste en la ejecución de actos lascivos, diversos a la cópula, y que son cometidos en agravio del sujeto pasivo, sin su consentimiento o con su consentimiento (cuando se trate de menores o inimputables). Cobra especial relevancia esta exclusión del ánimo del agente de llegar a la cópula, toda vez que sirve para fundamentar la diferencia existente entre la tentativa de violación y el delito abuso sexual consumado, por lo que, la conducta típica del abuso sexual, debe

¹² Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa. 2ª Edición, México, 1982. P. 217.

¹³ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Editorial Porrúa. 6ª Edición. México, 1986. P. 223.

¹⁴ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P. 342.

concretarse por la comisión de actos de libidine que no supongan tentativa de violación, lo que podrá determinarse atendiendo la naturaleza de los actos realizados y a la revelación del ánimo del agente.

b). Jurídico

El día 17 de septiembre de 1999, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, un decreto por el cual se derogaban, reformaban y adicionaban diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, (actualmente Código Penal para el Distrito Federal) y dentro de este paquete de reformas y adiciones a dicho Código Punitivo, está la que sufrió el artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual amplió el concepto del delito de abuso sexual.

A continuación se transcribe textualmente, para no perder el espíritu del mencionado decreto, algunos párrafos de la exposición de motivos expuesta, citando especialmente aquellos párrafos referentes a la figura típica a estudio, y que a la letra dice:

“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El 22 de agosto de 1996, fue en el Diario Oficial de la Federación, el decreto de reforma y adiciones a las diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este decreto fue el resultado de un proceso de reforma política que involucró a todas las partes integrantes de la Federación e implicó importantes cambios estructurales para el Distrito Federal.

Uno de los puntos centrales de esta reforma se encuentran en el artículo 122 de nuestra Carta Magna, el cual ha sentado las nuevas bases para la organización jurídico política del Distrito Federal. Entre esos cambios se estableció que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es el órgano local de gobierno encargado de la función legislativa en el ámbito local dentro del marco de competencia que la misma constitución le señala.

Dentro de las materias que son competencia legislativa de la Asamblea, el artículo 122, apartado C, Base Primera, Fracción V, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le señala la facultad expresa de legislar en materia penal. No obstante, en virtud del artículo Décimo Primero Transitorio del Decreto del 22 de agosto de 1996, dicha facultad entró en vigor este año.

La importancia de la legislación penal, deriva de manera directa en el caso del Distrito Federal, en el sentido problema de la seguridad pública que aqueja a sus habitantes debido a la descomposición social.

Ante ello, se debe retomar el sentido inhibitor y persuasivo de la legislación penal para recomponer socialmente a la Ciudad de México.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, fue expedido en 1931 por el Presidente de la República (no fue un acto legislativo), y a la fecha ha tenido numerosas reformas; su nombre completo es el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia

Federal, no obstante en diciembre del año próximo pasado el Congreso de la Unión asumió como Federal el mismo texto y le cambio el nombre a Código Penal Federal, quedándose esta entidad con el anterior.

Elaborar estas reformas al Código Penal, responde a la oportunidad que tiene el órgano de esta capital, de aprobar en el campo de su competencia, lo que le corresponde para la lucha contra la inseguridad pública, situación ante la cual, no puede mantenerse pasivo.

En este contexto, es imperativo que los ordenamientos legales que rigen a esta entidad se ajusten a la realidad social, política y jurídica en la que nos encontramos inmersos. La urgencia para que se legisle en materia penal no es del Gobierno del Distrito Federal o del Partido de la Revolución Democrática, sino de la sociedad. Existe un urgente reclamo social par abatir la inseguridad pública y para perseguir y castigar con eficacia a los delincuentes. En particular, se reclama un combate a fondo contra la impunidad. Esto no se puede lograr sin mejorar los instrumentos jurídicos que rigen la procuración y la administración de justicia.

Se requiere sin duda, una reforma a fondo del Código Penal, tarea en la que la Asamblea Legislativa ha empeñado sus mejores esfuerzos. Y también se requiere dar una respuesta urgente a los reclamos de la sociedad. Lo que pretendemos con esta iniciativa es proponer los cambios indispensables para avanzar hacia una Ciudad segura para todos.

De ahí el contenido de las propuestas que se han formulado de nuestra parte. Podemos situar en ocho grandes ejes el conjunto de reformas urgentes que se proponen hacer a la legislación penal en el Distrito Federal ...

... 6.- MAYOR PROTECCIÓN A MUJERES Y MENORES

Se amplía el concepto de abuso sexual, para el caso de obligar a una persona a observar un acto sexual”.

Con la última adición hecha al artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, el texto legal del citado artículo quedó enunciado de la siguiente manera:

TITULO DECIMOQUINTO
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL
DESARROLLO PSICOSEXUAL
CAPITULO I

Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación.

Artículo 260.-Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutar dicho acto, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión.

Por nuestra parte, estimamos que la inclusión de la expresión "*la obligue a observarlo*", es del todo desacertada, toda vez que con tal expresión, el legislador pretendió sancionar conductas tales como el exhibicionismo, es decir, como en el caso de que una persona enseñe a otra sus órganos sexuales; o bien cualquier otra clase de exhibicionismos obscenos, que el agente haga en su persona o bien en un tercero, cabe destacar, que este tipo de conductas, ya se encuentran plenamente previstas y sancionadas en el artículo 200, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal.

Por lo que consideramos, que tal inclusión resulta por demás innecesaria, toda vez, de que como ya lo hemos dicho, esas conductas delictivas ya se encuentran tipificadas en el Código Penal para el Distrito Federal en el diverso 200 fracción II, postura ésta, que expondremos más detalladamente en apartados subsecuentes.

II). CODIGOS PENALES DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA

En el siguiente apartado nos permitimos hacer alusión a los Códigos Penales de algunos estados de la República con el objeto de ilustrar aunque sea en forma somera, como es tipificado el delito analizado en esta labor en el interior de la República Mexicana, citando especialmente aquellos Códigos Penales en donde el delito de abuso sexual es enunciado de diferente forma a la pronunciada por el Código Penal del Distrito Federal.

Cabe señalar, que aunque en los Códigos Penales de los Estados, el delito de abuso sexual es nombrado o tipicado de manera diversa a la establecida por el Código Penal para el Distrito Federal, todos los Códigos Punitivos de los

Estados son coincidentes en requerir que en el delito de abuso sexual se ejecute un acto sexual, sin el propósito de llegar a la cópula, sin el consentimiento del pasivo.

a). ESTADO DE COLIMA

*“TITULO QUINTO
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD SEXUAL
CAPÍTULO III
ABUSOS DESHONESTOS*

Artículo 214.- Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula ejecute en ella un acto erótico sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá prisión de tres meses a tres años de prisión y multa hasta por treinta unidades”.

Como podrá apreciarse en el Código Penal del Estado de Colima, incorrectamente se le denomina a la figura típica estudiada en esta labor, como “abusos deshonestos”; expresión que estimamos del todo desacertada, en virtud de que no es la honestidad de las personas lo que tutela este delito, por lo que creemos conveniente que el Código Penal del Estado de Colima nombre a este tipo penal como “abuso sexual”, porque es la libertad y el normal desarrollo psicosexual de las personas lo que protege este delito y no como se podría pensar, a prima facie, la honestidad del ofendido.

- Por otra parte, de la lectura integral del citado artículo 214, se desprende que en su texto legal aún contiene la frase “acto erótico sexual”, y que al

decir del maestro González de la Vega “es redundante, puesto que lo erótico es precisamente lo sexual y lo sexual es lo erótico, sin que existe una diversa categoría para lo erótico-sexual - agregando dicho autor - claro es que en un significado general amplio existen distinciones entre lo erótico y lo sexual, pero también existen coincidencias. En materia delictuosa en que las acciones típicas consistente precisamente en la cópula o en manejos lúbricos en el cuerpo, estos actos eróticos corporales son al mismo tiempo sexuales, así sean incompletos o incompletos fisiológicamente considerados”.¹⁵

Por lo que, atento a los anteriores argumentos, se debe reformar el citado artículo y eliminar por completo la palabra “acto erótico sexual”, y en su lugar determinar cuáles son las conductas sancionables por este delito, y así evitar usar palabras reiterativas y de escasa objetividad.

“Artículo 216.- El delito de abusos deshonestos sólo se perseguirá por querrela de parte ofendida o de sus representantes legítimos”.

De acuerdo a este artículo sólo podrá perseguirse este delito a petición de parte ofendida o de sus representantes legítimos, sin embargo creemos y, a menudo sucede, que las personas que tienen el derecho a querrellarse, no lo hacen, quedando el delincuente libre de toda acción penal en su contra, resultando, como advierte Ure que “ la consecuencia inmediata de no ejercer la instancia privada, ocultando el atentado sexual, es la impunidad del delincuente, consecuencia realmente grave frente a los intereses de la defensa social”.¹⁶

¹⁵ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P. 348.

¹⁶ Porte Petit, Celestino, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Estupro. Editorial Regina de los Angeles. 2a. Edición. México, 1973. P. 60.

Por lo tanto, para evitar que el delincuente quede libre de la acción penal, creemos que es necesario que sea perseguido este ilícito de oficio, o no como hasta ahora, que se persigue a petición de parte.

b). ESTADO DE DURANGO

"LIBRO SEGUNDO

TITULO CUARTO

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD SEXUAL

CAPITULO III

ABUSOS DESHONESTOS

Artículo 168.- Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con el consentimiento de esta última, ejecute en ella o la haga ejecutar acto erótico, sin el propósito de llegar a la cópula, se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa equivalente hasta de diez días de salario mínimo.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la sanción será de tres meses a cuatro años de prisión y multa equivalente hasta de veinte días de salario mínimo".

El texto del artículo 168 del Código Penal del Estado de Durango, nos indica dos diversas hipótesis legales del delito según el mayor o menor desarrollo fisiológico-sexual de los ofendidos, es decir ya sean púberes o impúberes, sin embargo no nos establece los parámetros necesarios para determinar quiénes deben considerarse púberes o impúberes.

En opinión del maestro González de la Vega “púber es la persona en que ya han acontecido los fenómenos del desarrollo o del inicio de la aptitud para la vida sexual externa (adolescencia); por tanto, púberes tanto son los jóvenes como los adultos o ancianos, independientemente de su sexo o de que en ellos ya hayan cesado las funciones sexuales por cualquier causa. Siendo impúberes los niños o niñas en que aún no se han manifestado los fenómenos característicos del desarrollo y de la posibilidad fisiológica de la función sexual excretora”.¹⁷

En primera instancia, podría pensarse que no resulta difícil determinar cuando una persona es púber o impúber, toda vez que el estado puberal o impuberal resulta obvio tratándose de sujetos ya adultos o de niños de escasa edad, sin embargo, creemos que el problema surge, en aquellos casos en que las personas lindan entre la infancia y la juventud, en que puede resultar dudoso su estado, y donde será necesario consultar la opinión de peritos médicos quienes determinarán el estado puberal o impuberal del individuo.

Por lo que, estimamos conveniente, a efecto de para evitar esta clase de problemas, que el Código Penal del Estado de Colima señale una edad determinada en la que se considere que esta figura típica es cometida en agravio de un menor, como tal acontece en el Código Penal para el Distrito Federal, en donde desde hace tiempo se ha eliminado por completo los términos “púber” e “impúber”, para dar lugar a establecer en el artículo 261, que este delito es cometido en agravio de un menor, cuando éste tenga menos de doce años de edad, protegiéndose así su normal desarrollo psicosexual del ofendido.

¹⁷ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P. 352.

“Artículo 169.- El delito de abusos deshonestos será perseguido por querrela de parte ofendida o de sus representantes legítimos”.

Como ya lo mencionamos, al referimos al Código Penal del Estado de Colima, estimamos no sólo conveniente, sino necesario, que el delito de abusos deshonestos o abuso sexual (como lo nombra el Código Penal para el Distrito Federal), sea perseguido de oficio y no a petición de parte, para así poder evitar que el responsable del delito quede sin castigo.

c). NUEVO LEÓN

*“TITULO DECIMO PRIMERO
DELITOS SEXUALES
CAPÍTULO I
ATENTADOS AL PUDOR*

Artículo 259.- Comete el delito de atentados al pudor, el que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de ésta última, ejecuta en ella, o en una persona que por cualquier causa no pudiera resistir, un acto erótico sexual sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula”.

Como podrá observarse, el delito estudiado en esta labor, se encuentra ubicado en el Código Penal del Estado de Nuevo León, en el Capítulo I del Título Décimo Primero, denominado “Delitos Sexuales”; expresión ésta, que estimamos totalmente impropia, porque mira a la naturaleza del delito y no, como debiera ser, al

bien jurídico tutelado, pues como bien lo señala Porte Petit, es como si se denominara a los delitos contra la vida y la salud personal: "*delitos de sangre*". "Ya Saltelli y Romano Di Falco ha dicho con antelación, aludiendo al Código Penal Italiano, que el Código no emplea ni la locución delitos sexuales, ni aquella de delitos contra las relaciones sexuales, porque la primera expresión no pone de relieve cuál sea el derecho que constituye el objeto de la lesión y porque, también con la otra expresión; no se pone tampoco de relieve cuál sea el objeto de los predichos delitos, apartándose de la cuestión sin resolverla".¹⁸

En esta tesitura, consideramos conveniente denominar al título Décimo Primero del Código Penal del Estado de Nuevo León, como "*delitos contra la libertad y normal desarrollo psicosexual*", precisando de esta manera los bienes jurídicos protegidos en este título, y separándose así del ambiguo criterio de llamarlos delitos sexuales; expresión totalmente desacertada, porque mira a la naturaleza de la conducta realizada y no al bien jurídico protegido.

Así también de la lectura integral del referido artículo 259, se puede observar que aún persiste en su texto legal la expresión "acto erótico sexual", la cual estimamos reiterativa y poco descriptiva de las conductas que son objeto de sanción penal, por lo que creemos necesario que se reforme el citado artículo a efecto de delimitar lo mejor posible las acciones típicas sancionables por este ilícito.

Artículo 261.- El delito de atentados al pudor sólo se castigará como delito consumado".

¹⁸ Porte Petit, Celestino Ob Cit. P 9

No resulta nada fácil, dar una solución definitiva y generalizadora a la cuestión acerca de que si cabe la tentativa como forma imperfecta de ejecución en el delito de abuso sexual, toda vez que como, nos encontramos ante un delito formal o de simple actividad que se perfecciona con la mera realización del acto sexual, sin necesidad de que concurra ningún resultado objetivo, resulta por demás evidentemente complicado y problemático distinguir los actos preparatorios de los actos verdaderos de ejecución.

| Al decir de González de la Vega, "el momento consumativo de esta infracción es instantáneo y se cumple cuando se efectúa cualquier acción libidinosa en el ofendido. Además, para la existencia de la tentativa punible se requiere la ejecución de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización del delito y en el atentado al pudor la ejecución de estos hechos supone ya realización de maniobras lúbricas en el cuerpo del ofendido, es decir, coincide con la consumación de la figura".¹⁹

En nuestra opinión y a reserva de abundar más adelante, dejamos abierta la posibilidad de admitir la tentativa, pues puede darse el caso de que el activo le haga ofrecimientos verbales para su saciar su instinto sexual al pasivo, y al momento de querer el agente ejecutar el acto sexual en el cuerpo del ofendido, éste no lo consigue porque es impedido por la intervención de un tercero.

Por lo que, consideramos que dicho artículo debe dejar abierta la posibilidad de la existencia de la tentativa en este ilícito, aunque estamos concientes de que en tales casos (extraordinarios) se deben atender a las circunstancias del

¹⁹ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P.359.

hecho concurrente, así como a las condiciones generales en que el delito ha sido cometido, las cuales decidirán al respecto la mayor parte de las veces.

d). ESTADO DE SONORA

*“LIBRO SEGUNDO
TITULO DÉCIMO SEGUNDO
DELITOS SEXUALES
CAPÍTULO I
ABUSO DESHONESTOS*

“Artículo 209.- Al que sin consentimiento de una persona, ejecute con ella un acto erótico, sin el propósito de llegar a la cópula o le induzca a realizarlo en sí misma, en el pasivo o en un tercero, se le aplicará de tres meses a tres años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, para ejecutar o hacer que la víctima realice el acto erótico, la prisión será de seis meses a cinco años.

El delito de abusos deshonestos sólo se sancionará cuando se haya consumado”.

De la lectura integral del presente artículo, se desprende que a pesar de que se encuentran sancionados todos aquellos actos sexuales, que se comenten en agravio del pasivo, sin su consentimiento y sin el propósito de llegar a la cópula, en no se encuentran tipificadas en forma agravada, todas aquellas conductas sexuales

que se realizan en agravio de un menor, y que a nuestro parecer deberían ser contempladas y sancionadas de una forma más severa, toda vez, que es mucho más grave un ataque sexual cometido en contra de un menor de edad, quien debido a su corta edad, apenas se está formando un criterio en el ámbito sexual, que un ataque sexual cometido en agravio de un adulto, (el cual tiene ya formado un criterio en el ámbito sexual).

Por otra parte, de acuerdo con este precepto legal, la tentativa cae fuera de toda la acción represiva del estado, pero su exclusión de la punibilidad, no resuelve, en modo alguno el problema relativo a la posibilidad real y jurídica de la ejecución imperfecta del delito que estudiamos.

Empero, no descartamos totalmente la hipótesis de la tentativa, pues como lo afirma González Blanco “la naturaleza del acto erótico sexual, admite la ejecución de actos anteriores tendientes a ejecutarlo – agregando el autor – sería a nuestro modo de pensar, un acto de tentativa el del sujeto que realiza violencias, no constitutivas, de realizar actos y no lograra realizarlos por causas ajenas a su voluntad”.²⁰

En esta tesitura, se debe reformar el presente artículo, a efecto de que se deje abierta la posibilidad de la tentativa en el delito a estudio; aunque estamos concientes que en el mundo fáctico no será nada fácil determinar si se configuró o no, la tentativa en dicho ilícito, por lo que se deberá atender principalmente a las circunstancias especiales y particulares en que se desarrollo el hecho típico.

²⁰ González Blanco, Alberto. Ob. Cit. P. 82

e). TAMAULIPAS

*“TITULO DÉCIMOSEGUNDO**DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y LIBERTAD SEXUALES**CAPÍTULO I**IMPUDICIA*

Artículo 267.- Comete el delito de impudicia el que sin consentimiento de una persona sea cual fuere su edad, o con el consentimiento de esta si es menor de doce años o se trate de una persona que por cualquier cosa no pudiere resistir, ejecute en ella o haga ejecutar un acto erótico sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula”.

En el Código Penal del Estado de Tamaulipas, se nombra incorrectamente el delito de abuso sexual como “impudicia”, entendiéndose por tal expresión todo aquello que hiere o lastima el pudor. Sin embargo, esta expresión se refuta como desacertada, porque da lugar a tener la falsa apreciación de que se estime que el bien jurídico tutelado por este delito es el pudor de las personas; siendo que, lo que en realidad se tutela en este ilícito es la libertad y seguridad sexuales; sin que sea óbice para arribar a tal determinación lo expresado por Salvagno Campos quien estima que “es el pudor personal el objeto jurídico protegido de este delito”²¹, negando en cambio como tal la libertad sexual, fundamentando el autor esta tajante afirmación en la propia naturaleza del acto constitutivo del abuso deshonesto, que ha de ser necesariamente distinto del acceso carnal, pues la libertad sexual sólo se lesiona cuando la conducta está integrada por actos de esta segunda índole

²¹ Salvagno Campos, Carlos. Los Delitos Sexuales. Editorial Temis Bogotá, 1954. P. 24.

Ahora bien, si concebimos la libertad sexual como la capacidad o facultad del sujeto a la libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, hay que concluir, en contra de la opinión de Salvagno Campos, que la libertad sexual se lesiona, tanto si es un acto de yacimiento, como si se trata de cualquier otro acto sexual, pues la capacidad de elección en la esfera sexual se ataca, no sólo sin contar con el consentimiento del sujeto pasivo se le obliga a yacer, sino también cuando se le obliga a la realización o tolerancia de algún otro acto de carácter lascivo.

En base, a este argumento excluimos por nuestra parte, tanto la honestidad y el pudor como objetos jurídicos protegidos en el delito de abuso sexual, ya que como lo hemos manifestado en reiteradas ocasiones, lo que se tutela en este ilícito penal es la libertad y el normal desarrollo psicosexual del pasivo.

Artículo 268.- Al responsable del delito de impudicia se le impondrá una sanción de dos meses a dos años de prisión y multa de cuatro a cuarenta días de salario. Si en el delito se ejecutare por medio de la violencia física o moral, se impondrá al responsable una sanción de dos a cuatro años de prisión y multa de cuarenta a sesenta días de salario; si además de los simples tocamientos eróticos el activo hiciere ejecutar al pasivo actos depravados la sanción será de dos a cinco años y multa de cuarenta días de salario.

El citado artículo 268 es totalmente ambiguo e impreciso, en primera instancia, porque no nos determina que debemos entender por "simples tocamientos eróticos", sino porque además refiere a la ejecución de "actos depravados", ocasionando la presente redacción de este artículo, una laguna legal que a la postre ocasionará en la praxis, un sin número de criterios contrapuestos o tal vez no bien

definidos, por lo que se sugiere reformar el mencionado artículo a efecto de delimitar lo mejor posible las conductas delictivas sancionadas por el mismo.

f). ESTADO DE ZACATECAS

“TITULO DECIMOSEGUNDO

DELITOS SEXUALES

CAPITULO I

ATENTADOS AL PUDOR

Artículo 231.- Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con el consentimiento de ésta última, o de persona que por cualquier causa no pudiere resistir, ejecute en ella un acto erótico, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula se le impondrá sanción de tres meses a seis meses de prisión y multa de tres a cinco cuotas. Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la sanción será de tres meses a dos años de prisión y multa de cinco a diez cuotas”.

