



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
“ARAGÓN”**

**“LOS PROBLEMAS EN LA REGULACIÓN DE LOS
DENOMINADOS ACTOS LIBIDINOSOS EN EL CÓDIGO
PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO”**

T E S I S
PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
L I C E N C I A D A E N D E R E C H O
P R E S E N T A :
MARÍA CRISPINA RERJIS ORTEGA

ASESORA:
Lic. NORMA ESTELA ROJO PEREA

BOSQUES DE ARAGÓN ESTADO DE MÉXICO

2008





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Los seres humanos son capaces de entrar en el dolor ajeno e imaginarse lo que siente el que sufre...

Nadie se habría preocupado de liberar a los esclavos a no ser que, de forma imaginaria, se hubiera podido poner en el lugar del esclavo...

Esta es precisamente la base sobre la que se apoya la capacidad del hombre para la crueldad. Su deseo de torturar y humillar a otro ser, sobre el que ya tiene poder, está claramente relacionado con su habilidad para entrar imaginariamente en la agonía de la víctima.

Anthony Storr,

La agresión humana, 1968.

Capitulado	
Introducción	5
Capítulo I Marco histórico y conceptual de los delitos sexuales	
Breve reseña histórica.....	12
Evolución legislativa de los delitos sexuales en México.....	15
Conceptos fundamentales.....	19
La protección penal contra delitos sexuales.....	28
El bien jurídico protegido	30
Capítulo II La víctima en los delitos sexuales	
La mujer como víctima.....	40
El menor como víctima.....	50
Relevancia del parentesco en el Derecho Penal.....	65
Otras víctimas.....	69
El sujeto pasivo púber o impúber.....	71
Capítulo III Análisis de los actos libidinosos regulados por el Código Penal del Estado de México	
Concepto.....	75
Elementos del cuerpo del delito.....	77
Conducta	78
Resultado.....	81
Nexo causal.....	84
Culpabilidad.....	85
Sujetos	86
Bien jurídico	87
Objeto material.....	88
Por su gravedad.....	88
Por la forma de persecución.....	88
Participación en el hecho punible.....	88
Agravantes.....	90
Capítulo IV Los problema en la regulación de los denominados actos libidinosos en el Código Penal para el Estado de México	

La incapacidad de consentir.....	93
La indeterminación del sujeto pasivo.....	98
La falta de inclusiones en el tipo de parentesco y otras tutelas.....	102
Omisión de modalidades comisivas.....	106
Conclusiones y Propuesta.....	112
Referencias.....	117

INTRODUCCIÓN

Eloquentia res est una omnium difficillima

El Derecho Penal debe continuar desarrollándose en consonancia con el signo de los tiempos, las ideologías, los valores y creencias que le son propios. De ahí la necesidad social e histórica de reformar los códigos penales de acuerdo con las nuevas circunstancias y exigencias que confrontan los grupos humanos jurídicamente organizados

El tipo penal de los delitos relacionados con la sexualidad y en específico de los actos libidinosos, revierten su importancia en su contexto mismo, así como en la institución que protegen: la libertad sexual, que, de alguna manera, se encuentra estrechamente relacionada con la reproducción, placer y expresión de sentimientos, y obviamente, con ello se protege la salud física y mental de la persona, que en su momento puede menoscabarse, ante la inexistencia de dicha institución.

En mi entorno laboral, Agencias del Ministerio Público Especializado en Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales (AMPEVI), me he encontrado con frecuencia con un drama social, que la obsolescencia legislativa presenta por la redacción inadecuada de normas tutelares y sancionadoras en los llamados actos libidinosos. Al denunciarse una conducta considerada un acto erótico sexual, y no encontrarse legislada, ésta queda sin castigo, y la víctima queda sin ayuda de la institución a la que acudió para ser salvaguardada de esa u otra conducta lesiva para su libertad sexual, o, si es menor, para su normal desarrollo psicosexual.

Y es para mí, como servidor público, una espina clavada, cuando al retirarse la víctima, escucho *¿Para qué sirve denunciar si ustedes dicen que no hay delito?*

Es así que, como persona, como miembro de la sociedad y como servidor público, siento la obligación moral de participar activamente en la solución que demanda la misma sociedad, y formular modestamente una propuesta, alarmada por la forma en que muchas veces la especialización en la materia jurídica, impide visualizar la integridad del Derecho. Dado que una legislación moderna debe contar con instrumentos modernos también y debe ser coincidente entre los Estados, porque una legislación obsoleta y atrasada respecto de otras impide combatir ciertos delitos, mi objetivo será demostrar la siguiente premisa:

Existen falencias técnicas en la regulación de los denominados actos libidinosos en el Código Penal del Estado de México.

No ha de interpretarse esta investigación como una rebelión contra la legislación vigente, sino como un acercamiento a la realidad, ya que la misma formación en Derecho, exige un conocimiento integral y reflexivo del mismo, para extraer conclusiones y construir opiniones personales.

Para la realización de esta tesis se utilizaron los métodos inductivo, deductivo y exegenal en conjunto, utilizándose la técnica de investigación documental. Se utilizó para construir el marco teórico la obra de eminentes autores, recurriéndose al Maestro Navarrete en especial, en el área del Derecho, por ser la base de consulta en los AMPEVI.

En esta era de la “sociedad del conocimiento”, el uso de los medios y herramientas actualizados es una exigencia, por lo que se utilizó, en la medida de lo posible, las normas de la *American Psychological Association* (APA) en el formato y estilo de redacción.

Cabe aclarar que en nuestro país las estadísticas de delitos sexuales no están debidamente registradas, e inclusive la Organización de las Naciones Unidas ha declarado y exigido subsanar el retraso que se lleva. A pesar de la Ley de Transparencia, son pocos los datos de los mismos, y en la mayoría, se da relevancia únicamente a la violación sexual. El Estado de México no es la excepción, y para obtención de ciertos datos, hubo que recurrir a fuentes personales, que no pueden quedar registradas.

El primer capítulo de la tesis da una visión general de lo que los jurisconsultos consideran un delito sexual; ya que esta no es una investigación histórica, se aborda brevemente un antecedente de estos delitos. Se considera importante responder al porqué de la protección penal contra delitos sexuales, además de tratar de definir cuál es el bien jurídico protegido.

El capítulo segundo intenta describir a la víctima en los delitos sexuales, que puede ser una persona de cualquier sexo. En el caso de los menores, se hace énfasis en la relevancia del parentesco en el Derecho Penal. Se inicia el proceso de describir la pubertad, como marco de referencia a un capítulo posterior.

El contenido del tercer capítulo, tomando como texto básico el *Nuevo Código Penal para el Estado de México con comentarios* (2007) será el análisis de los actos libidinosos regulados por el Código Penal para el Estado de México.

El cuarto capítulo contiene los resultados de los problemas de regulación encontrados en el Artículo 270 del Código penal del Estado de México, haciendo

comparaciones con los Códigos de otros Estados, e incluso de algunos países: la incapacidad de consentir, la indeterminación del sujeto pasivo, la falta de inclusiones en el parentesco y otras tutelas, y la omisión de modalidades comisivas.

La última parte del trabajo lleva las conclusiones obtenidas a lo largo del trabajo, y una propuesta, esbozada y temprana quizá de *lege ferenda* a la regulación de los llamados actos libidinosos dentro del Código Penal para el Estado de México.

Los mexicanos frecuentemente somos confrontados con la incapacidad en que nos sume una legislación obsoleta en muchos de sus textos, por carecer de tipos penales adecuados para perseguir y sancionar a responsables de conductas que agravian a la sociedad, por tanto se tratará de subsanar el vacío legal del Código Penal para el Estado de México referente a los Actos Libidinosos, ya que se considera que tiene una justificación social.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DE LOS DELITOS SEXUALES

Nulla lex satis commoda omnibus est

Marco Porcio Catón

Es innegable que, de una manera u otra, el delito ha existido desde los albores de la humanidad. Para evitar la venganza privada o de sangre y la llamada divina por algún delito, se hizo necesario un tipo de “venganza pública”, considerando la necesidad de defensa como la primera causa del derecho de punir. Para Carrara (1999, p. 36) “el derecho penal tiene su propia materia en los principios racionales según los cuales debe ser regulada la punición de los crímenes”. De ahí parte la existencia del Derecho Penal como el conjunto de normas jurídicas que regulan el delito, al delincuente, las penas y medidas de seguridad.

La raíz etimológica del concepto delito, proviene del latín *delictum*, culpa, crimen. Una de sus definiciones es, todo acto u omisión cumplido sin derecho, por el cual su autor, a sabiendas, causa un perjuicio a otro.

La noción de delito civil no coincide con la de delito penal, aunque ambas pueden superponerse en muchos casos; el delito penal no requiere necesariamente, como el civil, la producción de un daño (delitos denominados formales); el delito civil no requiere, como el penal, que el hecho reproduzca una hipótesis expresamente prevista por la ley (tipicidad): basta con que se obre sin derecho. El delito civil puede cometerse únicamente con dolo, mientras que el penal con dolo o con culpa. Algunas legislaciones, como la francesa, distinguen entre crímenes y delitos, adosando la primera denominación a las infracciones más graves.

Según Jiménez de Asúa (1999, p. 129), el delito, desde el punto de vista jurídico, “es un acto u omisión antijurídico y culpable”; por lo que el delito es imputable a una persona y sometida a una sanción penal.

El Código Penal Federal (CPF de aquí en adelante) define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pudiendo, si el resultado es material, ser resultado de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para evitarlo.

Delito, según el Código Penal del Estado de México (se utilizará CPM para el resto del documento) es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, pudiendo ser realizados por acción y por omisión.

Como en el caso del CPF se considera que en los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. También se estima que el resultado es consecuencia de una

conducta omisiva, cuando se acredite que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de la ley, de un contrato o de su actuar precedente.

Abordando el campo del delito de tipo sexual, para Lomelí y García (2000, p. 22), “dentro de los delitos del fuero común, los sexuales ocupan el segundo lugar después del robo, lo que representa una frecuencia considerable y la importancia que debe darse a las investigaciones de los diferentes factores que influyen en esta forma de violencia”. Y esto, tomando en cuenta que muchos delitos sexuales no son denunciados, por causas diversas.

Dentro de los delitos con connotaciones sexuales de cualquier índole, se encuentran algunos enmarcados tanto en el CPF como en el CPM, como delitos contra la moral, entre ellos la publicación, reproducción o exhibición de escritos, imágenes u objetos obscenos; la ejecución de exhibiciones obscenas y la invitación al comercio carnal de manera escandalosa.