El Código Penal del Estado de Zacatecas, ubica al delito estudiado en esta labor, en el Capítulo I, del Título Décimo Segundo, nombrado “Delitos Sexuales”; denominación ésta, que también es utilizada por el Código Penal del Estado de Nuevo León, y la cual como mencionados, estimamos incorrecta, porque mira a la naturaleza del delito y no, como debiera ser, al bien jurídico tutelado.

En este orden de ideas, consideramos conveniente denominar al título Décimo Primero del Código Penal del Estado de Zacatecas, como “delitos contra la

libertad y normal desarrollo psicosexual”, precisando de esta manera los bienes jurídicos protegidos en este título.

Así también de la lectura integral del citado artículo, se puede observar que en el texto legal del mismo, no se encuentran tipificados en forma agravada, todos aquellos actos sexuales que se realicen en agravio de un menor, quien por su temprana edad, le es imposible resistir psíquicamente pretensiones lúbricas cuyo significado, verdadero alcance y reales consecuencias ignora racionalmente. Señalando, González de la Vega que “su prematura iniciación en actividades eróticas puede ser dañosa, tanto desde un punto de vista ético como psicofisiológico. En efecto, a parte de la posible degradación moral del niño, la realización en su cuerpo de manejos lúbricos para los que no tienen todavía capacidad biológica, puede engendrar en él, fijaciones irregulares o desplazamientos aberrantes del instinto sexual que le producirán durante toda su vida grandes trastornos”.²²

Por lo que, estimamos que las conductas delictivas cometidas en agravio de un menor deben ser contempladas y sancionadas de una forma más severa, por el artículo 231 del Código Penal del Estado de Zacatecas.

CAPITULO TERCERO

TEORIA DEL DELITO

1). Conducta

Antes de hablar de este elemento objetivo del delito, es menester señalar que a dicho elemento se le ha denominado de diversas maneras: algunos autores prefieren el vocablo acción, término genérico comprensivo de la acción, en sentido estricto y de la omisión; Porte Petit estima que no es adecuado este término, porque no contiene o abarca la omisión al ser su naturaleza contraria a ésta, pues la acción implica movimiento y la omisión todo lo contrario; igualmente el término acto no le parece aceptable, pues "a veces constituye la acción misma, pero otras, forma parte de la acción, al estar constituida por varios actos, como lo comprueba la división de delitos unisubsistentes y plurisubsistentes. En síntesis afirma Porte Petit, "el acto en unas ocasiones constituye un todo (la acción) y a veces, parte de ese todo".²³

Jiménez de Asúa prefiere la expresión acto, considerando que el término hecho no es conveniente, en virtud de ser éste "demasiado genérico, ya que como Binding señala, con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre, o acaezca por caso fortuito, mientras que por acción se entienden voluntades jurídicamente significativas".²⁴

²² González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. 355.

²³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 5a Edición. México, 1982. P. 177.

²⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Editorial Losada. 3ª Edición. P. 332.

La palabra acción es usada, entre otros, por Cuello Calón, Antolisei, Riccio y Maggiore, mientras que el vocablo hecho tiene preferencia entre Cavallo, Klein y Franco Guzmán.

El maestro Porte Petit, hace una distinción entre conducta y hecho, componiéndose éste último por una conducta, un resultado material y un nexo causal. En la conducta quedarán contenidos aquellos delitos los cuales se cometen en la sola actividad o inactividad, carentes de un resultado de carácter material. Y será la conducta un elemento del hecho, cuando el propio tipo exija no sólo una conducta sino además un resultado de carácter material.

Como se aprecia, cada autor prefiere usar, al referirse al primer elemento objetivo del delito, el vocablo que estima más acertado; nosotros coincidimos con la opinión del maestro Castellanos Tena, en cuanto al empleo del término conducta, ya que como él lo expone “dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión, es decir, el hacer positivo y negativo; el actuar o el abstenerse de obrar”.²⁵

Pavón Vasconcelos, es congruente al afirmar que “la conducta consiste en el peculiar comportamiento del hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria”.²⁶

Concluyendo, la conducta es la manifestación de la voluntad que se traduce en un hacer o en un no hacer.

²⁵ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa 39ª Edición, México, 1999. P.147.

²⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. P. 180.

Ahora bien, la conducta en el abuso sexual, se traduce en una acción, en una manifestación de voluntad que implica un hacer, es decir, en la realización de movimientos corporales por parte del agente para configurar esta la figura delictiva.

Para Manzini, la conducta en este delito, implica “la realización de actos diversos al carnal, cumplidos sobre la persona del sujeto pasivo, dirigidos a excitar o satisfacer la propia concupiscencia”.²⁷

Fontan Balestra refiere que “la conducta consiste en ejecutar con otra persona actos impúdicos, que no importen coito y otro acto de penetración de los que configuran la violación. Quedando comprendidos tanto los actos que el autor realiza en el cuerpo de la víctima, como los que ésta ejecute sobre su cuerpo o sobre el de un tercero”.²⁸

En términos generales, la conducta típica del delito de abuso sexual, de acuerdo con lo que establece su texto legal, consiste en ejecutar un acto sexual, sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, concurriendo alguna de las circunstancias que enumera el mismo artículo 260 del Código Penal.

Siendo compleja la estructura de este delito, pues yacen en él inmersas diversas hipótesis típicas que tiene por base la ejecución de una misma conducta, esto es, “un acto sexual”, sin el propósito de copular, siendo en forma genérica las siguientes:

²⁷ González Blanco, Alberto. Ob Cit. P. 80.

²⁸ Fontan Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Adeledo-Perrot. 2ª Edición. Buenos Aires, 1989. P. 347

- a). Acto sexual realizado por el sujeto activo directa y materialmente en el cuerpo del sujeto pasivo.
- b). Acto sexual verificado por un tercero en el cuerpo del sujeto pasivo, para el goce del sujeto activo a través de su contemplación.
- c). Acto sexual realizado por el sujeto pasivo en el cuerpo del sujeto activo.
- d). Acto sexual realizado por el activo en su cuerpo o en el de otro, para que el pasivo lo observe; entre otras.

En las anteriores hipótesis, el acto lascivo se ejecuta en la persona de la ofendida, sea directamente cometida por el agente o a través de la intervención de un tercero; o bien se le hace ejecutar dicho acto sexual en el propio cuerpo del pasivo, en el cuerpo del agente o de un tercero; dándose también con la última reforma al artículo 260 del Código Penal, la hipótesis de obligar al pasivo a observar un acto sexual, siempre y cuando estos supuestos se realicen sin consentimiento de la persona y sin el propósito de yacer.

También se configura la conducta abusiva, a través de contactos corporales activos y pasivos, que se exteriorizan mediante actos sexuales recíprocos y simultáneamente ejecutados entre ambas partes del delito.

Así parece deducirse de las palabras de Carrancá y Trujillo: "la acción consiste en un acto ejecutado por el sujeto activo con, sobre o en la persona del pasivo; por éste, con, sobre o en la persona del activo; o por, sobre o en ambos sujetos".²⁹

²⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. 17ª. Edición. México, 1997. P. 636.

a.1). La omisión

Frente la acción como conducta positiva (que implica movilidad del cuerpo traducido en una actividad voluntaria), encontramos a la acción, en forma negativa o inacción; consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria, frente el deber de obrar consignado en la norma penal.

“La conducta pasiva u omisión, o acción esperada desde el punto de vista normativo, consiste en la no realización del acto esperado y legalmente exigible, en la no ejecución de un acto positivo que se tiene el deber jurídico de ejecutar. Porque la concepción puramente naturalista de la omisión como un no hacer, la simple inercia, es insuficiente para constituir delito si no va acompañada del deber jurídico de obrar”.³⁰

Por lo mismo, la omisión no consiste en una mera inactividad, sino en un no hacer algo a que se está obligado por un mandato de hacer, es que aparece su carácter normativo incluso con más evidencia que en la acción.

La voluntad en la omisión consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, en querer la inactividad, o bien en no llevar a cabo la misma acción esperada en virtud de un olvido. “La omisión presupone la existencia de una norma que imponga la acción omitida”.³¹

Por lo que de ninguna manera, se puede cometer el delito de abuso sexual, por omisión, toda vez que el tipo penal a estudio exige para su configuración

³⁰ Reynoso Dávila, Roberto. *Teoría General del Delito*. Editorial Porrúa. México, 1995. P. 22.

³¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Ob. Cit.* P. 311.

la existencia de una conducta traducida en una acción, en una manifestación de voluntad que implica un hacer positivo, es decir, en la realización de movimientos corporales por parte del agente para realizar esta figura delictiva.

a.2) Comisión por omisión

Pavón Vasconcelos, refiere que “la esencia de la omisión impropia, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material”.³²

A diferencia de los delitos de omisión propia o simple, en los cuales no existe mutación en el mundo exterior, por ser de resultado jurídico o típico, en los delitos de omisión impropia la inactividad del agente produce un cambio material en el mundo exterior, violando una norma preceptiva (penal o de cualquier otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

Por lo que respecta, a el delito de abuso sexual no puede concebirse que éste pueda ser cometido por omisión simple o comisión por omisión, porque la conducta descrita en el texto legal implica necesariamente un hacer positivo, un movimiento corporal encaminado a la ejecución de un acto sexual, ya sea que dicho acto sexual se ejecute en la persona del ofendido o que el sujeto pasivo lo realice sobre el agente, o bien que el sujeto activo obligue a la víctima a observar dicho acto lascivo, sin que tenga el agente en ninguno de estos supuestos el propósito de llegar a la cópula.

³² Ibidem Pp. 195 y 196.

I.a). CLASIFICACIÓN EN ORDEN A LA CONDUCTA

1). Se trata de un delito de acción.

Dada la naturaleza del núcleo del tipo, o sea la ejecución de un acto sexual, solamente puede cometerse la figura típica a estudio por un hacer. El agente en la realización de la conducta delictuosa ejecuta movimientos corporales para lograr su objetivo, que en el caso concreto es la realización de un acto sexual, ya sea que el activo lo realice sobre el cuerpo del pasivo o bien que obligue a la víctima a observar dicho acto sexual o a ejecutar el acto lascivo sobre el cuerpo del agente o de un tercero. Por lo que de ninguna manera, pueden presentarse las formas de omisión y comisión por omisión.

2). Es un delito unisubsistente y plurisubsistente.

El delito de abuso sexual será unisubsistente cuando se consume con un solo acto, siendo el caso cuando el agente ejecuta en el pasivo un acto sexual consistente en tocarle alguno de sus senos, consumándose dicho ilícito. Será plurisubsistente, cuando la acción esté constituida por varios actos, ejemplo de ello, es cuando el activo, además de tocarle alguno de sus senos a la pasivo, ejecute en ella otros tocamientos lascivos.

I.b) CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO

El delito de abuso sexual, por lo que respecta al resultado es:

1. De mera conducta, por que el tipo se integra en cuanto al elemento objetivo por la realización de un acto sexual, es decir, por un hacer sin resultado material, sin modificación en el mundo exterior.

Sobre este particular existen dos opiniones:

a). Quienes estiman que el abuso sexual es un delito de mera conducta. Siendo partidaria de esta postura Marcela Martínez Roaro.

b). Y quienes consideran que se trata de un delito material. Marco Antonio Díaz de León al estudiar el resultado de esta figura delictiva refiere: “el resultado es instantáneo y se consuma al momento en que el agente ejecuta en la víctima un acto sexual o la obliga a ejecutarlo sin consentimiento de ésta y sin la intención de llegar a la cópula. Así, el resultado se produce cuando físicamente se haya realizado el manoseo, contacto corpóreo o acto sexual del agente sobre la víctima en consumación de los elementos señalados en el tipo, dado que se trata de un delito de resultado material”.³³

Por su parte López Betancourt sostiene que “el abuso sexual es un tipo de realización material, debido a que produce un resultado en la ejecución del mismo se necesita de un hecho cierto, el cual consistente en ejecutar un acto sexual en otra persona u obligarla a realizarlo”.³⁴

³³ Díaz de León, Marco Antonio. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. 3ª. Edición. México, 1998. P. 466.

³⁴ López Betancourt, Eduardo. Ob Cit. P. 122.

Ahora bien, para poder determinar si el modelo delictivo a estudio es de mera conducta o de resultado material, es menester establecer la división entre los delitos de mera conducta, formales o de resultado inmaterial y los de resultado o materiales.

Es indudable, que la existencia de los delitos formales o inmatrimales, depende del concepto que se tenga de resultado. Si se acepta un concepto naturalístico: un mutamiento en el mundo exterior, material y tangible, habrá delitos que no tengan resultado material. En cambio, si se entiende como resultado el mutamiento al orden jurídico no habrá delito sin resultado. Serán delitos de simple conducta, formales o de resultado inmaterial, aquellos que se consuman con la realización de la conducta. Y de resultado o materiales, aquellos que al consumarse producen cambio en el mundo exterior.

En este orden de ideas, de acuerdo a lo establecido al artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, para la configuración del delito de abuso sexual no se requiere una mutación en el mundo exterior, o sea que, éste no exige un resultado material, en virtud de que el texto legal del citado artículo, únicamente señala la conducta delictiva, es por ello que debe concluirse que se trata de un delito formal o de mera conducta, de cuya realización se desprende solamente un resultado jurídico.

2). Es instantáneo

El Código Punitivo para el Distrito Federal, en el artículo 7º define al delito instantáneo de la forma siguiente:

El delito es:

- I. Instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos”.

Por lo tanto, el delito de abuso sexual es instantáneo porque su consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

3). El delito a estudio es de lesión y no de peligro, porque al realizarse el acto sexual, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

Lc). AUSENCIA DE CONDUCTA

La conducta, es un elemento esencial para que se configure el delito, la falta de ésta traerá como consecuencia lógica la inexistencia del mismo.

En este orden de ideas, Pavón Vasconcelos refiere que “hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos por faltar en ellos la voluntad”.³⁵

En efecto, la conducta es necesaria para conformar el delito, pero cabe mencionar, que no todas las conductas emanadas de la voluntad humana son

³⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. P. 241.

delictuosas, sin embargo es importante recalcar que el legislador no puede modelar todas ellas y es por eso también que, “solamente se ha tomado en cuenta las conductas que se han realizado indebida, injusta o ilícitamente, por tanto, si el legislador no tomase en consideración a la ausencia de conducta, como excluyente de responsabilidad no estaría cometiendo error alguno, toda vez que cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de lo que diga o no el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad”.³⁶

En relación a lo antes expuesto, en nuestro Código Penal, el legislador menciona a la ausencia de conducta como excluyente del delito en el artículo 15 fracción I, cuyo texto literal establece: “el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”. De lo que se infiere lógicamente que si no hay voluntad por parte del sujeto activo al realizar la conducta típica, no habrá delito. Dentro de este razonamiento, no habrá delito por ausencia de la conducta en la vis mayor, vis absoluta, movimientos reflejos, sueño y sonambulismo.

En todos estos casos, no existe la voluntad pero sí la conducta, pero por ser ésta más fuerte a la voluntad del hombre no se integrará el delito. Como lo menciona Castellanos Tena en la fórmula “*nullum crimen sine actione*”.

La moderna dogmática del delito ha precisado, como indiscutibles casos de ausencia de conducta: 1). la vis absoluta; 2). la vis mayor; 3). el sueño y sonambulismo; y 4). movimientos reflejos.

³⁶ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. P 152.

1) *Vis absoluta*

Para Pavón Vasconcelos “la vis absoluta o fuerza irresistible supone, ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrarse por sí una acción o una omisión relevantes para el derecho; quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse”.³⁷

Es decir, que el sujeto productor del resultado típico, contribuye para que se configure éste, con un movimiento corporal o su inactividad, pero no con su voluntad; actúa involuntariamente impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico, dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla.

En el ilícito de abuso sexual, habrá ausencia de conducta por vis absoluta, en el supuesto de que a un sujeto (el cual no puede oponerse a este movimiento corporal forzado), se le obliga con la mano apresada a que realice un acto sexual en el cuerpo de la víctima, sin que pueda resistirlo.

Y se afirma que opera la vis absoluta, en virtud de que, para que ésta exista se precisa que proceda de un ser provisto de voluntad, y el violentado físicamente es un instrumento como el revólver o el cuchillo; por lo en este caso el violentado está libre de pena, porque no hay en tal hecho una verdadera conducta.

³⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. P. 249.

2). *Vis Maior o Fuerza Mayor*

Porte Petit declara: "existe la fuerza mayor o vis maior, cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad o un cambio en el mundo exterior, por una violencia física, irresistible, natural o subhumana".³⁸

3). *Sueño y Sonambulismo*

El sueño, es un estado fisiológico normal de descanso y de la mente conciente puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos, tal es el caso de la mujer de agitado sueño, que al moverse en su lecho sofoca y mata con su cuerpo a su hijo recién nacido, cuando es colocado ahí por el padre sin conocimiento de aquella. Por lo que, cualquier actuación de una persona bajo el imperio del sueño no es una manifestación de la voluntad, pues quien duerme carece de conciencia y de voluntad y por ello no realiza una acción.

El estado sonambúlico es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto deambula dormido. Al decir, de Jiménez de Asúa la diferencia está en el hecho de que en el sonambulismo no se halla impedido la conversación en actos motores de los fantasmas de la mente y de las representaciones que se verifican en el sueño. Para el mismo autor español el sonambulismo "es una enfermedad nerviosa o mejor dicho no es más que una enfermedad parcial de otras neuropatías (como el histerismo) o de la epilepsia".³⁹

³⁸ Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Regina de los Angeles. 2ª Edición. P. 416.

³⁹ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit. P. 131.

4). *Movimientos Reflejos*

Estos son - al decir de Mezger - "los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio o un centro motor y produce el movimiento".⁴⁰ Los actos reflejos son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio periférico. Como el sujeto está impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos a voluntad, habrá delito.

5). *Ausencia de conducta en el abuso sexual*

Estudiados todos y cada uno de los casos que la dogmática moderna estima como configurantes de la ausencia de conducta, expondremos a continuación nuestra postura, para determinar si en el delito a estudio se puede dar la ausencia de la conducta en cualquiera de estos supuestos (con excepción de la vis absoluta, la cual ya fue estudiada).

A este respecto Martínez Roaro, acepta la ausencia de conducta en el delito a estudio en los casos de vis absoluta, vis maior y actos reflejos. Pronunciándose en igual sentido González Blanco, quien refiere que en los atentados

⁴⁰ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid, 1955. Pp. 215 y 216.

al pudor, puede presentarse fácilmente la ausencia de conducta, sobre todo por fuerza física irresistible.

Por nuestra parte, consideramos que no se configura en este delito la ausencia de conducta, por vis maior, sueño, sonambulismo y movimientos reflejos, en virtud de que el tipo penal exige la doble concurrencia de dos elementos: a). la realización de un acto sexual (el cual debe estar impregnado de intención lasciva) y b). no tener el propósito de llegar a la cópula.

En efecto, la realización de un acto sexual debe tener como base una intención voluptuosa del agente, ya quiera éste excitar su propio goce sexual o influir sobre el impulso sexual de otra persona, es decir, en la ejecución de un acto sexual debe existir en el agente un ánimo de lubricidad, que puede tener por objeto satisfacer o desahogar su propio libido o la de otro.

Por lo que carece de relevancia jurídica, todos aquellos actos que carezcan de un móvil sexual. El segundo elemento, consiste en la ausencia del propósito directo de llegar a la cópula, entendiéndose por ello que el agente a través de los actos lúbricos que realiza, no se proponga la consecución de la cópula, satisfaciendo su libido, con las acciones lascivas distintas al ayuntamiento sexual.

En esta tesitura, quien realiza un acto sexual en función de actos reflejos, por vis maior, por sueño o sonambulismo, no actúa como se exige para los casos de ausencia de conducta, es decir, quien realiza un acto sexual sin la concurrencia de los dos elementos mencionados, configurará la atipicidad, más no así el elemento negativo de la conducta.

II). TIPICIDAD

El segundo de los elementos del delito, dentro del sistema causalista, es la tipicidad, concepto cuya sistematización lo debemos a el jurista alemán Ernesto Beling, quien publicó por primera vez la teoría de la tipicidad y el tipo.

Cabe mencionar, que el tipo y la tipicidad de ninguna manera son lo mismo. El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir individualizada como prohibida por un tipo penal.

En forma primaria, la peculiaridad básica del tipo consiste en describir las conductas que, de llevarse a cabo, serán acreedoras de penalidad. "El tipo tiene ante todo una finalidad definatoria del delito. El legislador introduce en el Código Penal, el tipo atendiendo que tales conductas descriptivas, implican un trastocamiento en la convivencia de las personas, que integran la comunidad; a fin de evitar su realización o repetitividad en caso de haberse cometido, se les prevé o inflige un castigo".⁴¹

Bacigalupo lo define como "la descripción prohibida en la norma".⁴² En igual sentido se pronuncian Castellanos Tena, Orellano Wiarco e Irma Amuchategui al definir al tipo como la descripción legal de una conducta delictiva.

⁴¹ González Quintanilla, José. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 6a Edición. México, 1999. P. 276.

⁴² Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Madrid, 1989. P. 293.

Por su naturaleza, el tipo es eminentemente descriptivo. En el se detalla con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí que la mayoría de los tipos de la parte especial de un Código tenga como contenido una mera descripción objetiva de la conducta.

Ahora bien, el legislador al introducir en el Código Penal, el tipo hace una descripción con todas las características de un delito, el cual jamás existirá sin una conducta que tenga las mismas características que las detalladas en el tipo.

Como hemos mencionado con antelación, el tipo y la tipicidad no son lo mismo, pero uno sin el otro no puede ser, toda vez que el tipo penal plasmado en la ley no puede ser aplicado sin que exista una adecuación entre la conducta antijurídica y el tipo penal. Se dice que la conducta del autor es "típica", sólo cuando realiza todas las características del tipo.