Ambos códigos penales contienen el delito de corrupción de menores, que, en el contexto de delitos sexuales son actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales; prostitución, inducción a prácticas sexuales y pornografía infantil. Otros delitos que incluyen el concepto sexual, son la trata de personas y lenocinio, el adulterio, y el incesto.

Para el CPF los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual son el hostigamiento sexual, el abuso sexual¹, el estupro y la violación, que, dentro del CPM, se consideran delitos contra la libertad sexual. Siendo así, pudiera interpretarse que el CPM no está considerando el desarrollo psicosexual de la víctima.

Entre los delitos graves con connotación sexual, se consideran para todos los efectos legales, el de corrupción de menores, el de lenocinio y trata de personas, y el de violación.

Compete a esta tesis los denominados actos libidinosos del CPM, por lo que se considera necesario transcribir el artículo 270:

Al que sin consentimiento de una persona púber ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, se le impondrán seis meses a dos años de prisión y de treinta a sesenta días de multa.

¹ Se equipara a actos libidinosos en el CPM.

Si el ofendido es impúber, aun cuando otorgue su consentimiento, se impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cuarenta a cien días de multa.

Si se hiciera uso de violencia física o moral se impondrá además la pena de uno a cuatro años de prisión.

Si los actos a que se refiere este artículo los cometiera un familiar consanguíneo directo y colaterales hasta el cuarto grado, en agravio de persona impúber se impondrá de cuatro a diez años de prisión y de cien a quinientos días de multa.

1.1 Breve reseña histórica

El delito sexual siempre ha existido, pero no hay datos exactos del cuándo se inicia su regulación penal. De esta clasificación de delitos, los que aparecen en forma continua son el adulterio, el incesto, la violación y el estupro.

El Código de Hammurabi mencionaba que la mujer no tenía independencia; o bien la mujer era una virgen prometida o una esposa legalmente casada. De acuerdo con este código un hombre que violaba a una virgen prometida debe ser cogido y ajusticiado, considerándose inocente a la víctima. Este código decretó que un hombre que “conocía a su hija” –incesto en otras palabras-, era simplemente desterrado fuera de los muros de la ciudad; pero una mujer casada que era violada, tenía que compartir la culpa con su atacante, sin tener en cuenta cómo se había desarrollado el incidente, puesto que el crimen era considerado adulterio. La pena era arrojar al río a ambos participantes. Es revelador que hubiera una posibilidad de apelación. Se permitía al marido, en caso de desearlo, sacara a su mujer del agua; y el rey, si así lo quería, podía dejar libre a su súbdito.

En Egipto, bajo el Código de Manú, se castraba a aquel que violaba si ésta pertenecía a su misma clase social o por encima de la misma. Los estratos inferiores no eran considerados.

En la cultura hebrea la mujer casada que era víctima de la violación, era considerada culpable, adúltera e irrevocablemente profanada. En cambio, en Grecia, un violador debía pagar una multa y estaba obligado a casarse con la víctima si así lo deseaba ella; de no ser así se le aplicaba la pena de muerte.

En Roma, escribe Maldonado (1999)

Durante la República, y con las leyes de las XII Tablas, se habían hecho diversos intentos para proteger a las mujeres contra acercamientos indeseados de carácter sexual. La ley no se ocupaba de aquellos casos en que había consentimiento de alguna de las partes. Si el comportamiento era francamente escandaloso, se trataba dentro de la propia familia por el *consilium propinquorum*. Para restaurar las bases morales del matrimonio y evitar los comportamientos escandalosos, el emperador César Augusto decreta la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*, con el fin expreso de preservar la castidad de la mujer casada y la moralidad de los hogares patricios, evitando las perversiones sexuales o, en su caso, sancionándolas.

En toda la obra legislativa de Augusto se encuentra siempre la doble moral: unas leyes son para los *honestiores*, patricios, aristócratas y miembros de la familia áurea, y otras son para el resto de los romanos, los *ingenui* (p. 365).

La doble moral, mencionada por Maldonado, indica que no existía igualdad para todos en las leyes, además de que implica discriminación hacia las mujeres, puesto que se regulaba a las mujeres con las cuales un patricio no podía cometer adulterio, entre ellas, prostitutas, gente de teatro y las que hubiesen sido motivo de un juicio público.

En el Derecho Canónico, exclusivamente se consideró el *stuprum violentum*, en el caso en que se realizara el desfloramiento de una mujer obtenido contra o sin su consentimiento. En mujer ya desflorada no se podía cometer el delito, puesto que, al no estar intacto el himen, no había causa que perseguir.

Durante la Edad Media, el *derecho de Pernada* era una auténtica agresión sexual y moral; además, es indiscutible que existía la costumbre de violar a mujeres de estamentos inferiores, sin que se considerara un delito.

De acuerdo a Rodríguez Ortíz (2003), “En la Edad Moderna la castidad y la sumisión de la mujer al hombre se consideraban las virtudes más valiosas, y sólo las

recatadas y puras tenían la consideración de “honestas”, si bien en los sectores más marginados de la sociedad existían otras normas de conducta” (p. 34). Se observa, que, al igual que la *Lex Iulia*, existe la doble moral, y la castidad de la mujer sigue siendo propiedad del hombre.