Por ende, entendemos por tipicidad "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa".⁴³

Con singular elocuencia, el maestro Jiménez de Asúa al estudiar a la tipicidad refiere que "es la faena de encaje o ajuste de la multiforme realidad de la vida, en el tipo descrito en la ley. Este cotejo del mundo real con el supuesto legal, es el proceso de subsunción, por el cual la abstracta fórmula de los tipos cobra vida

⁴³ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. P. 168.

al subsumirse en ellos los hechos ejecutados; la ley que yace inerte y flácida, vive y yerce al contacto con la realidad fáctica".⁴⁴

En este orden de ideas, el tipo es la fórmula legal que dice "a la que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutar dicho acto".

Tipicidad es la característica adecuada al tipo que tiene la conducta de "A" que sin consentimiento de "B" y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecuta en "B", un acto sexual; estando esta conducta en la realidad, por lo que se dice que la conducta de "A" es una conducta típica.

Bajo el esquema narrado, el tipo y la tipicidad tienen la diferencia de continente y contenido, el primero es creado abstractamente en la ley y la segunda es la estimación que se hace al caer la conducta al tipo. La conducta que es realizada en el mundo naturalístico fenomenológico al ser captada por algunos de los tipos, se le etiqueta de típica y trasciende, en razón de esta tipicidad, al ámbito penal.

Esta subsunción, debe ser completa, pues si faltan algunos de los elementos típicos consignados por el legislador en la ley rectora al hacer la descripción, la conducta no será típica.

De tal suerte, que en el tipo penal a estudio, la conducta realizada por el sujeto activo debe adecuarse expresamente a lo señalado por el legislador en la

⁴⁴ Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito*. Editorial Hermes. 8ª Edición. Buenos Aires, 1979. P.71.

ley; es decir, el agente debe de realizar un acto sexual, sin el propósito de llegar a la copula y sin tener el consentimiento del pasivo; y una vez que la conducta del sujeto activo cumpla con todos y cada uno de los requisitos que marque el tipo de abuso sexual, se dirá que ésta es una conducta "típica".

Ahora bien la sencillez o complejidad conceptual de una conducta antijurídica que se recoge en la figura típica, no obedece a una técnica legislativa única de tipificar conductas antijurídicas, ya que forzosamente ha de influir en la estructura y contenido del tipo la sencillez o complejidad fenoménica de la conducta que en él se quiere describir. Es diversa la estructura del tipo penal cuando en él se describe un comportamiento o se recoge un resultado material y tangible, que cuando se tipifican conductas normadas por la especial situación anímica en que se halla el sujeto activo o por una expresa referencia a su valoración.

En la configuración de las conductas tipificadas en el Código Penal o en una ley especial, se pone de relieve que en los mismos, entran en juego elementos de alcance diverso.

El comportamiento injusto que concretiza el tipo es puntualizado, una veces mediante una descripción de los elementos objetivos de la conducta típica; otras mediante expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta; y otras diversas mediante especial proyección que emerge desde lo más profundo del ánimo del autor.

En este apartado nos vamos a referir al bien jurídico tutelado, a los sujetos activo y pasivo del delito, al objeto material, así como a los elementos

normativos y subjetivos del tipo, sin hacer mención a las referencias especiales ni temporales, toda vez que el injusto penal no lo requiere.

a). BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

De entre la variada gama de opiniones doctrinales existentes en torno a la concreción del objeto jurídico protegido en el delito de abuso sexual, hemos agrupado en tres las que se presentan con carácter mayoritario; de una parte, se defiende a la honestidad y al pudor como bienes jurídicos protegidos; de otra, la posición que alude a diferentes intereses de la más variada índole susceptibles de ser tutelados; y finalmente, la opinión más generalizada recientemente que destaca la libertad sexual como objeto de protección más idóneo en la figura jurídica que nos ocupa.

1). La honestidad y el pudor como bienes jurídicos protegidos

En opinión de ciertos autores, en delito de abuso sexual atenta, simple y llanamente, contra la honestidad del sujeto.

Para otro sector doctrinal, el pudor ajeno es el bien jurídicamente protegido. De forma semejante se expresa Fontan Balestra, quien dice “en el abuso deshonesto, es el pudor el que debe considerarse lesionado”.⁴⁵

El concepto de pudor, como ha puesto de manifiesto González Blanco, “surge en la humanidad como consecuencia de una evolución biológica y debe

⁴⁵ Fontan Balestra, Carlos. Ob. Cit. P. 51.

entenderse como un sentimiento defensivo que se desdobra en dos aspectos: defensa del objeto sexual ante el sujeto que intenta gozar de él contra su voluntad y defensa de la pareja contra el rival.

Es decir, el pudor puede concebirse como un sentimiento de desagrado que el objeto sexual experimenta hacia el sujeto que intenta gozar de él sin su consentimiento. En base a esta afirmación final - piensa el autor - que debe construirse la teoría del delito actual, coincidiendo pudor y libertad sexual etiológicamente, de ahí que los bienes jurídicos tutelados por la figura que describen el abuso deshonesto y la violación no difieren sustancialmente”.⁴⁶

Salvagno Campos también afirma que “es el pudor personal el objeto jurídico protegido, negando en cambio como tal la libertad sexual, fundamentando el autor esta tajante afirmación en la propia naturaleza del acto constitutivo de abuso deshonesto, que ha de ser necesariamente distinto del acceso carnal, pues la libertad sexual sólo se lesiona cuando la conducta está integrada por actos de esta segunda índole, ya que únicamente mediante ellos se produce una verdadera aproximación sexual que impide al sujeto pasivo utilizar o abstenerse de utilizar su capacidad en este sentido, la cual, a su vez, sólo se manifiesta respecto de las partes genitales de una persona puestas en conjunción con las de otra, o lo que es lo mismo, cuando del yacimiento se trate”.⁴⁷

Ahora bien, si coincidimos la libertad sexual como la capacidad o facultad del sujeto a la libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, hay que concluir en contra de la opinión de Salvagno Campos, que la libertad sexual se

⁴⁶ González Blanco, Alberto. Ob. Cit. P. 23

⁴⁷ Salvagno Campos, Carlos. Ob. Cit. P. 24

lesiona tanto si es un acto de yacimiento el que se impone a la víctima, como si se trata de cualquier otro acto sexual o lascivo, pues la capacidad de elección en la esfera sexual se ataca, no sólo sin contar con el consentimiento del sujeto pasivo se le obliga a yacer, sino también cuando se le obliga a la realización o tolerancia de algún otro acto de carácter lúbrico.

Con base a este argumento, excluimos por nuestra parte la honestidad y el pudor como objetos jurídicos protegidos en el delito de abuso sexual, ya que nos encontramos ante conceptos genéricos y abstractos, que lejos de reunir las condiciones necesarias para integrar un interés susceptible de protección jurídica, constituyen a lo sumo cualidades o predicativos del sujeto que no sufren lesión alguna mediante la ejecución de cierto actos de libidine contra o sin su voluntad.

2). *Otros bienes jurídicos protegidos*

Para Jiménez Huerta el bien jurídico protegido en este delito “es la libertad de amar, pues aunque la propia denominación del delito pudiera ser creer, a prima facie, que el interés vital protegido es el pudor, esto no es más que un espejismo engañoso que se esfuma tan pronto se tiene en cuenta que el delito puede cometerse sobre impúberes”.⁴⁸

Postura aislada y excepcional, que no llegamos a comprender ni a compartir, la cual es refutada por Marco Antonio Díaz de León quien señala al respecto “estimamos inexacta la opinión de algunos autores que contemplan como bien jurídico la libertad de amar, porque el verdadero amor y el concepto del amor

⁴⁸ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. P. 219.

son más amplios que lo relativo al sexo; más aún, puede darse el sexo de manera voluntaria y conciente sin mediar el sentimiento del amor, por lo cual en este supuesto el delito en estudio no lesiona al amor”.⁴⁹

A nuestro entender, ni la honestidad, ni el pudor, ni mucho menos la libertad de amar, son susceptibles de integrar el objeto jurídico protegido por el delito de abuso sexual, el cual lesiona un interés más concreto y específico de la persona: su libertad sexual.

3). La libertad sexual como bien jurídico protegido

Para decidir con posterioridad, si la libertad sexual es el verdadero objeto jurídico protegido en la figura que tratamos, es conveniente ante todo, determinar su concepto. A este respecto, vamos a referirnos a continuación a las diferentes opiniones doctrinarias existentes sobre la materia.

Una primera concepción es aquella que analiza el aspecto que se suele denominar “positivo” o “dinámico” de la libertad sexual, entendiendo un amplio sector doctrinal que desde esta perspectiva dicha facultad se concreta en la libre disposición del propio cuerpo a efectos sexuales. En opinión de Muñoz Sabaté, “la libertad sexual supone un concepto muy amplio que abarca, tanto el derecho de una persona a elegir voluntariamente el tipo de relación y compañero que mejor prefiera, como el derecho de otras personas a no ser ofendidas en su recato y sentimientos mediante exhibiciones de conductas sexuales”.⁵⁰

⁴⁹ Díaz de León, Marco Antonio. Ob Cit. P. 46.

⁵⁰ Muñoz Sabaté, Luis. Sexualidad y Derecho. Elementos de Sexología Jurídica. Barcelona, 1976. P 236.

Por su parte Fernández Rodríguez, define la libertad sexual como "el derecho a la manifestación de la voluntad en el uso del propio cuerpo en la esfera sexual, destacando la importancia de su contenido ético, que constituye la razón de su protección jurídico penal, aludiendo al grave atentado que para la dignidad humana supone la realización de actos sexuales ejecutados contra la voluntad del sujeto pasivo y la intromisión en un sector tan íntimo de la personalidad del hombre, lo que justifica indubitablemente la reacción tuitiva y especialmente enérgica del Derecho Penal".⁵¹

Ahora bien, la disponibilidad sobre el propio cuerpo en que consiste la libertad sexual no significa una facultad o derecho que se pueda ejercer con carácter absoluto, sino que se encuentra sometida a determinadas limitaciones fijadas por el Derecho y la costumbre social. Se trata de la existencia de pautas impuestas por las creencias, emociones y convivencias de un grupo social determinado, que dan a lo que por libertad sexual se entiende, de donde resulta fácil colegir que tales normas varían de una sociedad a otra y de una época a otra.

En resumen, desde esta perspectiva positiva podemos concebir la libertad sexual como la facultad del sujeto a comportarse en el plano sexual de acuerdo con sus propios deseos, ya que en lo referente a la relación, como en lo relativo a la elección del destinatario de la misma, pero siempre tolerando y respetando el ejercicio de la libertad sexual ajena, así como las limitaciones impuestas por la costumbre social.

⁵¹ Fernández Rodríguez, María Dolores. Los Abusos contra la Honestidad en "Cuadernos de Política Criminal", núm. 5, Madrid, 1978. P. 56.

Frente a la concepción positiva o dinámica de la libertad sexual existe otra que realza el aspecto "estático-pasivo" de la misma y que consiste, no ya en la posibilidad de ejercer aquella facultad de disposición del propio cuerpo, sino, como Lisandro Martínez ha declarado, en "la imposibilidad de obligar a nadie a tener relaciones carnales con otra persona".⁵²

Desde esta perspectiva negativa o pasiva lo que se trata de proteger, primordialmente, es el aspecto "defensivo" del derecho a la libertad sexual o, en otras palabras en el derecho a no soportar de otra la coacción física o moral, dirigida a la ejecución de actos de libidine.

La denominada concepción mixta o intermedia entre las dos anteriores expuestas permite incluir en el término "libertad sexual", tanto en el sentido dinámico-positivo como el estático-pasivo, propios de dicha facultad personal.

De conformidad con este planteamiento, la libertad sexual se presenta como el derecho a la libre disposición carnal, entendida esta última como la facultad de hacer o no uso del propio cuerpo, así como de ejercitar los medios protectores de la personal función sexual frente a ajenas actuaciones de esta naturaleza.

Ahora bien, examinadas las diferentes manifestaciones doctrinales existentes en torno al concepto de "libertad sexual" podemos concluir que, tanto la vertiente positiva como negativa constituyen tendencias perfectamente

⁵² Martínez Z., Lisandro. Derecho Penal Sexual. Tomo I. Editorial Temis Bogotá, 1972. P. 97.

armonizables que reflejan el verdadero contenido de este concepto desde dos perspectivas diferentes que, lejos de oponerse, se complementan, por lo que de ninguna de ellas debe considerarse de forma aislada y única con exclusión de otra, si bien, la acepción positiva, que se concreta en la facultad de disponibilidad carnal, entendida como la libertad de elección en el plano sexual, concuerda mejor con el significado intrínseco del término "libertad", operando el sistema de garantías legales ofrecidas al respecto al sujeto como consecuencia necesaria del reconocimiento de la esfera de autonomía concedida y tutelada por el propio Derecho.

Un par de cuestiones más quedan por apuntar para complementar esta elaboración del concepto de libertad sexual. La primera se refiere a la protección incondicional de este bien jurídico con independencia de las posibilidades efectivas de disposición del propio cuerpo que tenga el sujeto.

La segunda cuestión se centra en precisar el alcance de este interés tutelado en atención a la naturaleza del acto ejecutado. Podemos recordar, ante todo, que el artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, permite la realización del abuso sexual con persona de uno u otro sexo, lo que significa que la libertad sexual debe extenderse, tanto a las conductas abusivas realizadas entre personas de distinto sexo como a las ejecutadas con personas del mismo sexo, comprendiendo así cualquier actividad sexual, puesto que al castigar con la misma y única pena los actos sexuales distintos al yacimiento realizados indiferentemente con cualquiera, equipara dentro de la conducta típica los actos abusivos heterosexuales como homosexuales, lo que nos hace concluir que, si la libertad sexual se predica normalmente de las actividades sexuales realizadas

entres personas de distinto sexo y éstas se equiparan legalmente a las ejecutadas entre personas de igual sexo en el delito de abuso sexual, pues ningún impedimento existe para hacer extensiva aquella facultad a los actos sexuales abusivos de carácter homosexual; aparte de que, consistiendo esencialmente la libertad sexual en la voluntad del individuo respecto al uso de su propio cuerpo en la esfera sexual, ninguna causa se opone a que dicha voluntad pueda manifestarse también en personas del mismo sexo.

En relación por tanto, a estas dos últimas cuestiones planteadas, concluimos en forma definitiva que la libertad sexual es el bien jurídico tutelado por esta infracción penal, sea cual fuere la capacidad efectiva de disposición del sujeto en cuanto a su propio cuerpo, no sólo abarcando las actividades abusivas heterosexuales sino también las homosexuales.

Atento a lo anterior, González de la Vega es coincidente al referir que “lo que ofende la acción delictiva es el derecho subjetivo a la libre determinación de la conducta erótica. Por eso decimos que cuando la modalidad del atentado al pudor recae sobre en púberes, el verdadero objeto de la tutela penal en concerniente a la libertad sexual”.⁵³

Pronunciándose en igual sentido, González Blanco al expresar “creemos que nuestro legislador lo que pretende tutelar en el delito que nos ocupa, no es el pudor, sino más bien la libertad sexual”.⁵⁴ Postura que es compartida por Marcela Martínez Roaro, Marco Antonio Díaz de León, González Quintanilla entre otros.

⁵³ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P 354.

⁵⁴ González, Blanco, Alberto. Ob. Cit. P 79.

b). SUJETO ACTIVO

“El sujeto activo requerido por el tipo, es un elemento de éste, pues no se concibe un delito sin aquél debiéndose entender por sujeto activo, el que interviene en la realización del delito”.⁵⁵

b.1). El sujeto activo en el delito de abuso sexual

El artículo 260 del Código Penal dice textualmente: “Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutar ...”.

Infiéndose del texto legal, que el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, hombre o mujer, siendo indiferente su sexo aunque la ley no lo diga expresamente. En consecuencia, y dada la diversidad del sexo con el que la ley se refiere al agente de esta infracción, el abuso sexual puede perfectamente cometerse cuando un hombre abusa de una mujer o de otro hombre, o una mujer abusa de un hombre, dejando abierta la posible ejecución de la conducta por una mujer respecto de otra, en orden a la indiferencia sexual de los sujetos del delito, toda vez, que el bien jurídico que se tutela a en este delito, no sólo se extiende a las conductas abusivas realizadas entre personas de distinto sexo, sino también a las ejecutadas con persona del propio sexo, comprendiendo de esta forma cualquier actividad, heterosexual u homosexual.

⁵⁵ Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. P. 438

En esta misma línea sostiene Carrara que la diversidad sexual no puede ser un extremo de los actos de libidine violentos, porque “la pervertida concupiscencia puede buscar su satisfacción también sobre el cuerpo del individuo del mismo sexo, y el derecho que todo hombre tiene a se respete su pudicia debe ser protegido contra la violencia ajena, cualquiera que sea el sexo del violentador”.⁵⁶

Por su parte, López Bolado admite como sujeto activo “cualquier persona física de uno u otro sexo si cuenta con capacidad suficiente para dar a su acción el significado de una ofensa a la pudicia de una persona, concepto que permite que acusado y víctima sean del mismo sexo, quedando de esta manera comprendidas en el delito ‘ciertas formas de homosexualismo sin cópula’, por venir de él excluido el acceso carnal”.⁵⁷

En lo que a la persona del sujeto activo se refiere, es absolutamente irrelevante su estado civil, condición, profesión y edad. Sin embargo y desde un punto de vista criminológico, la patología criminal del abuso sexual se extiende en la mayoría de los casos a personas normales, que llevan una doble vida y ocultan una segunda personalidad delictiva. No suelen ser delincuentes habituales; de una parte, son personas honradas, casadas y con hijos, bien considerados profesionalmente y con una vida intachable, y de otra, sexualmente imperfectas, inmaduras, patológicamente desarrolladas, que han alimentado en su interior una inclinación que lo lleva a cometer hechos alejados de su vida normal.

⁵⁶ Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Editorial Temis. Bogotá. P. 283.

⁵⁷ López Bolado, Jorge. El Abuso Deshonesto en Colectivo, Violación, Estupro y Abuso Deshonesto. Editorial Hermes. Buenos Aires. P. 175.

González de la Vega ha analizado esta cuestión, expresando que “los autores de atentados al pudor generalmente son personas que se encuentran en el orto o en el ocaso de la vida sexual, son los jóvenes que apenas adolecen sexualmente y que, por inexperiencia, no encuentran fácil desahogo a sus apetencias o las personas que declinan las funciones sexuales los más frecuentes atentadores contra el pudor; psicológicamente este delito muestra en sus autores, por un motivo u otro, insatisfacción sexual o supervivencia del afán sexual después de desaparecida su posibilidad”.⁵⁸

c). SUJETO PASIVO

“El sujeto pasivo es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma”.⁵⁹

c.1). El sujeto pasivo en el delito de abuso sexual

De acuerdo con el precepto legal y con la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia, podemos afirmar que sujeto pasivo del delito, puede ser cualquier persona, con indiferencia respecto de su sexo, tal y como hemos mantenido al referimos al sujeto activo. Ello significa, que en el abuso sexual no es preciso que la víctima sea una mujer, sino puede serlo perfectamente un hombre. Pero además, y en base a la diversidad sexual que ambos sujetos – activo y pasivo – pueden presentar, el delito es susceptible de perpetrarse con persona incluso del mismo sexo que el autor, situación que origina la aparición de relaciones homosexuales. El sujeto pasivo del delito que nos ocupa ha de ser,

⁵⁸ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P. 361.

⁵⁹ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. 151.

necesariamente una persona o un individuo humano determinado. Es decir, los actos que integren el abuso sexual han de concretarse en manipulaciones activas o pasivas sobre persona determinada o determinable, lo que significa que en la práctica del acto libidinoso el papel de la víctima puede ser activo o pasivo.

Otra cuestión en alguna ocasión planteada por la doctrina respecto del sujeto pasivo es la que hace referencia a la necesidad de que se trate de persona física y con vida, quedando por tanto excluidos los actos de necrofolia.

Tal como hemos sostenido para el sujeto activo, la condición, reputación, o estado civil del sujeto pasivo son irrelevantes para la existencia del delito, por tanto el abuso sexual se castigará sea cual fuere la moralidad de la víctima; poco importa que se trate de una joven de la vida pública, siempre que realmente falte su consentimiento.

Así pues, la prostituta puede ser perfectamente sujeto pasivo del delito de abuso sexual, toda vez que dicho ilícito no requiere para su configuración la concurrencia de honestidad en la persona del ofendido, por ser la libertad sexual y no ésta última cualidad la que constituye el bien jurídico protegido en la figura que examinamos.

Por eso, la mujer pública bien puede comerciar con su propio cuerpo, sin embargo no queda excluida del derecho a disponer libremente del mismo en sus relaciones sexuales.

d). OBJETO MATERIAL

Es la persona o cosa dañada que sufre la lesión o el peligro derivado de la conducta delictiva, no debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aún cuando en ocasiones, éste último pueda constituir al mismo tiempo el objeto material. En el abuso sexual coincide el objeto material con el sujeto pasivo, ya que es él quien resiente directamente la conducta delictuosa.

e). ELEMENTOS NORMATIVOS

En la contemplación de las figuras típicas no siempre las cosas discurren con tanta sencillez. Acaece muchas veces que las figuras típicas contienen otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. Ello, obedece a menudo, a las exigencias de técnica legislativa, pues en ocasiones, para tipificar una conducta es necesario incrustar en su descripción elementos que implican juicios normativos, sobre el hecho y que obligan al interprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada. No reina la paz entre los penalistas en orden a estos elementos normativos del tipo penal; por lo que sólo nos limitaremos a señalar algunas definiciones, que a nuestro parecer son las más acertadas.

Entre estas, se encuentra la que expone Pavón Vasconcelos quien refiere " se les denomina elementos normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el

contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico”.⁶⁰

Por su parte, González Quintanilla, refiere que “son aquellos conceptos aludidos en la descripción típica que requieren de una complementación valorativa de naturaleza jurídica o social. Estos elementos se basan en juicios de valoración: a) cognoscitivo, por ejemplo, determinar que significa “brutal ferocidad”; b) jurídica, ejemplo: remisión a criterios contenidos en otras normas; ejemplo: propiedad, posesión, depósito, quiebra; c) cultural, referidos por las normas jurídicas pero no definido por ellas, alude a criterios éticos sociales estimados por normas culturales, ejemplo: bien público, interés público. En la legislación penal vigente en México, pueden citarse por vía ejemplificadora “la cosa ajena mueble” (artículo 367); el bien inmueble, derecho real, (artículo 395 fracción 1)”.⁶¹

En relación, a la figura típica a estudio, ésta contiene un elemento normativo de valoración cultural al requerir el artículo 260 del Código Penal la ejecución de “*un acto sexual*”. Amplio es el sector doctrinal que ha tratado de determinar que clase de conductas son susceptibles de constituir la ejecución de un “*acto sexual*”, originando una serie de planteamientos que expondremos en forma detallada en el capítulo cuarto de esta labor.