En Castilla, el matrimonio atendía a intereses de carácter social y económico y ello provocó en numerosas ocasiones infidelidades y adulterios, que social y jurídicamente se condenaban con mayor dureza en la mujer que en el varón. Había rechazo social en el caso de la mujer que había sufrido una violación, esto es, la indignidad del hecho afectaba a la víctima, aún en el supuesto de haberse producido contra su voluntad y mediase denuncia. La violación tenía la consideración jurídica de un delito sexual que se caracterizaba por el empleo de la fuerza, y consistía en el yacimiento de un hombre con una mujer conseguido sin el consentimiento de ésta y por medio de la fuerza. En las Partidas², la fuerza constituía el elemento fundamental del delito, que lo diferenciaba de otros delitos sexuales, como el estupro o el adulterio, ya que la fuerza se realizaba en personas honestas y porque el hecho no sólo suponía la deshonra de la víctima, sino la de sus familiares, e incluso, la del señor de la tierra donde tal suceso se producía. También se hace referencia al forzamiento de los hombres.

Existía una serie de figuras afines como el rapto. En el Fuero Real³, la violación se incluye dentro del rapto, en la medida en que se castigaba el delito de rapto, que podía o no incluir el de violación. Otra figura afín es el adulterio. Desde el punto de vista jurídico, en el adulterio la mujer prestaba su consentimiento para mantener la relación sexual, mientras que en la violación, la ausencia de dicho consentimiento constituía un requisito fundamental en la consideración del delito. Por ello, la violada no sufría castigo alguno, mientras que la adúltera sí. La violación también podía relacionarse con el pecado de *luxuria* o seducción.

² El Código de las Siete Partidas, fue redactado durante el reinado de Alfonso X *el Sabio* poco tiempo después del "Fuero Real". Abarcaba todas las ramas del Derecho desde un punto de vista legal, práctico y doctrinal. Comenzado a escribir en 1256, se terminó aparentemente hasta 1265, para crear este cuerpo de leyes que intentaba dar unidad legislativa a un reino fraccionado en multitud de fueros. *Vid. Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X El Sabio* [edición digital del facsímil original]. Disponible: http://bib.us.es/guiaspormaterias/ayuda_invest/derecho/lasSietePartidasEd1807T1.htm

³ El Fuero Real fue un cuerpo de leyes del rey castellano Alfonso X el Sabio, redactado en 1254. Jamás fue derecho castellano, sino únicamente un fuero que se concedía a diversas ciudades según su criterio. No obstante, junto a las Siete Partidas, se convirtió *de facto* en derecho castellano.

En las Partidas el delito de seducción se castigaba atendiendo a la condición del sujeto pasivo. En el Fuero Real se contemplaba la sodomía, considerándose coautores del delito y acreedores del mismo castigo a ambos participantes. El bien jurídico tutelado en las Partidas, era la castidad u honestidad de la mujer, así como de los varones emparentados con ella; mientras que en el Fuero Real la honestidad era la que alcanzaba más relevancia. La conducta antijurídica consistía en yacer con una mujer que fuese "propiedad" de otro, destruyendo, de este modo, la honestidad femenina y la honra del varón vinculado a la víctima.

Se supone que a partir de las Pragmáticas de Carlos I (1552) y de Felipe II, (1566), la pena de muerte en los delitos sexuales se conmutó por la de galeras (Rodríguez, 2003, p. 102). No obstante, las pragmáticas, sólo en contadas ocasiones, regulaban la vida de los súbditos, pero sí el funcionamiento de las instituciones.

Y aquí el derecho castellano irrumpe en la Nueva España para legislar, puesto que formaba parte de las posesiones de la Corona Española.

1.1.1 Evolución legislativa de los delitos sexuales en México. Poco se sabe del derecho penal precortesiano entre los pueblos de Mesoamérica. Por los códigos, tenemos referencia del Derecho maya y azteca. A decir de López Betancour (2005, p. 118), “en nuestras civilizaciones prehispánicas, se tenía un gran respeto por las mujeres (...) todo esto debido también a los fuertes castigos para los infractores”. A partir de esto, se puede conjeturar que los delitos de carácter sexual casi no eran cometidos. Se sabe que los castigos más severos era para todas aquellas personas que cometían delitos contra la moral y dignidad de una persona, como son los casos de incesto, estupro y violación.

En el momento de la conquista, los pueblos indígenas tenían, de acuerdo a su nivel de evolución, diversas normas consuetudinarias, que los españoles tuvieron que tener en cuenta ante la imposibilidad de eliminarlas para sustituirlas con su sistema legal, sobre todo las relacionadas con su concepto de moral. Ciertos principios sociales y morales eran coincidentes, aunque su percepción no era la misma, como en los casos de adulterio y estupro.

Se conoce que entre los pueblos tarascos el castigo para una persona que cometía el delito de violación, era la tortura. Estos castigos tan severos eran una medida de prevención

para la sociedad, ya que se inculcaba a la gente a no realizar infracciones contra la moral y el honor de una persona.

El derecho penal maya era severo. En el caso de infidelidad el marido ofendido podía optar entre el perdón o la pena capital del ofensor; la mujer era repudiada, habiendo una responsabilidad de toda la familia del ofensor por los daños y perjuicios. En lo referente a la violación, el castigo consistía en dar muerte al violador (Soberanes, 2003, p.p. 41-55).

Dentro del derecho penal del pueblo azteca⁴, las sanciones para los delitos sexuales eran rígidas. Comenta Floris (1997, p. 34) que se castigaba “con pena de muerte para la incontinencia de los sacerdotes, para los homosexuales de ambos sexos, la violación, el estupro, el incesto y el adulterio”. Por tanto, también había gran severidad sexual para el inculcado.

Actualmente, en algunas regiones de la Sierra Alta de Chiapas, Quintana Roo, Yucatán, Campeche, entre los Tarahumaras, Yaquis, los Seris y Coras, por citar algunos, se encuentran prácticas jurídicas consuetudinarias, cuya base se buscaría en balde en la legislación de las entidades en cuestión. El derecho precortesiano sobrevive, no al margen de la legislación oficial, sino incorporado a ella.

Durante la etapa colonial, el Derecho mexicano no puede ser revisado en forma aislada, ya que por trescientos años fue una colonia del reino de Castilla; luego, el régimen jurídico de toda esa época era el mismo que se aplicaba en aquél sitio del otro lado del mundo. El derecho español, producto de la sociedad medieval, estuvo marcado por las concepciones morales y sociales de la iglesia católica. Así, los comportamientos sexuales, en especial de las mujeres, fueron estrictamente regulados, puesto que la virginidad, el recato y la lealtad eran fundamento de la honra del hombre y de la familia.

En esta época, se aplicaban a los delitos y otros, algunas de las leyes que regían en España como: las Leyes de Indias, la Novísima Recopilación de Castilla, la Nueva Recopilación de Castilla, el Foro Real, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas. Las medidas para sujetar a los individuos al orden eran intentos para corregir la conducta crapulosa en los terrenos de la sexualidad, como cubrir la desnudez que mostraban los vestidos de las

⁴ Según registros del Códice Mendocino, el derecho penal azteca fue de los primeros en transformarse de consuetudinario a escrito.

mujeres. En los casos de incesto, violaciones o solicitaciones, la responsabilidad o culpa se les adjudicaba a las mujeres, la tuvieran o no. Generalmente las mujeres no se presentaban ante las autoridades a denunciar delitos sexuales, puesto que se consideraba su honorabilidad pisoteada. Se ve claramente que el honor y la virginidad eran uno de los bienes más preciados para la mujer y su familia.

De acuerdo a las Siete Partidas, la sodomía y la bestialidad era los peores de los delitos sexuales porque iba contra la naturaleza y contra dios. Luego, el varón cometía pecado contra la naturaleza al emitir su semilla durante cualquier acto sexual sin la posibilidad de procreación.

Un varón, cometía *sodomía perfecta* habiendo involucrado a otro varón en el coito por el trasero. Sin embargo, otros cometían *sodomía imperfecta* si en la copulación entre individuos del sexo opuesto se disfrutaba del coito en alguna otra parte que no fuera el lugar natural. Hombre y mujer, cometían sodomía cuando, durante el acto sexual, el hombre se echaba de espaldas durante la relación sexual y la mujer sobre de él, ya que era una posición fuera del orden natural de las cosas. La sodomía se conocía simplemente como el *peccatus*.

El bestialismo se consideraba un pecado nefando. El término nefando proviene del latín *ne-fandus*, lo que no se puede decir, por considerarse terrible, repulsivo. El ser casado y cometer el acto bestial era un agravante del delito. La pena era la hoguera, que en México se cambia posteriormente por prisión, a veces a perpetuidad. El animal era sacrificado, por considerarlo impuro. La legislación penal mexicana actual no contempla este delito de desviación sexual, aunque, según Bazant (2002), apoyándose en encuestas realizadas en 1995 por Federico Reyes Heróles, la zoofilia se sigue practicando⁵.

Gran parte de la legislación penal colonial siguió vigente después de la Independencia. En 1831 en el Estado de México hubo un primer intento codificador: el Bosquejo o Plan General de Código Penal para el Estado de México, que no se llegó a concretar. En abril de 1835, en Veracruz entra en vigencia un código penal, constituyendo el primer Código Penal mexicano, que, en 1849, fue modificado.

⁵ También menciona que en Bélgica, Italia, Portugal, Francia, Rusia, Holanda y algunos estados de la Unión Americana, siguen castigando esta desviación sexual, aunque la pena es de índole monetaria.

Desde 1862, una comisión había estado trabajando para un código penal del Distrito Federal, que debía sustituir el conjunto heterogéneo de normas, heredadas de la fase colonial, modificadas y adicionadas por diversas normas emanadas de las autoridades del México independiente. Los trabajos de las distintas comisiones rindieron fruto y produjeron el Código penal para el Distrito Federal y el territorio de Baja California en diciembre de 1871 –conocido también como Código Martínez de Castro–, que comenzó a regir en el Distrito y este territorio, además, de toda la República en materia federal, desde el 1° de abril de 1872. También este fue limitado por los estados de la República, con la excepción del Estado de México. En este ordenamiento, el delito de atentados al pudor, antecedente del de abuso sexual, se encontraba tipificado en el título sexto “Delitos contra el orden de las familias, la moral pública. o las buenas costumbres, capítulo III Atentados contra el pudor. Estupro. Violación”. La definición del delito, en el Artículo 789, era, según López Betancour (2005, p. 119) “Se da el nombre de atentado contra el pudor: a todo acto impúdico que puede ofenderle, sin llegar a la cópula carnal y que se ejecuta en la persona de otro sin su voluntad, sea cual fuere su sexo”. Nótese el concepto *atentados al pudor*.