Por el momento, sólo nos limitaremos a citar las opiniones de algunos autores de que lo debemos entender por “*acto sexual*”.

⁶⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Nociones de Derecho Penal Mexicano. Tomo II. Ediciones del Instituto de Ciencias Autónomo. Zacatecas, Zac., 1964. P. 52.

⁶¹ González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Ob Cit. P. 281.

González de la Vega considera que debemos entender por actos eróticos en el atentado al pudor “aquellas acciones de lubricidad que resiente corporalmente la víctima, tales como caricias, tocamientos o manejos realizados para excitar o satisfacer, de momento al menos, la libidine, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual”.⁶²

Para González Blanco “el acto erótico sexual, consiste en un tocamiento lúbrico y, por tanto, ha de recaer sobre el cuerpo del sujeto pasivo del delito satisfacer la libidine del acto”.⁶³

Por su parte Sebastián Soler expresa que los “actos eróticos sexuales son acciones corporales de aproximación o tocamiento inverecundo, realizados sobre el cuerpo de otra persona”.⁶⁴

Finalmente Díaz de León refiere “ejecutar un acto sexual, significa realizar físicamente un contacto erótico en el cuerpo de la víctima, es decir, el agente debe ejecutar materialmente una maniobra libidinosa que puede consistir en tocar, frotar, rozar, tentar o 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, de ésta”.⁶⁵

⁶² González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P. 348.

⁶³ González Blanco, Alberto. Ob. Cit. P. 80.

⁶⁴ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial Ternis. Buenos Aires, 1976. P. 214.

⁶⁵ Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit. P. 466.

f). ELEMENTOS SUBJETIVOS

El tipo tiene como fin describir conductas antijurídicas, el legislador al confeccionar algunos tipos penales, hace una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta.

En efecto, los elementos subjetivos del tipo, son los referidos al “ánimo de conducta del activo, entendiendo por ellos, el conjunto de condiciones relativas a la finalidad, el ánimo y/o tendencia del sujeto activo, que dotan de significación personal a la realización de los elementos objetivos del tipo por el autor”.⁶⁶

Como hemos afirmado, en los tipos penales pueden darse, en ocasiones, elementos subjetivos, referidos a la ilicitud de la acción del agente, a través de expresiones que se refieren al motivo o al fin de la conducta típica. La referencia expresa en la ley al *propósito del agente*, califica de antijurídica la acción descrita en ella. En el particular caso del artículo 260, la ley excluye en el *autor el propósito directo de llegar a la cópula*, consagrando un elemento de índole negativa que al mismo tiempo hace clara referencia a la naturaleza del atentado integrante del abuso sexual.

Resulta de meridiana claridad que, excluido el propósito de llegar al acceso carnal, el mismo queda limitado a la satisfacción incompleta a través del acto erótico. Se debe poner especial énfasis en no confundir el abuso sexual con los actos ejecutivos integrantes de una tentativa de violación. Así comentando el artículo 323 del Código Penal colombiano, Antonio Vicente Arenas toma interés

⁶⁶ Gómez Benítez, José. Teoría Jurídica del Delito. Editorial Civitas. Madrid, 1984. P. 203.

en establecer la diferencia entre la violación y los abusos deshonestos, al expresar que “en la violencia carnal los actos eróticos preliminares al ayuntamiento, son actos ejecutivos del delito, en tanto los abusos, esos mismos actos son consumativos, pues en el primer delito los tocamientos y demás actos libidinosos no responden al propósito del sujeto, en tanto en el segundo sí, distinción que juzga importante para saber en qué casos hay tentativa de violación carnal y en cuáles consumación de abusos deshonestos”.⁶⁷

Esta idea es inteligentemente expuesta por Francisco González de la Vega, para quien no basta que en el atentado al pudor “la acción libidinosa sea incompleta desde el punto fisiológico o material, requiriéndose además que sea incompleta psicológica o subjetivamente, entendiéndose por ello que el agente no se proponga en el momento de ejecutar sus actos lúbricos la consecución de la cópula.

Para expresarlo positivamente – dice el jurista mexicano - el delito de atentados al pudor se caracteriza porque el agente satisface su libidine de momento al menos, con los simples tocamientos o acciones lascivas destinadas no sólo al ayuntamiento sexual sino a sus intentonas.

La legislación emplea las palabras sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, para eliminar del contenido del atentado al pudor aquellos casos más graves en que el sujeto emplea maniobras lascivas como principio de ejecución de una cópula, o como modo para obtenerla en el instante o momento, sin solución de continuidad en los actos.

⁶⁷ Vicente Arenas, Antonio. Comentarios al Código Penal Colombiano. Editorial Temis. Bogotá 1960. P. 207.

Este carácter psicológico limitativo es el que da sustantividad propia al atentado pudor (abuso sexual) y el que permite distinguirlo de los otros delitos sexuales en el que el ayuntamiento es el elemento constitutivo. "Si el agente persigue con sus acciones lúbricas ejecutadas en el cuerpo del ofendido una inmediata fornicación, desaparece la figura del atentado al pudor, surgiendo la tentativa de violación".⁶⁴

JURISPRUDENCIA

Al respecto, nuestros Tribunales Federales ponen especial énfasis al ánimo del autor del ilícito de abuso sexual para distinguirlo del delito de violación al establecer:

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXX

Página: 209

"ATENTADOS AL PUDOR, Y TENTATIVA DE VIOLACION, INCOMPATIBILIDAD DE LOS DELITOS DE. Los delitos de atentados al pudor y tentativa de violación, se excluyen y su incompatibilidad se manifiesta porque en el de atentados al pudor los actos lúbricos deben ser realizados "sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula" y en el de violación en grado de tentativa, se requiere precisamente que "se efectúen hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito", en el caso a verificar la cópula".

⁶⁴ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P. 351.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLIV, Segunda Parte

Página: 93

“ATENTADOS AL PUDOR Y TENTATIVA DE VIOLACION. El delito de atentados al pudor que define el artículo 260 del Código Penal vigente, tiene presupuestos distintos respecto del delito de violación en grado de tentativa, ya que en aquél, quien realiza un acto erótico sexual excluye la posibilidad de la realización de la cópula --entendida ésta como toda forma de ayuntamiento sexual, con eyacuación o sin ella—. Esto es, constituye aquel delito una acción lujuriosa que el agente realice físicamente en el cuerpo del pasivo de la infracción, como puede serlo una caricia o un tocamiento corporal obsceno o que el agente haga ejecutar a la ofendida, pero lo que es esencial es que el agente no tuviera el propósito de realizar la cópula, en tanto que la violación sexual fue tentada por el quejoso, si quedó plenamente probado que se proponía realizar la cópula, la que no llegó a término por causas ajenas a su voluntad, dada la pequeña edad de la ofendida”.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXIX

Página: 689

“ATENTADOS AL PUDOR, DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). Conforme al artículo 244 del Código Penal del Estado de Tamaulipas, comete delito de atentados al pudor, el que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con el consentimiento de esta última, ejecuta en ella un acto erótico sexual, sin llegar a la cópula. Francisco González de la Vega, en su obra del Código Penal comentado, refiriéndose al artículo 260 del Código Penal del Distrito Federal, que es en

todo semejante al 244 del Código de Tamaulipas, expresa que el atentado al pudor es un acto sexual incompleto; lo es materialmente, ya que la acción erótica no debe llegar a la cópula; si esto acontece, desaparece la figura y surge posiblemente la violación; es, además, incompleta subjetivamente, puesto que si el atentado persigue una próxima fornicación, desaparece también el atentado, pudiendo surgir la tentativa de violación. Ahora bien, si al acusado de atentados al pudor se le imputa que ayudó a otro, sujetando a la ofendida para que tuviera contacto carnal con ella; lo cual no llegó a ocurrir, por haber intervenido la policía, no se llenan los requisitos del citado artículo 244, sino que, en todo caso, podría haberse llegado a tener como legalmente comprobado, el cuerpo del delito de tentativa de violación; y el auto de formal prisión dictado por el mencionado delito de atentado al pudor es violatorio de garantías, y debe concederse el amparo, sin perjuicio de que continúe en forma legal la averiguación, cuando fuera procedente”.

II.a) CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO

En cuanto al tipo, el abuso sexual es:

a).- Fundamental o básico, porque el ilícito de abuso sexual no deriva de tipo penal alguno, y su existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo. Se trata de un delito complementado cualificado, por lo que respecta a la parte final del artículo 260, que establece que si el delito se comete con violencia física o moral, la pena podrá aumentarse hasta en una mitad el mínimo y máximo.

b).- Autónomo o independiente, en razón de que la figura típica a estudio tiene una autonomía propia, es decir, existencia por sí mismo.

c).- De formulación libre, porque se limita a enunciar un comportamiento genérico susceptible de comprender en su noción infinitas variedades de conductas, es decir, al requerir el tipo una ejecución de un acto sexual, éste puede presentarse en forma de tocamiento, frotamiento, manoseo entre otras tantas actividades lascivas.

d).- Alternativamente formado en cuanto a la persona ya que puede realizarse sobre un hombre o una mujer.

e).- Anormal, porque contiene en su texto legal elementos normativos y subjetivos.

II.b). ATIPICIDAD

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. Es decir, que si una conducta no encuadra en lo señalado expresamente por el legislador, no habrá tipicidad.

En esta tesitura, “si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que él mismo requiere”.⁶⁹

⁶⁹ Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. 475.

Concretamente se originan hipótesis de atipicidad en el delito a estudio por:

1). Por el consentimiento de la víctima

El consentimiento de la víctima, produce sus efectos en la tipicidad, impidiendo mediante su concurrencia la configuración de la conducta típica. Cuando la ausencia de consentimiento viene expresa o tácitamente recogida en la ley, su falta constituye un elemento negativo del tipo, de manera que, si concurre conformidad del titular del bien jurídico protegido, la conducta deja de ser tipificada en el artículo 260 del Código Penal.

Como se recordará, la esencia del ilícito en las hipótesis de ejecución de la conducta radica en la realización por parte del culpable de un acto sexual "*sin el consentimiento*" de la víctima. La ausencia del consentimiento constituye, por tanto, presupuesto necesario para la integración del delito, hasta el punto de que la prestación del asentimiento al acto lascivo por parte del ofendido es incompatible, se opone a la existencia del mismo.

El asentimiento manifestado por la persona sobre la que se ha cometido el acto sexual elimina toda responsabilidad penal. Por consiguiente, la prestación de consentimiento a cargo de la víctima en la realización de la conducta descrita por el artículo 260 hace desaparecer el delito.

Para que el consentimiento sea relevante tiene naturalmente que recaer sobre el acto abusivo y debe ser libre, voluntaria y conscientemente prestado; en

cuanto a la forma de manifestación, ésta puede ser tácita o expresa. Se requiere un conocimiento claro de la situación, el error mediante engaño creado en la víctima acerca de la realización del acto ya conciente, inválida el asentimiento que debe producirse con anterioridad o coetáneamente a la ejecución del abuso sexual, pero nunca con posterioridad al mismo.

2). Por ausencia del elemento subjetivo del injusto

Es evidente que si el sujeto activo del delito, tiene como propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, no es posible que se configure el delito de abuso sexual y si en cambio algún otro delito, como podría ser la tentativa de violación, al respecto el maestro Cuello Calón estima que “los actos externos en ambos delitos son los mismos (como arrojar a la víctima sobre el lecho o sobre el suelo, levantar sus vestidos, etc), pero se diferencian entre sí, en que en la tentativa de violación los actos realizados se encaminan al acceso carnal, existe un ánimo de yacer, mientras que los constitutivos del abuso deshonesto violento, no aspiran a tal fin”.⁷⁰

3). Por ausencia del elemento normativo requerido por el tipo

La figura delictiva a estudio será atípica según el jurista González Blanco cuando “no se realicen actos sexuales, sino de otra naturaleza, ejemplo de ello sería en el caso de un ladrón que al intentar robar a una dama en un camión le restrega una parte pudenda”.⁷¹

⁷⁰ Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. P. 560.

⁷¹ González Blanco, Alberto. Ob. Cit. P. 82.

III. ANTIJURIDICIDAD

Para que una conducta típica pueda considerarse delictiva, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valotivos de la comunidad. Surge así la antijuridicidad como un elemento esencial del delito. El concepto llano de antijuridicidad la reduce a lo contrario a derecho, es decir, es antijurídica una acción cuando contradice las normas de Derecho.

“Lo antijurídico implica desvalor. Surge como un predicado de la conducta expresado negativamente, y significa una reprobación jurídica que recae sobre el hecho al ser éste puesto en relación y contraste con los esenciales ideales que integran el orden jurídico”.⁷²

Representa una negación del mundo del Derecho; es aquello que, según los ideales éticos del hombre, debía no ser y sin embargo es, por la victoria del hecho sobre la ley. Se ha afirmado de antiguo que la antijuridicidad es un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al Derecho.

Así, para Pavón Vasconcelos una conducta típica será antijurídica, “cuando no se pruebe la existencia de una causa de justificación, recalando que hoy en día, es así como funcionan los Códigos Penales, valiéndose de un procedimiento de exclusión, lo cual significa, la concurrencia de una doble condición para tener por antijurídica una conducta: la violación de una norma penal y la ausencia de una causa de justificación”.⁷³

⁷² Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. P. 290.

⁷³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. P. 288.

ESTA TESIS NO SALE DE LA BIBLIOTECA

79

Por otra parte, el maestro Porte Petit, expone varias tesis, con respecto al papel que desempeña la antijuridicidad en la teoría del delito, siendo las siguientes:

a) La que afirma que la antijuridicidad constituye un carácter del delito.

b) La que sostiene que es un elemento del delito.

c) La que establece que constituye un aspecto del delito y

d) La que afirma que es el delito en sí".⁷⁴

Nosotros por nuestra parte, compartimos la opinión de Puig Peña, Jiménez Huerta y Castellanos Tena, al considerar la antijuridicidad como elemento del delito, porque un elemento es una parte que forma un todo, si un todo está compuesto de elementos y existen contra elementos, es decir, tesis que se contraponen a esos mismos; el todo pierde su calidad.

Así un delito que tiene como principio una conducta de hacer lo debido y de abstenerse de hacer lo prohibido, cualquier conducta que contravenga esos mandatos de derecho será antijurídica.

En este orden de ideas, el legislador en el tipo penal de abuso sexual, tutela normas de conducta o valores que para el ser humano son de gran importancia

⁷⁴ Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. P. 481.

como lo son la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual (en el caso de que el sujeto pasivo sea menor), y que por su gran trascendencia para lograr el mejor desarrollo y desenvolvimiento del hombre en sociedad, es necesario que se respeten.

III.a). CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

A este aspecto negativo del delito, lo denominan de diversas maneras, utilizándose generalmente la expresión "causas de justificación", aunque también se les conoce como "causas que excluyen la responsabilidad" (Manzini); "causas impeditivas de que surja el delito" (Rocco); "circunstancias negativas del delito" (Vannini); "causas de licitud; o bien la expresión utilizada en nuestro Código Penal "causas de exclusión del delito".

Con la aparición de las llamadas causas de licitud, se excluye la antijuridicidad, más no así la conducta y la tipicidad; de esta manera, quien priva de la vida a otro, ajustó su conducta a la figura típica de homicidio, contemplado en el artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal, pero tal conducta no puede ser antijurídica si quien privó de la vida obró en legítima defensa o en presencia de cualquier otra justificante. Por tanto, resultan ser conductas lícitas que no pueden ser consideradas como antijurídicas, por estar ajustadas a derecho, las cuales carecen de sanción. Debiéndose entender como causas de justificación "aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad".⁷⁵

⁷⁵ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. P. 183

Con relación a cuáles de las causas de licitud son aplicables, existen diversas teorías, estando contempladas en nuestro Código Penal en el artículo 15, la legítima defensa (fracción IV); estado de necesidad (fracción V) y cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho (fracción VI).

No resultando ocioso mencionar, que a partir de las reformas del 10 de enero de 1994, a nuestro Código Penal, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo han quedado excluidas de este artículo.

1). Legítima defensa

La legítima defensa “es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”.⁷⁶

Sin embargo, el problema más complejo de la legítima defensa no es su naturaleza, sino su fundamento. Se le define por la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos. Según se acentúe uno u otro de los aspectos de este doble fundamento, se insistirá en su contenido social o individual. En realidad, el fundamento de la legítima defensa es único, porque se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto no puede actuar legítimamente, porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos o mejor dicho, la protección de sus bienes jurídicos.

⁷⁶ Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito*. Editorial Hermes. 3a. Edición. Buenos Aires, 1986. P. 289.

De lo anterior, se deduce que somos partidarios de la naturaleza subsidiaria de la legítima defensa, es decir, que en la medida en que haya otro medio jurídico de proveer a la defensa de los bienes jurídicos no es aplicable el tipo permisivo.

El fundamento individual (defensa de los derechos o de los bienes jurídicos), y el fundamento social (defensa del orden jurídico), no pueden hallarse encontrados, porque el orden jurídico tiene por objeto la protección de los bienes jurídicos, que cuando en una situación conflictiva extrema no llega a satisfacer, no puede negarle el derecho a que el sujeto provea por sus medios a la protección de los bienes.

La legítima defensa tiene lugar cuando media una situación de necesidad, lo que la vincula a otra causa de justificación: el estado de necesidad. No obstante, ambas se mantienen íntimamente separadas: en el estado de necesidad se hace necesario un medio lesivo para evitar un mal mayor, en tanto que en la legítima defensa el medio lesivo se hace necesario para repeler una agresión antijurídica.

Esta diferencia, hace que en el estado de necesidad deba mediar una estricta ponderación de los males: el que se causa y el que se evita, debiendo ser mayor el que se quiera evitar. En la legítima defensa, no existe una ponderación de esta naturaleza, porque en uno de los platillos de esa balanza hay una agresión antijurídica, lo que la desequilibra totalmente. La ponderación de los males en la legítima defensa sólo puede funcionar como "correctivo", es decir, como límite. La legítima defensa no puede contrariar el objetivo general del orden jurídico (la

posibilitación de la coexistencia), en forma tal que, si entre el mal que evita quien se defiende y el que le quiere causar quien le agrede, media una desproporción inmensa, la defensa deja de ser legítima. Es así, que el empleo de una escopeta para evitar que un niño se apodere de una manzana, por mucho que sea necesario, como sucedería en el caso de que el propietario de la manzana fuese un parálítico y la escopeta fuese el único medio que tuviera al alcance de su mano (ejemplo de Mezger), no puede ser tolerado por un derecho, pero no porque el bien jurídico vida tenga superior jerarquía que el bien jurídico propiedad, sino porque el orden jurídico no puede tolerar que la lesión a la propiedad de tan pequeña magnitud justifique el empleo que, aunque necesario, sea tan enormemente lesivo, como un disparo mortal.

La conducta de disparar, en el ejemplo del parálítico, es necesariamente para defender el bien jurídico agredido injustamente, pero contraria el objetivo de seguridad jurídica como forma de posibilitación de la coexistencia.

Esta característica de la legítima defensa se encuentra consagrada en nuestra ley, cuando exige que haya una "necesidad racional" de la conducta: en el caso del parálítico, la conducta es necesaria, pero no es racional. Análoga es la situación en los casos de injurias por parte de enfermos mentales o de niños o de otras agresiones de incapaces, cuando existe la posibilidad de que el sujeto se retire o huya.

Normalmente, no se exige que el agredido huya, como tampoco que soporte lo injusto, pero en algunos casos en que no resulta deshonroso, como lo mencionados, la defensa deja de ser "racional".

Cabe señalar, que en el abuso sexual no puede darse la legítima defensa, pues no se concibe que se tenga que realizar un acto sexual para rechazar una agresión injusta.

2). Estado de necesidad

Existen diversas definiciones de esta causa de justificación, destacando la aportada por el maestro Von Liszt, quien define al estado de necesidad como “un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso, sino el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos”.⁷⁷ Concepción sobresaliente, que caracteriza con exactitud la situación de la que surge el estado de necesidad, como un conflicto entre los intereses jurídicos, sin otra solución que el sacrificio de alguno de ellos.

Por su parte, Porte Petit refiere “estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley”.⁷⁸

En este supuesto, el que sufre el mal menor no ha hecho nada contrario al derecho y, no obstante, debe soportar el mal, porque el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto fáctico le impone una elección. De ahí que aquí, a diferencia de la legítima defensa, en que sólo tiene valor correctivo para los extremos en que excede la racionalidad, la ponderación de los males (el que se evita y el que se causa) tiene una importancia capital.

⁷⁷ López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito Editorial Porrúa. 2a. Edición. México, 1995. P. 154.

⁷⁸ Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. P. 332.

El mal que se quiere evitar puede provenir tanto de una fuerza de la naturaleza como de una acción humana: actúa en estado de necesidad justificante quien arranca un madero de una cerca para repeler la agresión de que es objeto, como el que comete un delito en contra la propiedad coaccionado por otro, que lo amenaza con matar a su mujer, como el que viola un domicilio para escapar de un secuestro entre otros supuestos.

El fundamento general del estado de necesidad justificante es la necesidad de salvar el interés mayor, sacrificando el menor, en una situación no provocada de conflicto extremo.

En este orden de ideas, no puede hablarse que la conducta delictiva de abuso sexual, se haya cometido amparada por esta causa de licitud, porque no puede concebirse que el activo ejecute un acto sexual, por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico protegido de mayor o igual entidad.