Durante el porfiriato, el Código Penal de 1871 tuvo varias reformas. Los delitos de tipo sexual no se alteran, pero la homosexualidad es perseguida y reprimida como delito grave. Por ejemplo, Hernández (2001), comenta el famoso suceso de "los cuarenta y uno" sucedido el 20 de noviembre de 1901, en la Ciudad de México, en que la policía hizo una redada en una fiesta privada de cuarenta y un homosexuales, quienes fueron encarcelados, humillados y desterrados a Yucatán, donde se les confina para realizar trabajos forzados.

Una de las consecuencias inmediatas de la revolución fue el relajamiento de la moral pública; durante este período el delito de violación se incrementó, pero, por las mismas circunstancias de esta etapa, no fue perseguido ni castigado.

La Constitución Mexicana de 1917 fue la primera en declarar y proteger lo que después se han llamado garantías sociales, el derecho que tiene todos los hombres para llevar una existencia digna y el deber del Estado de asegurar que así sea. Mientras las garantías individuales exigen al Estado una actitud de respeto para las libertades humanas, pues estas forman un campo donde el poder estatal no debe penetrar, las garantías sociales, por el contrario, imponen a los gobernantes la obligación de asegurar el bienestar de todas las clases integrantes de la comunidad.

En el Código Penal de 1929 –o Código de Armaraz-, se regula el tipo de atentados al pudor en el título decimotercero, “De los delitos contra la libertad sexual, capítulo 1, De los atentados al pudor, del estupro y de la violación”. La definición del ilícito de atentado al pudor es: Escribe López Betancour (2005, 119) “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 ésta (Artículo 851)”. Aquí aparece un concepto nuevo: la libertad sexual.

Los delitos sexuales en el Código Penal de 1931 original, se encontraban bajo el título decimoquinto “Delitos sexuales, capítulo 1, Atentados al pudor, estupro y violación”. Se estipulaba como atentado al pudor al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecutaba en ella un acto erótico—sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula (López Betancour, 2005, 120).

Con la reforma al CPF en 1991, el delito de atentados al pudor, en concordancia con la época, cambia de nombre, nombrándolo abuso sexual. El pasaje del Artículo 260 no se cambia en su mayor parte; al contrario, el Artículo 261 sí cambia por completo, resultando: “Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue ejecutarlo, se le aplicará pena de seis meses a tres años de prisión, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo”. Así, desaparece el concepto *atentado pudor*, para ser sustituido por *abuso sexual*. Esta redacción, en sus señalamientos, considera la protección al menor y al incapaz.

Un hecho importante, que destaca la importancia de los delitos sexuales como un problema social, es la creación, desde 1989, de las Agencias Especializadas en Delitos Sexuales en el Distrito Federal, como resultado de la creciente demanda de la población capitalina por mayor seguridad pública y la fuerza política de organizaciones feministas.

El modelo de esas agencias para investigar los crímenes y atender a las víctimas sirvió de ejemplo para acciones similares en otras entidades del país. Hoy, no sólo existen como tales, sino que cuentan con centro de Terapia de Apoyo a las víctimas, como organismo de atención psicológica de emergencia para personas violentadas, con personal especializado.

1.2 Conceptos fundamentales

La conducta sexual, al igual que el comportamiento humano, es plural y compleja y desafía los esquemas de clasificación en exceso simplistas. No es fácil delimitar los conceptos de normalidad y anormalidad en la sexualidad humana. Su distinción es un tanto subjetiva y generalmente presupone juicios de valor de uno u otro género. Para ilustrar, según el diccionario, es normal todo lo que se adecua a un patrón usual o característico. Pero lo insólito y atípico no sólo cambia según las culturas, sino que varía con el paso del tiempo. Desde una perspectiva sociológica, la conducta que va más allá de los límites de los hábitos aceptados y de las normas de una colectividad determinada se considera pervertida. Desde un prisma estadístico, es normal lo común, lo mayoritario, mientras que se considera anormal lo excepcional o raro. Desde una óptica psicológica, es anormal lo que genera una sensación personal y subjetiva de malestar, angustia o aflicción como la ansiedad, la depresión o el sentimiento de culpa (Warren, 2003, p. 18).

La sexualidad, según especialistas de las distintas ciencias relacionadas con el tema, es un atributo de la persona considerada en su totalidad, con sus necesidades corporales, físicas, emocionales y sociales. Por consiguiente, la sexualidad sería, básicamente, la búsqueda de placer a través del cuerpo y de toda la personalidad. Se consideraría, en condiciones normales, un medio de aproximación a otra persona. En una palabra, comunicación. Pero si el canal de este tipo de comunicación no es adecuado, o el emisor no es bien recibido, se convierte en un atentado contra la sexualidad de la persona receptora.