3). Cumplimiento de un deber

Como hemos mencionado en páginas precedentes, el artículo 15 fracción VI, establece como causa de justificación "... que la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico ...".

De este supuesto, la acción o la omisión está permitida y mandada por la ley, entonces el daño ocasionado no será ilegítimo.

Dentro de la noción de cumplimiento de un deber se comprende, tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas.

De tal suerte, que “el que ejecuta lo que la ley ordena o permite, no realiza ningún acto antijurídico, su conducta es complemente lícita y no puede serle imputado delito alguno”.⁷⁹

Por lo tanto, no actúa antijurídicamente, el que por razón de su situación oficial o de servicio está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, para el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinada por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley.

El agente, al proceder a una detención cumplimentando la orden de aprehensión decretada por el Juez, no priva ilegalmente de su libertad al acusado; no realiza una conducta antijurídica; si no es una conducta autorizada legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber.

En el ejemplo anterior, la obligación del cumplimiento del deber no emana directamente de la ley, sino de una orden dictada por un funcionario superior o quien se tiene la obligación de obedecer, por estar su mandamiento fundamentado en una norma de Derecho.

Lo expresado demuestra que los deberes, cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad, pueden derivar:

⁷⁹ Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. P. 333.

a) De una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley, expresión de valor genérico indiscutible, y la cual no se refiere exclusivamente a los mandatos legales, pudiendo emanar de la ley, reglamento, acuerdo, etcétera.

b) De una orden de la autoridad, debiendo entenderse por tal la manifestación de voluntad del titular del Órgano investido de imperio, con pleno conocimiento del Derecho; mediante lo cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos, originada en el orden.

Ahora bien, respecto a la figura típica en estudio no puede hablarse que la ejecución de un acto sexual, sin la intención directa de ayuntamiento se haya cometido en cumplimiento de un deber.

4). Ejercicio de un derecho

El ejercicio de un derecho aparece junto con el cumplimiento de un deber, contemplado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

Ejercer un derecho es causar algún daño, cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional en el medio empleado. El daño que se causa, en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión o en el ejercicio de un derecho en los deportes (como lo sería en el boxeo).

La naturaleza de esta justificante, implica tanto el obrar, como la facultad otorgada por el legislador, llevando implícita, verificar muy bien el juicio sobre la ponderación de intereses jurídicos; para establecer el jerárquicamente prevalente y evitar el abuso del derecho o simplemente el exceso en su ejercicio; en atención a esto, atinadamente el multicitado artículo 15 ha impuesto como agregado “siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho”.

El derecho para actuar lo confiere o reconoce la norma jurídica en función de la valoración correspondiente, lo cual significa llanamente, que es la propia norma la delimitadora entre el uso o ejercicio del derecho y el abuso de éste.

En relación al delito que nos ocupa, existe una cuestión que se ha planteado la doctrina, la cual se centra en determinar si constituye abuso sexual, el acto lascivo distinto al yacimiento que el marido realiza en su propia mujer, sin el consentimiento de ésta, o si, por el contrario, en semejante situación actuaría aquél amparado por dicha causa de justificación.

La casi totalidad de la doctrina resuelve el problema afirmando la existencia del delito de abuso sexual en tales supuestos. A este respecto López Betancourt refiere “puede pensarse, en la hipótesis de ser el sujeto pasivo cónyuge del sujeto activo, el segundo actúo en ejercicio de un derecho, sin embargo, nosotros consideramos que no es posible el ejercicio de un derecho ni entre los cónyuges.

debido a que este estatus no da el derecho de violentar la libertad sexual de otra persona aunque sea el consorte".⁸⁰

Por el contrario López Bolado entiende que el marido tiene derecho a exigir a su esposa el acceso carnal natural a que se refiere el débito conyugal, y que la cópula está ligada a otros actos de tipo sensual como el beso y las caricias que adoman las relaciones matrimoniales.

Por eso, la violencia del marido o su abuso para poseer a aquélla no lo convierte en reo de la violación o abusos deshonestos, aunque la responsabilidad por otros delitos que pudiera cometer importen el ejercicio arbitrario de su derecho.

No obstante, el propio López Bolado admite "el abuso deshonesto dentro del matrimonio cuando se realicen actos contra natura o existiera peligro para la salud del otro cónyuge, pues en estos supuestos los actos aberrantes que lo integran no entran en el concepto de débito conyugal y constituyen delito si se ha consumado la voluntad de quien surge".⁸¹

Por nuestra parte, de todo lo anteriormente expuesto, concluimos en primer término, que el abuso sexual ejecutado por el marido sobre la propia esposa constituye, sin duda alguna, el delito que nos ocupa. Así también integra esta figura típica, el acto sexual que el marido obliga a cometer sobre él, pues como ya vimos en su momento, la conducta típica se configura mediante cualquiera de los supuestos de ejecución que contempla el artículo 260.

⁸⁰ López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit. P 124.

⁸¹ López Bolado, Jorge. Ob. Cit. 177

Por otra parte, cabe señalar que el tocamiento lascivo cometido por el médico a su paciente estará amparado bajo esta causa de licitud, siempre y cuando el mismo no esté impregnado por un fin lúbrico o lascivo.

Cuestión que es planteada por Fontan Balestra quien expresa “el médico que palpa el seno de una mujer o bien realiza hechos que, cometidos por otros tendrían todo el carácter impúdico necesario; no son actos de abuso deshonesto pura y exclusivamente por el ánimo que los inspira, tan es ello así que, de comprobarse que el médico obró con un impulso libidinoso, no se ven razones para que la conducta escape a la previsión legal”.⁸²

IV. IMPUTABILIDAD

Existen diversos criterios al establecer la ubicación de la imputabilidad dentro de la teoría del delito, ya que mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambos como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad; existiendo una tercera posición apoyada especialmente por los psicólogos, al considerar a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, al identificar ésta (la culpabilidad) con la relación psicológica existente entre el hecho y su autor. Dicha relación necesita fundamentación en el carácter imputable del sujeto, de manera que la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad.

Vela Treviño, comparte el mismo criterio al estimar que “la imputabilidad no puede estimarse como anterior o ajena al delito sino formando

⁸² Fontan Balestra, Carlos. Ob. Cit. P. 163.

parte contemporáneamente con él, resulta ser fundamento para el juicio de reproche relativo a la culpabilidad y por ello es un presupuesto de ésta".⁸³

En este orden de ideas, para que un sujeto sea culpable, antes debe ser imputable, es decir, para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener la capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volutiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

Por ello, al decir de Vela Treviño, la imputabilidad se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, porque al llegar a la culpabilidad, es decir, al analizarse el aspecto subjetivo del delito, es cuando debe de determinarse si el sujeto que ejecutó la conducta típica era capaz de realizarlo con conciencia y voluntad.

Por lo que será imputable, "todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana".⁸⁴

Pavón Vasconcelos, hace un análisis de la importancia de que el sujeto conozca la ilicitud de su acto, para que de esa manera tenga la capacidad de determinarse en función de lo que conoce: "la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues

⁸³ Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Editorial Trillas México, 1977. P. 29.

⁸⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. P. 224.

únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significado y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma".⁸⁵

En suma, la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente, es decir, es la capacidad de obrar en el Derecho Penal, de realizar actos referidos al mismo Derecho Punitivo.

Nuestro Código Penal, en el artículo 15 fracción VII, interpretado a contrario sensu, contiene un elemento intelectual o de conocimiento, es decir la capacidad de comprensión de lo injusto, que consiste en el carácter ilícito del hecho, y un elemento de voluntad; conducirse de acuerdo a esa comprensión. De tal manera que sólo la concurrencia de estos dos elementos de capacidad y de determinación de voluntad, originan la imputabilidad.

IV. a) INIMPUTABILIDAD

Si la imputabilidad, según el criterio más generalizado, es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse conforme a esa comprensión.

⁸⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. P. 357

Para el maestro español Jiménez de Asúa, "son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y la salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró".⁸⁶

Antes de la reforma que entró en vigor en abril de 1984, el Código Penal en el Distrito Federal, en el artículo 15 fracción II, consignada como causa de excluyente de responsabilidad sólo el trastorno mental transitorio, para los casos de trastorno mental permanente, consignaba en régimen específico de tratamiento curativo.

Tiempo más tarde, las causas de inimputabilidad fueron sustituidas por un precepto de gran amplitud, contemplado en el mismo artículo 15, en su fracción VII, cuyo texto enuncia:

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

⁸⁶ Jiménez de Asúa. Luis. Ob. Cit. P. 339.

La fracción antes transcrita abarca dos grandes hipótesis de inimputabilidad:

- 1). trastorno mental y:
- 2). desarrollo intelectual retardado.

Así mismo puede apreciarse que en la parte última del mismo artículo, hace referencia a las acciones liberae in causa, cuyo análisis se realizara en páginas posteriores.

1). Trastorno Mental

Por trastorno mental, debe entenderse “toda perturbación pasajera o permanente de las facultades psíquicas, innatas o adquiridas, cualquiera que sea su origen. En este estado morboso de la mente queda el sujeto incapacitado para decidir voluntariamente la acción criminal, de suerte que ésta puede ser considerada como ajena y no propia de él”.⁸⁷

El Código Penal vigente, no distingue los trastornos mentales transitorios de los trastornos mentales permanentes. Por lo que, se infiere que puede operar la inimputabilidad tanto en un trastorno mental efimero como en un trastorno mental permanente.

Pero, indudablemente, no basta la demostración del trastorno mental para declarar valedera la eximente: la ley es cuidadosa al referirse al trastorno mental

⁸⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. P. 514.

o al desarrollo intelectual retardado, los cuales deben ser de tal magnitud, que impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo con esa comprensión.

2). Desarrollo intelectual Retardado

“Es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer”.⁸⁸

Tanto trastorno mental como el desarrollo intelectual retardado son indudablemente causas excluyentes del delito de abuso sexual, quien está perturbado de sus facultades psíquicas o bien tiene un desarrollo tardío de inteligencia, no puede tener la capacidad de querer y entender lo ilícito de su actuar.

3). Acciones Liberae in causa

Estamos frente a una conducta libre en su causa, “cuando el sujeto con capacidad de culpabilidad, se pone por su propia decisión en forma dolosa o culposa, en un estado de inimputabilidad, produciendo un resultado típico”.⁸⁹

Al respecto, Cuello Calón refiere “a veces sucede que el agente plenamente imputable al ejecutar el hecho que va a determinar el resultado, es inimputable en el momento de producirse éste, como en el caso del guardavías que se embriaga para no accionar la aguja a la llegada del tren y originar así su descarrilamiento, pues llegado el instante de ejecutar la acción de él esperada es

⁸⁸ Amuchategui Requena, Irma. Derecho Penal. Editorial Harla. 2a. Edición. 1992. P. 78.

⁸⁹ López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit. 191.

incapaz, por su embriaguez, de mover la palanca de cambio de la vía. En este ejemplo, el agente era imputable al comenzar a beber, pero ya no lo era cuando el desastre se produjo. En situaciones de esta índole, se está en presencia de las llamadas acciones liberae in causa, esto es, acciones libres en su causa porque entre el acto voluntario y su resultado existe relación de causalidad; en el momento decisivo, en el impulso para el desarrollo de la cadena de causalidad, el agente era imputable".⁹⁰

En esta tesitura, si el agente comete el delito de abuso sexual encontrándose en un estado de embriaguez, éste no podrá alegar que al momento de la comisión del hecho, no estaba apto tanto, para entender sus actos, como para realizarlos en una libre expresión de su voluntad, toda vez que, su responsabilidad criminal de quien ejecuta este delito en estado de inimputabilidad, descansa, no en la consideración de la actividad consumativa del delito, sino en la consideración de la causa de esa actividad, libremente puesta por el mismo agente.

V. CULPABILIDAD

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. De esta referencia del maestro Castellanos Tena, se desprende claramente que la culpabilidad, es entonces otro elemento esencial del delito. La culpabilidad, es notoriamente el concepto el delito más debatido de la teoría del delito.

⁹⁰ Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. Pp. 414 y 413.

Hasta aquí está en todo la teoría presente el hombre, pero en la culpabilidad nos enfrentamos a él más que nunca. Por otra parte, es una suerte de coronación de la teoría del delito y todos los errores que hayamos cometido en los extractos inferiores repercutirán en éste. Cuando un edificio tiene sus cimientos mal contruidos, el problema más arduo es lograr que soporte los pisos que rematan la construcción. La culpabilidad es por estas razones, el más apasionante extracto de la teoría del delito.

“Al llegar a la culpabilidad, es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche para el acto concreto que el sujeto perpetró”.⁹¹

Tratando de estructurar el concepto de culpabilidad, la doctrina penalista se debate, principalmente, en dos teorías diversas:

1). Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad.

Para esta teoría la culpabilidad consiste, en el nexa psicológico entre el agente y el acto. En esta teoría el carácter de la culpabilidad radica esencialmente en su hecho psicológico y que contiene dos elementos: uno emocional y otro intelectual; “el primero indica la suma de dos quererres: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta”.⁹²

⁹¹ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit. P. 352.

⁹² Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. P. 235.

2). La teoría normativa o normativista de la culpabilidad.

Para esta doctrina, el fundamento de la culpabilidad lo constituye “el juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada”.⁹⁷

La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

En suma, la teoría normativa se funda en el reproche basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente y la exigibilidad.

Hemos hablado que la culpabilidad de acuerdo con la teoría normativa, es la reprochabilidad del injusto al actor. ¿Pero qué se le reprocha? el injusto, ¿porqué se le reprocha? porque no se motivó en la norma, ¿porqué se le reprocha no haberse motivado en la norma? porque le era exigible que se motivase en ella. Una conducta típica y antijurídica es culpable, cuando al autor se le reprocha la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella. Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el actor muestra una disposición interna contraria al derecho.

⁹⁷ Ibidem P. 238.

Así, si un sujeto de cierta instrucción y de posición social acomodada, realiza un acto sexual, en contra del pasivo, sin que nadie lo obligue a ello y sin estar mentalmente enfermo, decimos que ese sujeto podía motivarse en la norma que prohíbe ejecutar actos sexuales en agravio del ofendido, sin su consentimiento y que le era exigible que se motivase en ella, porque nada se lo impedía, razón por la cual le reprochamos su injusto, concluyendo que su conducta es culpable, reprochable.

Este concepto de culpabilidad es un concepto de carácter normativo, que se funda en que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible en sus circunstancias que lo hiciese.

a) Formas de culpabilidad

La culpabilidad se reviste de dos formas o especies - como lo señala el maestro Jiménez de Asúa - que son el dolo y la culpa. En el Código Penal vigente se encuentran tipificados los delitos como dolosos o culposos, estas dos formas de culpabilidad tiene que ver con la conducta, es decir, con el modo de dirigirse de un sujeto.

El dolo es especialmente calificado cuando en el actuar u omitir existe una intención delictuosa; la culpa tiene que ver cuando en el actuar u omitir hay un hecho delictuoso, pero no la intención, simplemente no se han observado las medidas que el estado impone para la vida en sociedad.

A continuación analizaremos con precisión cada una de estas figuras de la culpabilidad: el dolo y la culpa.

a.1) El dolo

Según el maestro Castellanos Tena el dolo contiene un elemento ético y otro volutivo, el primero de ellos comprende el saber que un acto es contra derecho; pero aún así el querer efectuarlo constituye entonces el elemento voluntario. El dolo en el derecho mexicano está contenido en el Código Penal, en su artículo 8º.

Repetimos una vez más que el dolo es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo. Ahora bien: para que un sujeto pueda querer algo, necesariamente debe también conocer algo. Cuando un sujeto quiere regresar atravesando el desierto sabe adónde se dirige y cómo guiarse: "lo guían el sol, las estrellas, el viento y los animales". Todo querer presupone un conocer.

De ahí que, si queremos perfeccionar un tanto la definición del dolo que hemos dado, será conveniente conceptuarlo como la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso en concreto. Dicho más sintéticamente: el dolo es una voluntad determinada que, como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado.

El reconocimiento de que el dolo es una voluntad individualizadora en un tipo, nos obliga a reconocer en su estructura los dos aspectos en que consiste: el del conocimiento presupuesto al querer (aspecto de conocimiento o aspecto cognoscitivo del dolo), y el querer mismo que no puede existir sin el conocimiento (aspecto del querer o aspecto conativo del dolo).

Por otra parte, es opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria la que afirma que el delito de abuso sexual, por su propia naturaleza (de delito sexual) y por integrarse por elementos normativos (el tipo requiere la ejecución de un acto sexual con ánimo lascivo) y subjetivos (sin que tenga el agente el propósito de ayuntamiento), no puede cometerse en forma culposa.

Pues bien, en el delito de abuso sexual debe existir conciencia por parte del agente del carácter abusivo de su conducta, en cualquiera de los supuestos que establece el artículo 260 del Código Penal, así como la voluntad del mismo al ejecutarlo.

El dolo es "directo" en la comisión de esta figura típica, pues atendiendo su naturaleza y estructura - de tendencia sexual -, el sujeto activo dirige su conducta directamente hacia la consecución del acto sexual. Por lo que se concluye, que esta forma de culpabilidad (dolo) se presume siempre en el delito de abuso sexual, debido a la intencionalidad y voluntad del agente y por la propia naturaleza de los actos realizados.

a.2) La culpa

Como ya hemos expresado, la culpa es la segunda forma de culpabilidad y en ella no se presume la voluntad, es decir, no hay la plena voluntad sólo una responsabilidad por no haber observado una norma debidamente.

"La culpa se denomina en el Código Penal vigente, delito 'culposo' (artículo 8º); y consiste en el obrar sin la debida previsión por lo que se causa un

resultado dañoso y previsible, tipificado en la ley penal. En consecuencia no hay previsión del resultado, siendo esperada y jurídicamente exigible dicha previsión. El resultado dañoso, es no obstante la imprevisión, inculpa, pues no por ello la causación es involuntaria ni deja de causarse un daño a un bien o interés jurídico protegido".⁹⁴

V.b) INCULPABILIDAD

Una vez establecidas las fronteras y límites de la culpabilidad y tras proclamar que sin ella no puede haber responsabilidad penal, debemos ocuparnos de los casos en que el hombre, a pesar de haber ejecutado un acto típicamente, antijurídico y existiendo en él imputabilidad (es decir capacidad de conocer y de dirigir sus acciones), no puede ser declarado culpable, al absolverse al agente del juicio de reproche.

Jiménez de Asúa, refiere que el verdadero fundamento de éste grupo de causas eximentes de culpabilidad reside en que, "ubicándonos antes en un acto que encaja en un tipo legal, que es antijurídico y procedente de un hombre imputable, si bien no falta en él ese ligamen subjetivo de intención o negligencia, es imposible elevarle a título de dolo o culpa, en que se basa la responsabilidad penal, debido a que ese acto ha sido irregularmente motivado, ya sea porque el agente creía erróneamente de modo invencible, que obraba conforme a derecho, cuando en verdad no era así; o porque el sujeto, movido por especiales apremios, se vio en la necesidad de obrar en manera antijurídica; o finalmente, porque a causa de una u otra motivación, no se le podía exigir una conducta adecuada al orden jurídico".⁹⁵

⁹⁴ Carranca y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. P. 38.

⁹⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit. 387.

El fundamento de las causas de inculpabilidad, está en que no puede exigirse esa conducta adecuada a la norma, bien porque el error esencial del agente lo hizo creer que su acción estaba justificada, o porque la situación del individuo, en sí mismo o en su ligamen con otras personas, no le permitía ajustarse a lo que él consideraba como justo y que en otra coyuntura hubiera respetado.

Son dos causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

- 1). El error
- 2). La no exigibilidad de otra conducta.

En cuanto al primero de ellos, al igual que la ignorancia, son actitudes psíquicas del sujeto con relación al mundo fáctico, aunque con características diversas. Siendo la ignorancia el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa; en tanto que el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación constituyendo un estado positivo. Este tipo de causa, se divide en dos: error de hecho y de derecho, ambos consisten en una equivocada concepción de la verdad, pero el error de derecho no puede ser considerado como causa eximente, en virtud de que el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación, pues “la ignorancia de las leyes a nadie beneficia”, principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del Derecho.

El jurista español Jiménez de Asúa, al referirse al error de derecho, refiere que “si un sujeto creyendo que su conducta es lícita o ignorando que es

punible, la ejecuta, su actuar, desde luego, resultará culpable porque su error no destruirá el dolo o la culpa".⁹⁶

El error de hecho se subdivide en esencial y error accidental. El primero de ellos para tener efectos de eximente debe ser invencible, de lo contrario dejara subsistente la culpabilidad, éste se presenta cuando el sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, debido a circunstancias que no podía superar, recayendo su equívoco sobre los elementos constitutivos del delito o sobre alguna circunstancia agravante de la penalidad. A título de ejemplo, podemos citar, a quien en un día de caza, y en donde se le ha asegurado que no circula persona alguna, en la espesura dispara en contra de lo que cree es un venado y resulta ser un intruso al que confunde con un animal. Así pues, el error debe caer sobre el aspecto cognoscitivo del sujeto, y debe darse sobre los elementos fácticos del delito.

En cambio, el error de hecho cuando es vencible la persona tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equívoco que se formó. Este tipo de error excluye el dolo, pero el sujeto responde por haber incurrido en una conducta culposa.

El error accidental no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc., comprendiendo los llamados casos de "aberración". El Código Penal únicamente se refiere, al error de hecho esencial e invencible, en los casos específicos de la fracción VII del artículo 15 del Código Penal.

⁹⁶ Jiménez de Asúa. Ob. Cit. P. 390.

Ahora bien, por lo que se refiere a la figura delictiva a estudio, podría pensarse en la posibilidad del error originado por la equivocada creencia del autor de que la víctima consienta el acto, por pensar que la resistencia u oposición por ella ofrecida no es lo suficientemente seria. En contra de esta tesis, pensamos que no es posible aducir el error sobre el consentimiento de la víctima, pues la oposición exteriorizada de la víctima, demuestra por sí sola, la presencia del disentimiento, quedando así el error privado de fundamento.

Por lo que, se refiere a la exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad se plantea en el sistema causalista únicamente para quienes aceptan la teoría normativa de la culpabilidad, pues esta causa de inculpabilidad se apoya en la imposibilidad de "reprochar" al sujeto su conducta.

El fundamento de la inexigibilidad lo encontramos en que el derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física.

El maestro Luis Jiménez de Asúa, al referirse a este tema indica que la culpabilidad normativa se distingue por exigir una conducta conforme a derecho, por lo que en todas las causas de inculpabilidad está insito que no puede exigirse esa conducta adecuada, sea por error esencial e invencible o por no exigibilidad de otra conducta en estricto sentido. Son diversas las causas de inexigibilidad que la doctrina cita, sin embargo abordar cada una de las causas de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, excede los límites de este trabajo por ahora nos limitaremos a señalar algunas de estas causas y que al decir del jurista Jiménez de

Asúa son: la violencia moral y miedo, el estado de necesidad, el encubrimiento de parientes próximos entre otras.

VI. PUNIBILIDAD

En torno a la punibilidad, se ha discutido si es uno de los elementos esenciales del delito, o bien, si es una consecuencia del mismo. Entre los más sobresalientes penalistas que en nuestro país se afilian a la consideración de que la punibilidad es elemento del delito destaca Porte Petit, quien argumenta que el propio Código Penal al definir en su artículo séptimo el concepto del delito, señala: "que es la acción u omisión que sancionan las leyes penales, por lo que - afirma este tratadista -, claramente se establece que la punibilidad es un elemento del delito".⁹⁷

Como opiniones en contrario, pueden citarse entre otras, las de Raúl Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos y Castellanos Tena, quienes se inclinan por considerar a la punibilidad una consecuencia del delito, y no como un elemento del mismo.

El primero de ellos expone "que si la pena es consecuencia del delito, no puede constituir elemento integrante de él, pues todo lo que hace es dar al delito un sello externo y distintivo de las demás acciones. Debe reconocerse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada o no en la realidad de la vida a la acción descrita por la ley, ni con la sola amenaza de tal pena, o la conminación de punibilidad; independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de

⁹⁷ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. P. 297.

aplicar. De donde resulta que la punibilidad no es elemento esencial de la noción jurídica del delito".⁹⁸

El segundo de los mencionados refiere que "una acción o una abstención humana es penada cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren ese carácter porque se les sancione penalmente".⁹⁹

Finalmente Castellanos Tena, "argumenta que el propio Código Penal nos da la respuesta, no como lo entiende Porte Petit, pues por ejemplo, opera la excusa absoluta para el robo entre ascendientes y descendientes, pero si un tercero interviene en la comisión del ilícito, éste si es sancionable; de ahí se deduce que si fuera la punibilidad un elemento del delito, tendría que ser la excusa una causa que la anulara para ambos su responsabilidad, o el delito sería para ambos por ende, la punibilidad es sólo una consecuencia".¹⁰⁰

Independientemente de la postura que se quiera adoptar, Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social".¹⁰¹

En este orden de ideas, si la punibilidad es el merecimiento de una pena que impone la ley, en el delito de abuso sexual la punibilidad que establece el artículo 260 es de uno a cuatro años de prisión.

⁹⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. P. 424.

⁹⁹ Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. 7a. Edición 1996 P. 203.

¹⁰⁰ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. 298.

¹⁰¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. P. 421.

VI.a). EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las causas de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, denominadas excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y su aparición producen la no aplicación de la pena.

“Son causas de impunidad o excusa absolutorias, las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocia pena alguna por razones de utilidad pública; es decir, causa de impunidad utilitatis causa”.¹⁰²

Si examinamos con atención, el Código Penal existen causas que producen el efecto de eximir la responsabilidad criminal, a la persona que ejecuta una conducta castigada por la ley, algunas aplicables a todos los delitos, otras respecto de actos criminales especiales y determinados.

Si queremos investigar la razón o el porqué de estas causas absolutorias, habremos de convenir en que no se apoya en que el acto sea un sí mismo legítimo; como sucede en las causas de justificación; ni tampoco en que no aparezca sujeto con condiciones de capacidad, para poder responder, como sucede en las causa de imputabilidad, sino que parecen más bien fundadas en motivos transitorios y de convivencia, correspondiendo a lo que considera el legislador, más útil tolerar el delito que castigarle, aún conociendo que existe un delito y que hay una persona que de él pudiera responder. Cabe señalar que en la figura típica a estudio no se presentan dichas excusas absolutorias.

¹⁰² Jiménez de Asúa, Luis. Tomo VI. Ob. Cit. 373.

VII. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

La mayoría de los penalistas concuerdan que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son de naturaleza dudosa y de escaso número, que obligan a considerar que por su falta de generalidad no son esenciales a la estructura del delito.

Por su parte, el maestro español Jiménez de Asúa, niega que las condiciones objetivas constituyan una característica del delito, aunque aparezca en su clasificación heptatomica de los elementos del delito.

Ahora bien, para aquellos que admiten las condiciones objetivas de punibilidad, éstas son circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la pena.

Para Ernesto Beling, las condiciones objetivas de punibilidad son “ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tiene carácter de culpabilidad”.¹⁰³

La corriente dominante considera que tales circunstancias son ajenas al tipo, de carácter independiente de la acción delictuosa, “si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo: si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios. Basta la existencia de un sólo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos esenciales”.¹⁰⁴

¹⁰³ López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit. P. 257

¹⁰⁴ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. P. 278.

En lo tocante la figura típica a estudio, se desprende de su texto legal que no requiere para su configuración ninguna condición objetiva de punibilidad, es decir, en el delito de abuso sexual no se presentan aquellas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena y por lo tanto se da su aspecto negativo.

VII.a) AUSENCIA DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, constituye el aspecto negativo de las mismas. El lugar que ocupan dentro de la teoría del delito dependerá del criterio que se sustente, en virtud de que algunos autores consideran que la ausencia de dichas condiciones, será el aspecto negativo de un elemento del delito y habrá otros más que negarán ese carácter a dichas condiciones objetivas de punibilidad. El maestro Porte Petit señala que “cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero no punibilidad en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad”.¹⁰⁵

VIII. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

Iter Criminis

Para que exista el delito se requiere un acto humano, el cual sólo existe cuando emana de la voluntad del hombre o es ordenado por éste, es claro que todo delito debe iniciarse en la mente de quien lo comete, desde que apunta como una

En lo tocante la figura típica a estudio, se desprende de su texto legal que no requiere para su configuración ninguna condición objetiva de punibilidad, es decir, en el delito de abuso sexual no se presentan aquellas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena y por lo tanto se da su aspecto negativo.

VII.a) AUSENCIA DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, constituye el aspecto negativo de las mismas. El lugar que ocupan dentro de la teoría del delito dependerá del criterio que se sustente, en virtud de que algunos autores consideran que la ausencia de dichas condiciones, será el aspecto negativo de un elemento del delito y habrá otros más que negarán ese carácter a dichas condiciones objetivas de punibilidad. El maestro Porte Petit señala que “cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero no punibilidad en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad”.¹⁰⁵

VIII. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

Iter Criminis

Para que exista el delito se requiere un acto humano, el cual sólo existe cuando emana de la voluntad del hombre o es ordenado por éste, es claro que todo delito debe iniciarse en la mente de quien lo comete, desde que apunta como una

tentación interna de delinquir hasta la concepción del acto que ha de ejecutarse y la determinación del agente que ha de realizarlo. Tal concepción y determinación puede llevarse a cabo lentamente, aún con morosa delectación, como cuando se planea una venganza con cálculo frío y cuidadosa preparación; o bien de manera instantánea, como una reacción violenta ante la injuria o la provocación. A la trayectoria desplazada por el delito desde que inicia como una idea en la mente del sujeto hasta su total agotamiento se le llama *iter criminis*, es decir, el camino al crimen.

Cabe señalar que en los delitos culposos no pasan por las etapas anteriormente señaladas, se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción de un delito, sino solamente a la realización de la conducta inicial. La vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida, en su actuación, las precauciones que debe realizar para evitar la alteración o la lesión del orden jurídico.

En consecuencia, el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por requerir ésta de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito.

Como hemos dicho, el delito nace como una idea en la mente del hombre, pero se logra exteriorizar después de un proceso interior, más o menos prolongado. A la ruta desplegada por el delito desde su iniciación hasta que ésta a punto de exteriorizarse se le llama *fase interna*. La *fase externa*, comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la ejecución.

¹⁰⁵ Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. P. 285

a) Fase interna

La fase interna abarca tres etapas a saber y son:

a.1). Idea criminosa o ideación. En la mente del sujeto aparece la idea de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Pero si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente, de ahí puede surgir la deliberación.

a.2). Deliberación. Es el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales; es decir es una ponderación entre los pro y los contra sobre la idea criminosa, la cual puede ser anulada en la mente del sujeto o bien puede salir triunfante la intención de delinquir, en este supuesto surge la siguiente etapa que es la resolución.

a.3). Resolución. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

No siendo ocioso señalar que la mera concepción de un delito concreto, el deseo de realizarlo y aún la determinación o el propósito que a ello se encamine, carecen de relevancia jurídica, puesto que el Derecho es un conjunto de normas que tienden a conservar un orden social inminentemente objetivo, que no se altera por lo que un sujeto piense o quiera, mientras no haya nada externo encaminado a satisfacer su deseo. En general, se acepta hoy por el Derecho la sentencia de Ulpiano: *cogitationis poena nemo patitur* (nadie puede ser penado por sus pensamientos).

b). Fase externa

Esta fase comprende las siguientes etapas:

b.1). Manifestación. La idea criminosa aflora al exterior. surge del mundo de los pensamientos al mundo exterior, pero simplemente como idea exteriorizada, antes existente sólo en la mente del agente.

b.2). Preparación. Los actos preparatorios, se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. Por lo que se dice que el delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo.

b.3). Ejecución. El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos distintas formas:

b.3.1). La consumación. Es cuando se han realizados todos y cada uno de los actos ejecutivos encaminados a la realización del delito.

b.3.2). Tentativa. "Entendemos por tentativa, los actos ejecutivos (todos o algunos) encaminados a la realización de un delito, no consumándose éste por causas al querer del sujeto".¹⁰⁶

¹⁰⁶ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. P. 287

b.3.3.) LA TENTATIVA EN EL ABUSO SEXUAL

La cuestión acerca de si cabe la tentativa como forma imperfecta de ejecución en el delito de abuso sexual no es absoluto pacífica. En verdad, resulta difícil dar una solución definitiva y generalizadora al respecto por varias razones.

En primer lugar, porque hemos afirmado que nos encontramos ante un delito formal o de simple actividad que se perfecciona con la mera realización del acto sexual, sin necesidad de que concurra ningún resultado objetivo, pero además porque resulta evidentemente complicado y problemático distinguir los actos preparatorios de los actos verdaderos de ejecución. puesto que la opinión doctrinal en torno a la admisión de la tentativa en el delito de abuso sexual está dividida, creemos conveniente referimos individualmente a cada una de las posiciones que a este respecto se han venido manteniendo hasta el momento: la posición afirmativa que admite la tentativa como forma imperfecta de ejecución, y la posición negativa, que se opone a semejante admisión.

a). Posición afirmativa

Entiende cierto sector doctrinal que, pese a las dificultades que el tema encierra, la tentativa en el delito de abuso sexual es concebible.

Jiménez Huerta, partidario de esta postura afirma que “ en torno a la integración de la conducta típica, difícilmente puede negarse que en el delito de atentados al pudor sea configurable la tentativa; pues aunque es exacto que cuando el atentado se logra con su único acto, como sucede, por ejemplo, con el tocamiento sorpresivo, rápido y audaz, la tentativa no es configurable dada la naturaleza

unisubsistente del comportamiento antijurídico, cuando, por el contrario, el proceso ejecutivo sea plurisubsistente, esto es, está integrado por diversos actos, no existe obstáculo alguno para la estructuración de la tentativa. Tal acontece, por ejemplo, si el agente es detenido después de amenazar a la víctima con causarle un mal si no se deja besar los senos, pero antes de que hubiere tenido ocasión de lograr su propósito".¹⁰⁷

En esta misma línea López Bolado, apunta la conveniencia de no descartar totalmente la posibilidad de que el delito se cometa en este grado de ejecución, aunque aclara el propio autor que para configurarlo, aún en grado de tentativa, se requiere la realización de actos y no otras formas de conducta, que serían insuficientes.

Por su parte González Blanco, "no descarta totalmente la hipótesis de la tentativa, toda vez que la naturaleza material del acto erótico sexual, admite lógicamente la ejecución de actos anteriores tendientes a ejecutarlo. A nuestro modo de pensar - agrega el autor - un acto de tentativa es cuando el sujeto inicia violencias, no constitutivas, de realizar actos y no logra realizarlos por causas ajenas a su voluntad. Tal ha sido también el criterio del Tribunal de la Casación de Italia, que en resolución de 20 de febrero de 1929 dictara que, en materia de actos de libidine es configurable la tentativa y que ésta puede estar constituida por besar a una mujer en la boca y extenderla en el hecho con fines de lascivia".¹⁰⁸

Finalmente Jiménez de Asúa, platea la cuestión en relación a determinados comportamientos de escasa gravedad, "como el beso dado contra la

¹⁰⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. P. 226

¹⁰⁸ Alberto. González Blanco, Ob. Cit. P. 86

voluntad de una mujer, concluyendo al respecto que aunque esta conducta no tenga la categoría bastante para constituir consumado el abuso deshonesto, puede y debe ser en cambio estimada como tentativa de este delito; para ello tendrá que constar, además el ulterior designio lujurioso e ir acompañado de otras manifestaciones".¹⁰⁹

b) Posición Negativa

Para cierto sector doctrinal la tentativa no es concebible en el delito de abuso sexual, pues su naturaleza de delito formal o de simple actividad hace imposible distinguir entre las diferentes fases de ejecución, en el sentido de que el comienzo de ésta última constituye por sí el delito de abuso sexual consumado, de tal forma que el inicio de los actos de libine, por mínimo que sea, supone la figura a estudio manifiesta y, en consecuencia, una lesión al bien jurídico tutelado, en tanto que los actos anteriores a este comienzo de ejecución son simples actos preparatorios y, como tales impunes. Por eso González de la Vega dice "que el momento consumativo de esta infracción es instantáneo y se cumple cuando se efectúa cualquier acción libidinosa en el ofendido".¹¹⁰

Al decir, de González de la Vega, para la existencia de la tentativa punible se requiere la ejecución, de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización del delito y en el atentado al pudor la ejecución de estos hechos supone ya la realización de maniobras lúbricas en el cuerpo del ofendido, es decir, coincide con la consumación de la figura.

¹⁰⁹ Jiménez de Asúa, Luis. Delitos contra la Libertad, el Estado Civil y la Honestidad, en "El Criminalista". Tomo VI. Buenos Aires, 1960. P. 148.

¹¹⁰ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P. 321

En igual sentido se pronuncia Carrará quien refiere “ que esta infracción excluye los momentos de frustración y tentativa, pues o comienza su ejecución y el delito queda consumado, o no se comienza su ejecución y el hecho no pasa del momento de preparación, y como es sabido los actos preparatorios no son punibles.

La tentativa dice Manzini debe excluirse porque “cualquier tocamiento de otra persona ejecutado con fin libidinoso es suficiente para integrar el delito”.¹¹¹

En esta misma línea de negación de la posibilidad de tentativa en el abuso sexual, sostiene Fontan Balestra que “la ejecución comenzada de un acto impúdico implica ya el delito de abuso deshonesto y que las acciones que no son impúdicas no pueden situarse más allá de un mero acto preparatorio”.¹¹²

c) Nuestra posición

Partiendo de la base de que el delito de abuso sexual es de simple actividad, que no requiere para su perfección resultado material alguno, dejamos abierta la posibilidad de admitir la tentativa, en el supuesto de violencia presuntiva (en la que no media resistencia de la víctima), pues puede darse el caso de que el activo le haga ofrecimientos verbales para su saciar su instinto sexual al pasivo, y al momento de querer el agente ejecutar el acto sexual en el cuerpo del ofendido, éste no le consigue porque es impedido por la intervención de un tercero.

¹¹¹ Carrara, Francesco. Ob. Cit. P. 602.

¹¹² Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit. P. 165.

Sin embargo, estamos concientes que el supuesto anteriormente expuesto en torno a la posible admisión de tentativa en este delito, es puramente teórico y que muy difícilmente podría configurarse en el mundo fáctico.

Por lo que consideramos absolutamente necesario atender en estos casos (extraordinarios) a las circunstancias del hecho concurrente, así como a las condiciones generales en que el delito ha sido cometido, las cuales decidirán al respecto la mayor parte de las veces.

IX. CONCURSO DE DELITOS

Puede presentarse el problema del concurso de delitos en el ilícito de abuso sexual, por lo que, se impone por lo tanto el estudio de las hipótesis siguientes:

1). El abuso sexual y la violación

Una cuestión de sumo interés, es saber si pueden concurrir el delito de abuso sexual y el de violación. “Vannini nos dice ‘en fuerza del principio de la progresión, no es responsable del delito de actos libidinosos violentos en concurso material con la violación carnal, sino únicamente del delito de violación carnal, el culpable que inmediatamente después de haber llevado a cabo actos libidinosos violentos o abusivos (no dirigidos al enlace carnal) decida violar y viole a la víctima’. Frías Caballero piensa que ‘si un hecho es calificado como violación, quedan absorbidos los actos deshonestos que acompañen el acceso carnal sin necesidad de recurrir a la regla del artículo 54, pues no hay concurso ideal’. Por su parte, Maggiore considera que no es admisible el concurso entre la violencia carnal y

los actos libidinosos, porque éstos están normalmente comprendidos en aquélla, dando lugar a un sólo delito progresivo, a menos que se hayan consumado en momentos distintos y con fines especiales".¹¹³

En nuestra opinión, consideramos que los actos sexuales quedarán subsumidos en el delito de violación, en el supuesto de que dichos actos lascivos se realicen antes o concomitantemente de que el activo consume la cópula. Pero, si dichos actos sexuales son ejecutados, después del yacimiento carnal, no puede considerarse que queden subsumidos al delito de violación, pues se trata de un hecho diverso y posterior al ilícito de violación.

JURISPRUDENCIA

Nuestro más Alto Tribunal así como los Tribunales Federales han pronunciado diversos criterios, en los que sostienen que los delitos de abuso sexual y el de violación no pueden coexistir, por su esencia misma, los cuales nos permitimos transcribir:

Sexta Epoca
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Apéndice de 1995
 Tomo: Tomo II, Parte SCJN
 Tesis: 372
 Página: 206

VIOLACION, ATENTADOS AL PUDOR Y TENTATIVA DE. El delito de atentados contra el pudor y la tentativa de violación, por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto que en el primero no existe el propósito directo e

¹¹³ Porte Petit, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Editorial Porrúa. 2a Edición. Agosto, 1973. P. 83.

inmediato de llegar a la cópula, y en la segunda se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXIV, Segunda Parte

Página: 187

ATENTADOS AL PUDOR Y TENTATIVA DE VIOLACION. Los delitos de atentados al pudor y tentativa de violación, por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen uno al otro, puesto que en el primero de ellos no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula carnal, y en el segundo, se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula, que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXXIV, Segunda Parte

Página: 10

ATENTADOS AL PUDOR, Y TENTATIVA DE VIOLACION, INCOMPATIBILIDAD DE LOS DELITOS DE. Los delitos de atentados al pudor y tentativa de violación, se excluyen y su incompatibilidad se manifiesta porque en el de atentados al pudor los actos lúbricos deben ser realizados "sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula" y en el de violación en grado de tentativa, se requiere precisamente que "se efectúen hechos encaminados directa e inmediatamente a la

realización de un delito", en el caso a verificar la cópula.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLV, Segunda Parte

Página: 21

ATENTADOS AL PUDOR Y TENTATIVA DE VIOLACION NO PUEDEN COEXISTIR. El delito de atentados contra el pudor y la tentativa de violación, por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto que en el primero no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, y en la segunda, se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula, que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXIX, Segunda Parte

Página: 13

ATENTADOS AL PUDOR Y TENTATIVA DE VIOLACION. El delito de atentados al pudor que define el artículo 260 del Código Penal vigente, tiene presupuestos distintos respecto del delito de violación en grado de tentativa, ya que en aquél, quien realiza un acto erótico sexual excluye la posibilidad de la realización de la cópula ---entendida ésta como toda forma de ayuntamiento sexual, con eyaculación o sin ella---. Esto es, constituye aquel delito una acción lujuriosa que el agente realice físicamente en el cuerpo del pasivo de la infracción, como puede serlo una caricia o un tocamiento corporal obsceno o que el agente haga ejecutar a la ofendida, pero lo que es

esencial es que el agente no tuviera el propósito de realizar la cópula, en tanto que la violación sexual fue tentada por el quejoso, si quedó plenamente probado que se proponía realizar la cópula, la que no llegó a término por causas ajenas a su voluntad, dada la pequeña edad de la ofendida.

Amparo directo 4388/59. Heriberto Román Antúnez.
16 de noviembre de 1959. Unanimidad de cuatro votos.
Ponente: Rodolfo Chávez S.

2) El abuso sexual y las lesiones

Consideramos que el delito de abuso sexual y el de lesiones, no pueden de ninguna manera considerarse como ilícitos diversos, en aquellos supuestos en los que las ligeras lesiones que pudiera presentar la víctima, evidencien la violencia física de la que fue objeto; por lo que en estos casos no procede su acumulación.

Cabe señalar, que se configurarán el delito de abuso sexual y el de lesiones, cuando el agente después de haber cometido la conducta abusiva en agravio del pasivo, le infiera cualquier tipo de lesión, situación ésta, en la que sin lugar a dudas, existirán en forma independiente ambos ilícitos.