Ergo, para que un acto sexual de cualquier índole sea aceptable, éste debe realizarse por mutuo consentimiento, lo que significa que ambas partes deben desearlo y estar de acuerdo. Caso contrario, es adoptado como delito, de acuerdo al Derecho.

Desde el punto de vista de López Betancourt (2005), los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual se podrían definir como “todo quebrantamiento de la ley, que atenta contra la facultad de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, dentro de la natural evolución psicosexual del ser humano” (p. 83). Esta enunciación resulta vaga, porque no se comprende si se refiere a la potencia de decisión del receptor del delito, de acuerdo a su madurez sexual, u a otra cuestión.

La Organización Mundial de la Salud –OMS- (2002) define la violencia sexual como “todo acto sexual, la tentativa de consumar acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de

cualquier otro modo sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona; independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo”. En la concepción de violencia sexual de la OMS, se circunscriben a todas las personas y los diversos tipos de situaciones sexuales e, inclusive las relaciones interpersonales, por lo que aparece como más completa.

González de la Vega (citado en López Betancourt, 2005), alude como elemento general de los delitos sexuales las transgresiones en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad realizados 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 éstos los bienes jurídicos objeto específico de la tutela penal. Como se observa, González de la Vega señala cuál es el bien jurídico protegido: la libertad y seguridad sexual.

Para Muñoz Conde (1999), el calificativo común de todos estos delitos es su referencia a la sexualidad, delimitado a la moral sexual social. Su concepto de moral sexual social es “aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites el instinto sexual de las personas” (p. 342). Sabia definición, ya que, si no existiese una delimitación, cualquier conducta sexual, por agresiva que fuese, sería tolerada aún si perjudicara.

Aunque se singulariza en un sólo delito, el concepto general de abuso sexual consiste en un atentado contra la libertad sexual individual de la persona. Puede manifestarse con insinuaciones, miradas provocadoras, gestos groseros, manoseo, exhibicionismo, masturbación ante la víctima o hasta actos de penetración, es decir, violación. Aquí se incluyen la pornografía infantil y el incesto. Esto es, el abuso sexual se desglosa en múltiples delitos.

Abuso sexual, Actos libidinosos, abusos deshonestos y Actos contra el pudor son equivalentes en la codificación penal, tanto de México como de otros países. González de la Vega, al referirse a la noción general dice que “se entiende por delito de atentado al pudor, cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activos o pasivos, los actos corporales con lubricidad, distintos a la cópula y que no tienden directamente a ella, ejecutados en impúberes o sin consentimiento de personas púberes” (citado en López Betancour, 2005). Díaz de León (2000), define el abuso sexual como “el cometido por quien, sin intención de llegar a la cópula, realiza un acto sexual u obliga a realizarlo, en una persona sin mediar la

voluntad de ésta para ello (p. 432).” Por abusos deshonestos Muñoz Conde (1999, p.p. 360-361) declara que se deben entender aquellos actos de contenido sexual que no establezcan acceso carnal, incluyéndose también los contactos físicos homosexuales. Indica Navarrete (2007, p. 766): “Se trata, pues, de conductas ilícitas en contra de la esfera jurídico-sexual de cualquier persona consistente en tocamientos, como caricias, besos, entre otros, ajenas del tipo penal del delito de violación o del delito de estupro”. López Betancour (2005) considera que se debería sustituir acto sexual por eventos de orden sexual, para que se pudiera presentar este ilícito. Así, sería posible precisar que “comete el delito de abuso sexual el que contra el consentimiento de una persona, manifestado en cualquier forma, y sin el propósito de llegar a la cópula realice en el sujeto pasivo, actos, eventos o molestas situaciones de orden sexual” (p. 115). Comenta Rodríguez Devesa leído en López Betancourt (2005, p. 114): “La acción abraza tanto los actos contra natura como aquellos distintos del coito por los que el agente intenta satisfacer sus apetitos libidinosos. Para la consumación no es necesario que se produzca el orgasmo”. Después de abordar a estos autores, se considerará como *acto libidinoso*, cualquiera que involucre alcance sexual, distinto del coito, realizado mediante contacto corporal.

Adulterio. La etimología misma de *adulterium* sugiere que lo comete estrictamente una persona que tiene ya un vínculo con alguien más. Aun cuando se identifica la voz *adulter* con un hombre casado, en la práctica se usa generalmente como cualquier amante ilícito, así como el amante de una mujer casada. El adulterio es concebido por los juristas como la relación sexual extramarital de una persona casada civilmente. Es una relación, no bilateral, sino triangular. El o la amante es adultero tanto ante el esposo como la esposa. Díaz de León (2000) afirma que es un delito contra la familia, y se produce entre persona de distinto sexo mediante ayuntamiento carnal, unida, una de ellas por lo menos, al vínculo matrimonial; aduce que debe realizarse en el domicilio conyugal o de manera escandalosa. Para López Betancourt (2000) el adulterio no se debe regular dentro del Código Penal, porque implica un atentado absoluto a la libertad de los individuos, y su consecuencia es de orden familiar y civil. En el CPF se enmarca dentro de los delitos contra la libertad sexual, mientras que en el CPM es contenido en el subtítulo delitos contra la familia. Sólo se castiga el adulterio consumado, persiguiéndose por querrela.