3). El abuso sexual y la corrupción de menores

El abuso sexual y el delito de corrupción de menores, debido a su naturaleza jurídica y características particulares, pueden coexistir entre sí, en virtud de que los mismos tutelan bienes jurídicos diversos; toda vez, que el primero de ellos protege la libertad sexual tratándose de púberes o el normal desarrollo

osexual, en relación con los impúberes; y el segundo integridad moral de los
ores.

JURISPRUDENCIA

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXIX, Segunda Parte

Página: 18

CORRUPCION DE MENORES Y ATENTADOS AL PUDOR. En principio, los delitos de corrupción de menores y de atentados al pudor, pueden coexistir y tener vida jurídica independiente uno de otro, si se toman en consideración los fines que persiguen al sancionar estas figuras delictivas, tendientes la primera a relajar la integridad moral, y la otra, a violar la seguridad sexual, en el caso de menores.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXXV

Página: 619

CORRUPCION DE MENORES Y ATENTADOS AL PUDOR, PUEDEN COEXISTIR LOS DELITOS DE. En principio, los delitos de corrupción de menores y atentados al pudor, pueden coexistir, y tener vida jurídica independiente uno de otro, bastando para demostrar este aserto, tomar en consideración los fines que persiguen estas figuras delictivas y que son, en el uno, la integridad moral de los menores, y en el otro, garantizar la libertad sexual, si se trata de púberes o la seguridad sexual, en relación con los impúberes.

Amparo penal directo 3498/45. Rodríguez de Velasco Enrique. 27 de julio de 1945. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Angeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

X). AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

Si ordinariamente se considera el delito como la conducta de un sólo hombre, nada impide reconocer que puede concurrir, y de hecho concurre con frecuencia varios sujetos activos para la realización del acto o del conjunto de actos que constituyen un delito; en estos casos se dice que hay una participación de todos esos agentes para la comisión del delito.

En efecto, la participación precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención. Si dichos sujetos son todos causa de la sanción penal, no siempre lo serán en el mismo grado, ésta estará en relación con la actividad (o inactividad) de cada uno, de donde surgen varias formas de participación.

a). AUTOR INTELLECTUAL

Es quien anímicamente dirige y planea la realización de la conducta delictuosa .

Consideramos que en el delito de abuso sexual se puede presentar el caso de autoría intelectual, toda vez que un individuo puede determinar a otro a que cometa el delito a estudio.

b). AUTOR MATERIAL

Es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley. Es autor en el orden material y por ello inmediato, quien realiza la ejecución de la acción típica. En la figura típica a estudio, puede ser cualquier persona, y será quien ejecute materialmente el acto sexual, sin el consentimiento del pasivo y sin la intención de yacer.

c). COAUTOR

“Es quien realiza la actividad, conjuntamente con otro u otros, descrita en la ley”.¹¹⁴

Sobre este particular, pensamos que, es posible la existencia de la coautoría, en la presente figura típica, porque puede darse el caso de que un individuo realice el acto sexual en el pasivo, mientras que un tercero lo sujeta para que se logre su consumación.

d). AUTOR MEDIATO

“Es quien para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser un inimputable”.¹¹⁵

¹¹⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. P. 474

¹¹⁵ Ibidem. 473.

En cuanto a la **autoria mediata en el delito de abuso sexual**, pensamos que puede darse el caso de que un individuo utilice a un inimputable para que realice un acto sexual en términos del artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal.

e). ENCUBRIDOR

Puede ser cualquier persona, y es quien oculta el agente que ha perpetrado el abuso sexual.

CAPITULO CUARTO

GENERALIDADES

En una sociedad como la nuestra, todos los días y a toda hora nos encontramos agresiones de índole sexual, principalmente en los medios de comunicación, basta con encender el televisor para percibirnos con que livianza y descaro la programación incluida, la de los canales de televisión oficial, bombardean, saturan y enajenan a nuestra población con la trama de las telenovelas de emisión diaria. "Con la temática sexual, basta remitimos a los libretos tanto de telenovelas nacionales como de las series televisivas internacionales para descubrir, que en cuatro de cada diez programas televisivos las agresiones sexuales son claras, que en ocho de cada diez programas, por lo menos en la trama hay uno o varios homicidios, incluidos varios con carácter sexual, y que la forma indiscriminada de estos bombardeos televisivos de violencia y en su caso de violencia sexual".¹¹⁶

De alguna u otra manera, afectan a nuestra población, una población que dedica por lo menos tres horas diarias a estar mirando el televisor, ya que no se respetan los horarios ni las programaciones aptas para niños, adolescentes y adultos, quien pensara que tratamos de negar nuestra realidad social, por que la televisión sólo muestra una parte recopilada de la realidad, estaría en un grave error, porque los medios de comunicación actualmente muestran en exceso los aspectos negativos de la sociedad.

¹¹⁶ Pérez Castillo, Juan. La T V. en México y la Comunicación. Editorial Punto y Coma. México. 1988. P. 35

Y si alguien considera que la televisión influye en la formación del individuo, somos nosotros, y si esta influencia se ejerce sobre una población principalmente joven y fundamentalmente en proceso de formación física, psíquica, psicológica y sexual, es entonces que estamos en el entendimiento de que sobre nuestra juventud mexicana se ejerce aunque sea de forma velada o disimulada, incontables bombardeos de violencia sexual, principalmente en la televisión.

Con respecto a la pantalla cinematográfica, mencionamos que, la cartelera de cine y teatro nos muestra que su clasificación se encuentra dividida en los siguientes porcentajes:

El 6% para niños, adolescentes y adultos, clasificación A.

El 20% para adolescentes y adultos, clasificación B.

El 70% para adultos, clasificación C.

El 4% para mayores de 21 años, clasificación D.

“ En base a los datos mencionados es posible en un país como el nuestro que sólo el 6% de programación apta para toda la familia sea la que la juventud mexicana tiene acceso hoy en día para satisfacer sus necesidades de esparcimiento y diversión, creemos que no existe un equilibrio adecuado en la programación de nuestros cines y teatros. Para quien crea que mentimos lo invitamos a que compre cualquier periódico y que compruebe los porcentajes que nosotros mencionamos, independientemente de que descubrirá que los títulos de las

películas son por demás sugerentes y en su caso de doble sentido, haremos mención sólo de algunos de ellos”.¹¹⁷

“Violación en la cárcel de mujeres”

“Traficantes de placer”

“Juegos diabólicos”

“Las sábanas calientes”

“Año 2069, Odisea del sexo”

En base a los datos antes proporcionados, no podemos concluir que los medios de diversión para nuestro pueblo guarden un equilibrio formativo en la juventud, con respecto a los medios impresos de comunicación sobre todo en su género de fotonovela o historieta, encontramos que existen más de 38 publicaciones que son verdaderamente pornográficas o en su caso semipornográficas, ya que amparada bajo el pretexto de tener tanto su registro como su permiso y licencia de publicación en trámite, circulan libremente y sin ningún tipo de censura, el que se expenden bajo control sería prácticamente imposible, ya que obviamente, ni la Secretaría de Gobernación, ni la Secretaría de Educación Pública cuentan con el equipo humano suficiente para ejercer control o censura sobre estas publicaciones.

¹¹⁷ *Ibidem*. P. 38.

Si sumamos la influencia que tiene sobre nuestra juventud los medios de comunicación antes mencionados, podemos concluir que nuestra juventud sí se encuentra gravemente influenciada por los medios de comunicación en materia sexual, ya que si cualquier joven o en su caso niño y la población en general enciende un televisor y encuentra violencia y en algunos casos violencia sexual, si quiere asistir a un cine o en su caso a algún teatro, encontrará que sólo muy pocos cines ofrecen una programación adecuada para su edad, y si ese mismo niño acude a cualquier puesto de revistas encontrará el tipo de revistas mencionadas con anterioridad, es por ello que comprobamos que nuestra juventud se encuentra hostigada por un exceso de información acerca distorsionada de la sexualidad y es así que si nuestros jóvenes buscan cualquier tipo de información acerca de la sexualidad o en su caso, encontrarán información desvirtuada y sobre todo una idea o concepto erróneo y todo esto repercutirá más adelante en su vida social al tener una información sexual contraria y sin principios llevándolos a realizar actos agresivos de índole sexual en los medios en que se desenvuelven, desbordándose dichas conductas en actos que pueden ser constitutivos de algún delito, ya sea como abuso sexual, estupro o violación.

a) Análisis crítico del delito de abuso sexual

De acuerdo con el análisis integral del artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, podemos distinguir dos elementos constitutivos de esta figura típica, que merecen un especial análisis:

- I). Ausencia del propósito de llegar a la cópula y;
- II). La ejecución de un acto sexual; elementos éstos, a los que nos avocaremos a su estudio.

1). Acto distinto al yacimiento

Con empleo de diferentes términos pero con idéntica finalidad, la mayoría de la doctrina ha venido manteniendo como primer requisito de carácter negativo en la determinación del contenido del abuso sexual, el de ausencia de yacimiento.

Cuello Calón estima que el abuso deshonesto está integrado “por un acto o actos impúdicos ofensivos al pudor ajeno, con exclusión al yacimiento”.¹¹⁸

Para Soler, “el abuso ha de ser objetivamente deshonesto, sin constituir acceso carnal, ha de consistir en un acto que tenga significación sexual”.¹¹⁹

Así también, la doctrina desde una perspectiva más subjetiva (la cual es empleada por el texto legal de esta figura al referirse al “propósito del agente”), alude a la realización de actos libidinosos, siempre que en el sujeto no concurra el ánimo o intención de yacer.

Cobra especial relevancia esta exclusión del ánimo del agente de llegar a la cópula, toda vez que, sirve para fundamentar la diferencia existente entre la tentativa de violación y el abuso sexual consumado, por lo que, la conducta típica del abuso sexual, debe concretarse por la comisión de actos de libidine que no supongan tentativa de violación, lo que podrá determinarse atendiendo la naturaleza de los actos realizados y a la revelación del ánimo del agente.

¹¹⁸ Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. P. 598.

¹¹⁹ Soler, Sebastian. Ob. Cit. P. 158.

2). *Ejecución de un acto sexual*

Visto que el abuso sexual, excluido el yacimiento, comprende cualquier otro acto lascivo ejecutado por el agente, nos corresponde ahora determinar qué clase de actos son susceptibles de constituir la conducta que examinamos; al respecto conviene realizar las siguientes consideraciones.

2.1) *¿Es necesario el contacto corporal entre las partes del delito, para que éste exista?*

Como punto de partida, cabe señalar que la mayoría de la doctrina extranjera (principalmente autores españoles e italianos), se han pronunciado sobre la necesidad del contacto físico o corporal con la víctima para la existencia de este ilícito.

Entre la doctrina española Muñoz Conde sostiene que la conducta “consiste en abusar deshonestamente de otra persona, lo que equivale a realizar *actos corporales externos*, contrarios a la moral sexual social que los prohíbe en circunstancias de falta de libertad de la víctima”.¹²⁰

En este sentido advierte Carrara que “todo el contexto de los elementos constitutivos del *corpus criminis* de este maleficio se agota en las condiciones materiales de un acto ejercido sobre la persona ajena, del cual resulta un ultraje a su pudor. Es necesario observar que el ultraje al pudor debe consistir en una acción ejercida sobre el cuerpo”.¹²¹

¹²⁰ Muñoz Conde, Luis. Ob. Cit. P. 328

¹²¹ Carrara, Francesco. Ob. Cit. P. 284.

Finalmente González de la Vega refiere que “el acto constitutivo de atentado al pudor debe constituir en la ejecución de acciones lúbricas que resientan corporalmente el sujeto pasivo, puesto que se trata de un *delito corporal*”.¹²²

Por nuestra parte, compartimos esta postura en virtud de que, la conducta típica del abuso sexual se constituye por la realización de “actos sexuales” que suponen un contacto corporal directo de las partes del delito, pues consideramos, que “*observar la ejecución de un acto sexual*” no constituye propiamente el ilícito a estudio, toda vez que para tipificar esta figura típica, es imprescindible que entre las partes del delito exista un contacto corporal, siendo éste un elemento necesario para la configuración de ilícito de abuso sexual.

2.2). *¿En qué zona del cuerpo debe realizarse el acto sexual?*

Una segunda matización en cuanto a la ejecución del acto sexual, se refiere a la zona o parte del cuerpo puede verse afectada por el acto impúdico. (esto es, en el supuesto del contacto corpóreo entre las partes del delito).

En este sentido ha dicho Carrara que “la materialidad del delito no exige que el culpable actúe sobre *una parte sexual de la víctima*, sino que es suficiente con que cualquier parte de su cuerpo haya sido puesta en contacto con el *delincuente*”.¹²³

¹²² González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P. 338

¹²³ Carrara, Francesco. Ob. Cit. P. 284.

Por su parte, Jiménez Huerta sostiene que "no es necesario que el acto erótico sexual se efectúe directamente en los órganos sexuales de la persona ofendida, basta cualquier otro contacto epidérmico o físico".¹²⁴

Opinión ésta, que compartimos, toda vez que, consideramos necesario para que se configure este delito, el acto lascivo recaiga en alguna parte del cuerpo de la víctima de contenido sexual. Sin embargo, dicho contacto sexual debe estar impregnado de cierta relevancia, excluyéndose por lo tanto del concepto de *acción lasciva* todo contacto o caricia trivial, en virtud de que, no resulta suficiente, por sí sola, cualquier molestia insignificante, para considerarla constitutiva de este ilícito.

2.3). *¿Es necesaria la concurrencia del móvil lúbrico en el autor del delito abuso sexual?*

Tradicionalmente se ha venido debatiendo por la doctrina si para la existencia de este delito basta con la mera voluntad de ejercer el acto sexual o si, por el contrario, es necesaria, además la concurrencia del móvil lúbrico de excitar o apagar la sexualidad.

La mayoría de la doctrina nacional se ha pronunciado a favor de la exigencia de esta condición subjetiva del ánimo libidinoso, mostrándose en cambio contraria a la misma un buen sector de la doctrina extranjera. Analicemos cada una de estas posiciones individualmente.

¹²⁴ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. P. 222

a). Posición afirmativa:

Para los autores partidarios de esta opinión, es imprescindible la concurrencia en el agente de un móvil lúbrico que tienda a la excitación o satisfacción del instinto sexual.

“Así, 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. Cuello Calón, al comentar el problema de si para la existencia del abuso deshonesto basta la mera voluntad de ejecutar el acto deshonesto, o si por el contrario, es necesaria la concurrencia del móvil lúbrico de excitar o apagar la sexualidad, considera que esta última es la doctrina justa y cita las opiniones de: Schwarze, quien cree que la comisión de estos hechos ha de estar ligada a excitación o satisfacción del impulso sexual por parte del agente o a producir en la víctima el placer carnal lesionando al mismo tiempo su honor sexual; y de Evermayer, quien afirma que el hecho debe ser de significación sexual; por tanto, debe tener como base una intención voluptuosa del agente, ya quiera éste excitar su propio goce sexual o influir sobre el impulso sexual de otra persona si se trata de una broma grosera, de maltrato o de una investigación científica, no existe este delito aún cuando el hecho pueda lesionar objetivamente el sentimiento de pudor y moralidad”.¹²⁵

Por su parte, Eusebio Gómez agrega que “ el que para injuriar a una mujer, para ridiculizarla o para ofender su decoro pone en descubierto las partes

¹²⁵ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. P. 356.

puendas de la misma o las toca, sin que lo impulse ningún deseo carnal, no comete un abuso deshonesto. Este delito se reprime porque es necesario no dejar impunes aquellos hechos de lascivia que, sin responder a la intención de verificar la cópula carnal, tienen, sin embargo, como finalidad la de procurar satisfacción al apetito sexual".¹²⁶

El rasgo característico es el de que la actividad esta presidida por una "dirección de voluntad" que encuentra idéntica correspondencia con el acontecimiento objetivo; la naturaleza de este delito – según esta postura – exige que la actividad se realice con el ánimo lúbrico

b). Posición negativa

Un importante sector doctrinal se opone a la necesidad de concurrencia de un especial ánimo lúbrico en el autor del abuso sexual.

Así López Bolado afirma la posibilidad de concurrencia del delito aun cuando falte el elemento subjetivo de excitación o satisfacción sexual por parte del autor, siempre que el acto ofenda objetivamente el pudor o la libertad de la víctima, puesto que la significación objetiva impúdica puede resultar de un hecho cuya finalidad no sea lasciva sino constitutiva de broma, venganza, humillación, injuria, ira o curiosidad. Sin embargo – puntualiza el propio autor-, existen actos susceptibles de incorporar más de un significado (beso, abrazo, etc.). En estos casos, "el acto sólo es impúdico si el ánimo del sujeto es abusivo, admitiendo entonces la función decisiva del elemento subjetivo por tratarse de 'casos limite' en los que la

¹²⁶ *Ibidem* P. 357.

acción misma es dudosa en su significación objetiva, pudiendo quedar despojado el hecho de su carácter ultrajante en virtud de la ausencia del propósito lúbrico”.¹²⁷

Por su parte Salvagno Campos, sostiene la indiferencia del móvil concurrente: “El elemento psíquico consiste en querer practicar un acto libidinoso; el motivo puede ser cualquiera, con tal de que la intención (el dolo) sea siempre la misma: querer ejecutar un hecho que ofenda el pudor”.¹²⁸

Como representante de la doctrina italiana, Carrara plantea y resuelve la cuestión afirmando que “un hecho impúdico puede ejecutarse, tanto por quien pervertido por el dominio de los sentidos quiere lograr el desahogo de un apetito lúbrico, como por quien, frío e insensible a todo móvil carnal, quiere afrentar con el ultraje a una persona que odia o desahoga un enojo, o por quien, en una palabra, quiere cometer un acto de riña y no de libidine”.¹²⁹

Finalmente, Garraud refiriéndose a la legislación francesa aduce que “el atentado al pudor consiste en el hecho mismo inmoral u obsceno ejecutado voluntariamente, sin que haya necesidad de preocuparse del móvil del agente; poco importa que éste haya querido satisfacer su lubricidad o cualquier otra pasión; no debe creerse que el objeto del agente debe ser necesariamente satisfacer una excitación carnal; un acto impúdico cometido sobre la persona de otro o sobre su propia con la ayuda de otro, tiene casi siempre por móvil el instinto genésico; pero este acto constituirá un atentado al pudor aun cuando sólo a la curiosidad, al odio o la venganza”.¹³⁰

¹²⁷ Ibidem P. 365.

¹²⁸ Salvagno Campos, Carlos. Ob. Cit. P. 265

¹²⁹ Carrara, Francesco, Ob. Cit. P. 280.

¹³⁰ Citado por González de la Vega, Francisco Ob. Cit. 357

c). Nuestra Postura

La cuestión tan debatida acerca de la necesidad o no de concurrencia de un ánimo especial de carácter lúbrico en el agente, que opere como elemento subjetivo del injusto no resulta, en realidad, de difícil solución, pese al desacuerdo doctrinal y jurisprudencial existente sobre la materia. Consideramos que, el punto de partida en la búsqueda de un criterio esclarecedor al respecto debe contraerse al ámbito de la conducta típica de este delito y dentro de ella, más concretamente, a la determinación de la clase de actos que resultan susceptibles de integrarla desde una perspectiva objetiva, lo que significa atender a la gravedad de los mismos.

Somos partidarios de la opinión, de que es necesario que los actos integrantes del ilícito a estudio, sean de una naturaleza tal, en cuanto a su gravedad sexual que respondieran adecuadamente, a los criterios de valoración social actual existentes en la materia, lo que, en definitiva, nos hace excluir del término “abusar sexualmente” determinados comportamientos (por ejemplo, un simple beso, una caricia semejante o tocamiento insignificante).

Pues bien, eliminados del área de la conducta típica dichos actos leves, admitimos en cuanto dichos actos, la necesidad de concurrencia del especial ánimo lascivo, toda vez que tiñe y colorea la intencionalidad abusiva distinta del ayuntamiento.

4). Gravedad del acto sexual

La misma falta de precisión con que el artículo 260 describe la conducta típica que examinamos al utilizar el término “acto sexual”, permite en

comprender dentro de esta concepción numerosas actividades que van, desde una simple grosería, hasta la auténtica alteración a la libertad sexual, como verdadero ataque al derecho de libre disposición sexual del propio cuerpo. En base a ello, podemos afirmar que el catálogo general del delito de abuso sexual es numeroso y comprende, desde actos que la sociedad mira con ligera censura, hasta otros que producen por su índole y alcance mayor escándalo y alarma.

Pues bien, antes de entrar en una enumeración más o menos concreta de los hechos susceptibles de integrar la conducta propia de este delito, se hace necesario afirmar previamente que debe tratarse de comportamientos lascivos que afecten la libertad del sujeto pasivo, de cierta relevancia, excluyéndose por lo tanto del concepto de *acción lasciva* todo contacto o caricia trivial, en virtud de que, nos encontramos ante una cuestión de naturaleza cuantitativa referida a la gravedad de la conducta, pues no resulta suficiente, por sí sola, cualquier molestia insignificante, para considerarla constitutiva de este ilícito.

Esta exigencia acerca de la gravedad del acto sexual lleva consigo aparejado el planteamiento inevitable sobre si determinadas conductas que, aparentemente resultan nimias, pueden o no constituir, en su caso, el delito de abuso sexual. Así ocurre con actividades como el beso, el abrazo y caricias semejantes, cuya inclusión en este delito es cuestión debatida por la doctrina y la jurisprudencia, no sólo nacionales, sino primordialmente extranjeras.

Para ciertos autores, estos comportamientos, y concretamente el denominado tradicionalmente por la doctrina "beso erótico", no pueden concebirse como actos lascivos. "Respecto a esta última modalidad de conducta, la

Jurisprudencia Italiana ha declarado: que no puede integrar este delito, aunque sí el de injuria”.¹³¹

Por su parte “la Jurisprudencia española vacila en este punto, ha declarado constitutivo de este delito el hecho de besar a una niña mostrándole las partes sexuales, 4 en. 1912, dar besos en la boca a una niña dormida menor de 12 años, 14 Jun. 1955, en contra ha declarado que no comete este delito el que abraza contra su voluntad a una joven que se encuentra en un camino, sosteniendo ambos una lucha durante breves instantes, aunque puede constituir una vejación injusta y una ofensa a la moral y a las buenas costumbres, 28 oct. 1985, no comete este delito, sino una falta, el que en un camino besa y abraza a una mujer a la fuerza, hallándose embriagado, 21 oct. 1902”.¹³²

Por otro lado el maestro Jiménez de Asúa, puntualiza, que el simple beso dado en contra de la voluntad de la mujer, ya sea pública, ya sea privadamente, si bien no tiene categoría bastante para configurar consumación de abusos deshonestos, puede y debe ser estimado como tentativa de este delito, para lo cual debe constar el ulterior propósito lujurioso.

“En cambio, en opinión de Manzini, el beso configura o no el delito en atención al impulso que lo determina y la forma en que se da; de igual manera Carrara afirma que dado con violencia puede constituir el hecho integrante de abuso deshonesto. En forma similar se pronuncia González de la Vega quien refiere que el atentado al pudor existirá cuando el beso, animado de pretensión lúbrica se realice

¹³¹ Ibidem. P. 358.

¹³² Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. 599.

pública o privadamente sin consentimiento de personas púberes ... su práctica impositiva ofende la libertad sexual”.¹³³

Otro sector doctrinal, el más amplio, opta por dejar sin resolver de antemano ni de forma genérica la cuestión a cerca de si el beso dado con intención libidinosa constituye o no abuso sexual, pues tratándose de un delito eminentemente circunstancial, en muchos casos será definitiva la influencia de las concepciones sociales vigentes. Y es que, como aclara Muñoz Sabaté, dentro del ámbito de la conducta descrita por el delito de abuso sexual, hay fronteras no muy definidas, como la del beso precisamente, añadiendo este autor que “el acto de besar, aunque el beso sea violento, constituye una pauta cultural mucho más tolerada que otras conductas sexuales. Y su aparente falta de morbosidad tal vez permita considerarlo una conducta *normal ó más normal* que las otras y refuerza paradójicamente la tendencia a disculparlo”.¹³⁴

Por nuestra parte, resolvemos este debate negando que el delito de abuso sexual pueda configurarse con la mera realización de alguno de los actos (besos, abrazos o cualquier caricia insignificante) a los que nos acabamos de referir, si éstos no se acompañan de la ejecución de cualquier otra actividad lo suficientemente abusiva como para integrar la conducta típica de este delito, el fundamento de esta opinión reside por un lado, en la falta de gravedad que representan en sí mismos dichos comportamientos, y por el otro, en que este tipo de actos no pueden considerarse violentadores de la libertad sexual del pasivo.

¹³³ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. Pp. 338 y 339.

¹³⁴ Muñoz Sabaté, Luis. Ob. Cit. P. 251.

Por el contrario, no hallamos impedimento alguno en considerar constituido el delito cuando estos actos operen, no de forma aislada, sino en unión con otro u otros hechos de gravedad bastante para configurar la figura típica que examinamos, formando parte, de este modo, de un proceso de ejecución de actos, que como un todo, integrarán la conducta típica de abuso sexual.

c). PROPUESTA

Desde hace tiempo se ha hecho necesaria, en nuestra opinión, una reforma al texto legal del delito de abuso sexual, toda vez que los problemas surgen desde la interpretación que la expresión "acto sexual", ha venido exigiendo esta figura típica para su configuración.

Ya en su momento, el maestro Díaz de León se pronunció en favor de la necesidad de reformar el texto legal del citado artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal al referir "el delito de abuso sexual nos parece, sin lugar a dudas, sumamente importante, preponderantemente, su validez en el ámbito penal; pero en relación con la definición legal consideramos que debería omitirse '... ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo ...' y en verdad, valdría la pena en su lugar hablar de actos, eventos o enojosas situaciones de orden sexual, para que se pudiera presentar este ilícito. De esta manera, es factible definir: 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 molestias de orden sexual".¹³⁵

¹³⁵ Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit. 432.

Sin embargo, a pesar de que es notoria la vaguedad con que es tipificado el delito de abuso sexual, y aun cuando existe una pluralidad de criterios no sólo doctrinales sino jurisprudenciales pronunciados a efecto de establecer el contenido y alcance que “la ejecución de un acto sexual” puede abarcar, el Código Penal vigente es omiso en determinar las conductas que deben considerarse constitutivas de dicha infracción penal, originando con ello, desgraciadamente, “*la extensión*” de la conducta delictiva sancionada por este ilícito.

En este orden de ideas, para entender la problemática planteada en el presente trabajo, es pertinente citar literalmente contenido del artículo 260 cuyo texto legal establece: “al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutar dicho acto, se le impondrá ...”

De la lectura integral del citado precepto legal, resalta a la vista la falta de precisión y absoluta ambigüedad con que el delito que nos ocupa ha sido definido en nuestro texto punitivo, lo que ha originado desde su inicial concepción y naturalmente hoy en día, una laguna legal que la doctrina y jurisprudencia han tratado subsanar. El problema central de este delito, - en nuestra opinión - es la determinación de la conducta típica, debido a la escasa concreción con que la expresa el tipo penal, lo que en principio hace posible que se considere que cualquier clase de acto sexual que se realice sin intención de llegar a la cópula, configure este ilícito.

Pues bien, a pesar de que esta figura típica, ha sido objeto de numerosas reformas, ha persistido invariablemente la misma fórmula legal, al

describirse la conducta típica “el ejecutar, u observar o hacer ejecutar un **“acto sexual”**”, incurriéndose en el mismo error técnico, por nosotros refutado, que desde su inicial concepción hasta hoy en día ha adolecido el ilícito a estudio, toda vez, que las subjetivas interpretaciones a que se presta este delito, pueden alterar y desvirtuar la verdadera intención de esta figura típica, para captar hechos o comportamientos totalmente ajenos a la misma, y por este camino se puede perder el verdadero sentido que el legislador quiso plasmar en el texto del citado artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal. Toda vez que al referirse el ilícito en comento a la ejecución de **“actos sexuales”**, se tiene que atender a conceptos de valoración socioculturales, que de ninguna manera son monolíticos hechos o fenómenos del mundo natural, esculpidos en mármoles eternos, sino que revisten frecuentemente, a ese variable y opinable sentido que lo valorativo tuvo en el *ayer*, tiene en el *hoy* y tendrá en el *mañana*.

Aparentemente, resulta fácil establecer cuando se realiza un acto sexual diverso del ayuntamiento carnal; pero si nos detenemos un poco en su análisis, encontraremos que la solución no puede ser simplemente objetiva, sino que en la mayoría de los casos es necesario atender la gravedad del acto, (fundamentalmente en aquellos supuestos en los que no media la violencia física o moral) y a la intención lasciva del agente en el momento de cometer dicho acto sexual, pues la conducta naturalísticamente considerada puede carecer de relevancia penal.

A efecto, de delimitar las conductas constitutivas de este ilícito, la doctrina nacional se orientado a la tarea de definir que debemos entender por la expresión **acto sexual**. Así para Carrancá y Trujillo, un acto sexual, “es un acto diverso del acceso carnal, y no consiste en palabra, 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 ambos sujetos y dirigido a excitar, o a satisfacer la propia concupiscencia del activo, aunque no se llegue al completo desarrollo de la lujuria; ejemplo de algunos actos eróticos sexuales, refregar el órgano sexual de la víctima con el miembro viril, hacerse tocar el miembro viril, palpar las piernas o los pechos en un mujer o introducirle los dedos en la vagina, besar aplicando labios y lengua lúbricamente”.¹³⁶

Para el maestro González de la Vega, un acto sexual es: “cualquier acción lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo del sujeto pasivo; tales como caricias, manoseos y tocamientos corporales obscenos o que el agente hace ejecutar a su víctima, ejemplo: un individuo se hace tocar sus propios órganos sexuales por un menor”.¹³⁷

Finalmente, para Marco Antonio Díaz de León 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 o 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 parte de contenido sexual de su físico, sin el consentimiento de ésta”.¹³⁸

La gran mayoría de los autores citados anteriormente, coinciden en definir a los actos sexuales, como una conducta de carácter libidinoso, que puede

¹³⁶ Carranca y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. 636.

¹³⁷ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. 348.

¹³⁸ Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit. 466.

consistir en tocamientos lascivos en los órganos sexuales de la víctima, o bien en alguna otra zona erógena de su cuerpo. Sin embargo, nuestro Código Penal vigente, es omiso en determinar cuáles son los actos sexuales que deben de configurar la figura típica que examinamos, es decir, no nos da una definición objetiva y concreta de ellos, sino únicamente alude a "actos sexuales" en forma lisa y llana.

En efecto, la falta de precisión con que el artículo 260 describe la conducta típica que examinamos, da margen a comprender dentro de ella numerosas actividades que pudieran ir en primera instancia, desde una simple grosería, hasta la auténtica afectación de la libertad sexual del pasivo, como verdadero ataque al derecho de libre disposición del propio cuerpo. En base a ello, es grande el catálogo general de los actos sexuales que pueden configurar el delito de abuso sexual, abarcando en primera instancia actos que la sociedad mira con ligera censura, hasta otros que producen por su índole y alcance mayor escándalo y alarma.

Siendo importante hacer mención, que la determinación de cuáles conductas deben ser configurativas de esta figura típica, debe obedecer por un lado, a la gravedad o al carácter trascendental del acto que la constituya, por lo que se debe exigir en el tipo penal a estudio, que dichos actos tengan cierto alcance cuantitativo, es decir, que sean de los que socialmente se consideran gravemente obscenos; y por otro lado, debemos señalar que es necesario que el texto legal del artículo 260 del Código Penal, exija el *fin lascivo* por parte del agente al momento de cometer los actos libidinosos, toda vez como lo hemos manifestado en páginas precedentes, somos partidarios de la opinión, de que es necesario que los actos integrantes del ilícito a estudio, sea en primera instancia de una naturaleza tal, en cuanto a su gravedad sexual que respondan adecuadamente, a los criterios de

valoración social actual existentes en la materia, acompañándose dichos actos con la necesidad de concurrencia del especial ánimo lúbrico, toda vez que tiñe y colorea la intencionalidad abusiva distinta del ayuntamiento. Excluyéndose en definitiva determinados comportamientos (por ejemplo un simple beso, un abrazo o cualquier otro tocamiento insignificante), toda vez que estas conductas triviales, no pueden considerarse de ninguna manera, configurativas del ilícito a estudio.

Sin embargo, no hallamos impedimento alguno en considerar constituido este delito cuando estos actos operen, no de forma aislada, sino en unión con otro u otros hechos de gravedad bastante para configurar la infracción que examinamos, formando parte, de este modo, de un proceso de ejecución de actos que, como un todo, integrarán la conducta típica de abuso sexual.

En este orden de ideas y en atención a los argumentos anteriormente esgrimidos, al ser por demás evidente la ambigüedad con que es descrito el tipo penal de abuso sexual por nuestro Código Sustantivo, originando con ello, una pluralidad de criterios existentes no sólo en la doctrina sino también en nuestro sector jurisprudencial, se hace necesaria - como ya hemos hecho referencia - una reforma profunda, especialmente encaminada en determinar con la mayor exactitud posible el contenido y alcance de las conductas constitutivas del delito de abuso sexual.

En esta tesitura, estimamos conveniente que el texto legal del artículo 260 del Código Punitivo para el Distrito Federal debe ser el siguiente:

“al que sin consentimiento de una persona, ejecute u obligue a ejecutar un tocamiento, frotamiento o manoseo con fin lascivo, sin el propósito de llegar a la cópula se le impondrá de uno a cuatro años de prisión”.

Con la presente reforma, se pretende delimitar lo mejor posible, la conducta típica que el legislador quiso plasmar en el texto del multicitado artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, descartando por completo, con la introducción del término *lascivo* todos aquellos tocamientos o caricias triviales.

Asimismo, consideramos que debe eliminarse la expresión **“obligue a observar”**, del texto legal vigente del citado artículo 260, en virtud de que a nuestro parecer, el legislador quiso con la introducción de este término, sancionar conductas tales como el exhibicionismo, es decir, como en el caso de que una persona enseñe a otra sus órganos sexuales; sin embargo, es pertinente hacer mención, que este tipo de conductas, ya se encuentran plenamente previstas y sancionadas en el artículo 200, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“Artículo 200.- Se aplicará prisión de seis meses a cinco años o sanción de trescientos a quinientos días multa o ambas a juicio del Juez:

I.

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

En estas condiciones, podemos afirmar que es innecesario que el legislador incluya en el delito de abuso sexual, el término **“obligue a observar”**, ya

que como lo hemos mencionado, estos comportamientos ya se encuentran previstos y sancionados en el citado artículo. A mayor abundamiento, es importante hacer mención y como lo hemos manifestado con anterioridad, para que se configure el tipo penal de abuso sexual, es requisito indispensable que exista un contacto corporal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, el cual desde luego, debe estar acompañado de un fin lascivo, por lo que en este orden de ideas, creemos que debe suprimirse la expresión “obligue a observar” del delito a estudio, pues resulta obvio que observar una conducta exhibicionista no implica un contacto físico entre las partes del delito, el cual insistimos, es necesario para la integración del delito de abuso sexual, siendo este el fundamento principal para proponer que se excluya del tipo penal el término referido.

Pretendiéndose, con la reforma propuesta acabar con la pluralidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales existentes, originados por el actual texto legal del delito de abuso sexual, toda vez que el término “acto sexual” como ya hemos hecho referencia, da lugar a un sin fin de acepciones, y que en la práctica al preguntarle al Agente del Ministerio Público Investigador, a la Autoridad Judicial, qué entienden ellos por la realización de un “acto sexual”, indudablemente dichas autoridades tendrán concepciones diversas al tratar de definirlo y difícilmente se lograría unificar sus criterios, en virtud de los diversos puntos de vista, que se pueden tener respecto a la sexualidad, ya que no todos dependen de la misma esfera social, y su educación y nivel de instrucción, varía así como sus principios morales; por lo que es menester a nuestra opinión, que la legislación penal vigente, establezca en forma expresa y especializada cuáles son los actos sexuales constitutivos del delito a estudio, debiendo incluirse además el fin lascivo de la conducta, por las razones fácticas y jurídicas a que hemos hecho referencia con

antelación, para evitar la ambigüedad actual y terminar con los errores en la persecución e impartición de justicia, y dejar conductas punibles sin castigo o peor aún, castigar conductas que no deberían ser materia de sanción penal alguna, sino en todo caso, de alguna sanción de carácter administrativo.

Por lo tanto, estimamos que el delito a estudio en particular y en general todos los delitos sexuales, merecen una especial atención, tanto desde el punto de vista de su estudio, como desde el punto de vista práctico, en la cual hay mucho por hacer aún, dado el incremento que tienen dichos ilícitos y que afectan seriamente nuestros valores socioculturales.

CONCLUSIONES

Primera.- El delito de abuso sexual, por su enorme complejidad y atendiendo a sus características típico-jurídicas debe ser estudiado en manera profunda, en razón de lo que representa y entraña.

Segunda.- Desde su inicial concepción hasta hoy en día el texto legal del delito de abuso sexual, ha persistido en incurrir en el mismo error técnico de exigir para su configuración la realización de un "acto sexual".

Tercera.- De la lectura integral del artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, se evidencia la falta de precisión con que es definido el ilícito de abuso sexual, lo que ha originado que se pronuncien una pluralidad de criterios no sólo doctrinales sino jurisprudenciales, a efecto de delimitar el contenido y alcance que la realización de un "acto sexual" puede abarcar.

Cuarta.- El Código Penal vigente, es omiso en establecer y especificar cuáles son los "actos sexuales" que deben configurar la figura típica a estudio, toda vez que únicamente alude a "actos sexuales" en forma lisa y llana, originando con ello, la "extensión" de la conducta típica sancionada por este ilícito.

Quinta.- La falta de precisión con que es definido el delito de abuso sexual, da lugar a comprender un numeroso catálogo de conductas que pueden abarcar en primera instancia, actos triviales que la sociedad mira con ligera censura, hasta aquellos que implican una verdadera alteración a la libertad sexual.

Sexta.- A efecto de delimitar lo mejor posible cuando se realiza un "acto sexual" diverso al ayuntamiento carnal, es menester atender a la gravedad o carácter trascendental del acto, por lo que en el tipo penal a estudio se debe exigir que dichos actos tengan cierto alcance cuantitativo, es decir, que sean considerados gravemente obscenos por la sociedad (especialmente en aquellos supuestos en los que no media la violencia física o moral). Por lo que se excluye en definitiva, ciertos comportamientos nimios (por ejemplo un simple abrazo, un beso o cualquier tocamiento insuficiente), toda vez que dichas conductas triviales, no pueden ser consideradas de ninguna manera configurativas del delito de abuso sexual. Asimismo, se debe exigir en el tipo penal a estudio, el fin lascivo por parte del agente al momento de cometer la conducta delictiva, toda vez que tiñe y colorea la intencionalidad abusiva distinta del ayuntamiento.

Séptima.- La absoluta ambigüedad con que es descrito el tipo penal de abuso sexual por nuestro Código Penal para el Distrito Federal, hace necesaria una reforma al texto legal vigente del citado artículo 260, la cual debe estar encaminada a delimitar lo mejor posible el contenido y alcance de las conductas que deben constituir este ilícito.

Octava.- Para acabar con la diversidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales existentes, originados por la ambigüedad con que es descrito el delito de abuso sexual, estimamos conveniente que el ilícito de abuso sexual debe ser descrito de la siguiente manera: "Artículo 260.- *“Al que sin consentimiento de una persona, ejecute u obligue a ejecutar un tocamiento, frotamiento o manoseo con fin lascivo, sin el propósito de llegar a la cópula se le impondrá de uno a cuatro años de prisión.”*

Novena.- Se debe eliminar del texto legal del referido artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, la expresión "obligue a observar" en virtud de que, el tipo de conductas que se pretenden sancionar con la introducción de dicha expresión, ya se encuentra previstas y sancionadas por el artículo 200 fracción II del citado Código Punitivo.

Décima.- Con la reforma propuesta se pretende terminar con los errores que en la persecución e impartición de justicia acarrea el presente texto legal del ilícito de abuso sexual, evitando que conductas punibles se queden sin castigo o peor aún, que se sancionen conductas que no deben ser objeto de sanción penal alguna.

BIBLIOGRAFIA

- Amuchategui Requema, Irma. Derecho Penal. Editorial Harla. 2ª Edición. México, 1992.
- Bacigalupo Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Madrid 1989.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa 17ª Edición. México, 1997
- Carrancá y Trujillo Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa S. A., México 1992.
- Carrara Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Tomo II. Editorial Temis Bogotá.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa. 39ª Edición. México, 1999.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomos I y II. 14ª Edición. Barcelona, 1975.
- Díaz de León, Marco Antonio. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. 3ª Edición. México, 1998.
- Fernández Rodríguez, María Dolores. Los Abusos contra la Honestidad. en "Cuadernos de la Política Criminal", número 5. Madrid, 1978.
- Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Parte Especial. Editorial Adeledo-Perrot. 2ª Edición. Buenos Aires. Enero, 1989
- Gómez Benítez, José. Teoría Jurídica del Delito. Editorial Civitas. Madrid, 1989.
- González Blanco Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Aloma. 3a. Edición. México, 1974.
- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Editorial Porrúa. 22ª Edición. México, 1993.

BIBLIOGRAFIA

- González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 6ª Edición. México, 1999.
- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial Losada. 3ª Edición. Madrid, 1927.
- _____ La Ley y el Delito. Editorial Hermes. 8ª. Edición. Buenos Aires, 1976.
- _____ Delitos Contra la Libertad el Estado Civil y la Honestidad, en "El Criminalista". Tomo VI. Buenos Aires, 1960.
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I y III Editorial Porrúa. 6ª Edición. México, 1986.
- López Bolado, Jorge D. El Abuso Deshonesto en Colectivo, Violación, Estupro y Abuso Deshonesto. Editorial Hermes. Buenos Aires, 1972.
- Marchiori, Hilda. Personalidad del delincuente. Editorial Porrúa. 4ª. Edición. México, 1990.
- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa. Edición 2ª. México, 1982.
- Martínez Z., Lisandro, Derecho Penal Sexual. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá, 1972.
- Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. (traducción José Antonio Rodríguez Muñoz). Madrid, 1955.
- Muñoz Sabate, Luis. Sexualidad y Derecho. Elementos de Sexología Jurídica. Barcelona, 1976.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, S. A. México 1982.

BIBLIOGRAFIA

_____ Nociones de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Tomo II. Ediciones del Instituto de Ciencias Autónomo. Zacatecas, Zac.

- Pérez Castillo, Juan. La T.V. en México y la Comunicación. Editorial Punto y Coma, México, 1988.

- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Tomo I. Editorial y Litografía Regina de los Angeles, S.A. 2ª. Edición. Noviembre de 1973.

_____ Ensayo Dogmático sobre el Delito de Estupro. Editorial y Litografía Regina de los Angeles, S.A. 3ª. Edición. Noviembre de 1974.

_____ Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Editorial y Litografía Regina de los Angeles, S.A. 2ª. Edición. Noviembre de 1973.

- Reynoso Dávila, Roberto. Teoría General del Delito. Editorial Porrúa. México, 1995.

- Salvagno Campos, Carlos. Los Delitos. Editorial Temis. Bogotá, 1974.

- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial Temis. Buenos Aires, 1972.

- Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Editorial Trillas. México, 1997.

- Vicente Arenas, Antonio. Comentarios al Código Penal Colombiano. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá, 1960

- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. 10ª Edición. México 1999.

CÓDIGOS PENALES DE LA REPÚBLICA

- Código Penal para el Estado de Colima. Editorial Sista. México, 1999.
- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Durango. Editorial Porrúa. 11ª Edición. México, 1999.
- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León. Editorial Porrúa 7ª Edición. México, 1999.
- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado libre y soberano de Sonora. Editorial Porrúa. 4ª Edición. México, 1999.
- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Tamaulipas. Editorial Porrúa. 7ª Edición. México, 1999.
- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Zacatecas. Editorial Porrúa. 11ª. Edición. México, 1999.