Estupro o seducción (lat. *stuprum*). Es el coito, cópula o acceso carnal con una persona, prevaliéndose de superioridad, originada por cualquier relación o situación. Díaz de León (2004) lo define como “delito en que una persona realiza cópula con mayor de 12 años y menor de 18, sin importar el sexo, por medio del engaño” (p. 434). Estupro, para Navarrete (2007, p. 779) “es el engaño o la seducción que desfigura la seguridad sexual de la mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción para que ésta copule sin violencia con el estuprador”. El estupro es definido por Carrara (citado en López Betancour, 2005, p. 138): “Conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedido por seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia”. La edad mínima del sujeto pasivo varía en la codificación penal mexicana, considerando la máxima por abajo de 18 años. Para la mayoría de los códigos, el sujeto pasivo es de sexo femenino, incluido el CPM; sin embargo el CPF utiliza el término persona, considerando indistinto el sexo. En este delito se da el consentimiento de la víctima a la práctica sexual, pero mediante el engaño o seducción, viciando así el consentimiento. Este delito se persigue por querrela, pero puede repararse el daño por medio del matrimonio de los sujetos (si son de sexos distintos), extinguiéndose la acción penal y la pena en su caso. Algo a recalcar es que el CPM exige, para la existencia de este delito que la mujer sea “casta y honesta”.

Exhibicionismo. El sujeto muestra sus genitales a otras personas en un lugar y en una situación social absolutamente inapropiada, lo cual es vivido como excitante. El CPM lo considera dentro del capítulo de ultrajes a la moral.

Frotteurismo. Tocar, rozar o refregar los genitales contra una persona en contra de su voluntad en aglomeraciones. Pudiera considerarse dentro del delito de actos libidinosos.

Hostigamiento o acoso sexual. Varios países, entre ellos México, en la última década, han venido legislando en sus codificaciones penales lo relativo a este delito; debido en gran parte, al intenso trabajo de las asociaciones feministas que han tratado de dignificar el trato a la mujer, logrando leyes que realmente tutelen sus derechos, ya que la víctima más común de este delito es la mujer, y precisamente la mujer trabajadora. En el caso de las entidades federativas que conforman nuestro país y que tienen tipificado este delito, es sancionado por la ley con multa o en su caso con pena privativa de libertad que el juez, al dictar sentencia, sustituye por la primera; por lo que, las víctimas prefieren no denunciar y

evitar los efectos de convertirse nuevamente en víctima, tan común en tales conductas. El Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresa (2001. p.5) define al acoso –u hostigamiento sexual- a la “conducta de una persona investida de autoridad que solicita favores de tipo sexual a cambio de mejores condiciones laborales o recompensas de distinta clase”. Díaz de León (2004) señala que el delito de hostigamiento sexual es cometido aprovechándose indebidamente de cualquier subordinado, importunando a esa persona con pretensiones de deleite carnal. El hostigamiento o acoso sexual, en síntesis, es un comportamiento ofensivo que consiste en solicitar favores de tipo carnal o sexual para el autor o para un tercero, prevaliéndose de un contexto de superioridad laboral, docente o análoga, a modo de contrapartida de un trato favorable en el ámbito de esa relación, o con el anuncio expreso o tácito de una conducta desfavorable si no se accede a los mismos.

Incesto es la relación carnal entre parientes dentro de los grados en que está prohibido el matrimonio. Para Díaz de León (2004), incesto es el “Delito cometido por quienes estando ligados por parentesco consanguíneo, se trate de ascendientes, descendientes o hermanos, tengan relaciones sexuales entre sí con conocimiento de esta circunstancia.” p. 449) En el CPF se ubica bajo el título de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, considerando únicamente a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes, y entre hermanos. En el CPM se encuentra en el subtítulo de delitos contra la moral pública.

Lenocinio o trata de personas. El *lenocinium* se convirtió en delito a partir de la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*, que imponía penas y sanciones equiparables a las del adulterio mismo. Este delito es cometido por la persona que explota el cuerpo de otra para el comercio carnal obteniendo un lucro, ya sea administrando, sosteniendo o regenteando cualquier lugar dedicado a la prostitución; o la inducción a que otra persona comercie con su cuerpo sexualmente.

Parafilias en la sexología moderna es sinónimo de desviaciones sexuales que fueron llamadas aberraciones y perversiones por la psiquiatría clásica y el psicoanálisis. Hasta hace poco tiempo se consideraba desviado todo acto sexual que no fuera la penetración del pene en la vagina. La liberación sexual de los años sesenta y los adelantos de la sexología han contribuido a enmarcar en este concepto a situaciones más concretas y delimitadas. Últimamente algunos sexólogos han planteado la idea de llamar inadecuaciones sexuales a

aquellas parafilias que se dan entre personas adultas, de mutuo acuerdo y que no producen daños graves ni escándalo público. Esta idea surge del hecho que muchas veces se estigmatiza a quien sufre una parafilia que no afecta a otra persona ni a la sociedad y que es vivida por quien la sufre sin conflictos. Gran aporte en este campo ha realizado la Asociación Norteamericana de Psiquiatría en el DSM, ese listado en donde se actualiza permanentemente la lista de los considerados trastornos psicológicos, a la luz de las últimas investigaciones y progresos en este campo. Entre los actos y situaciones que han dejado de considerarse desviados podemos destacar la masturbación -mejor llamada auto estimulación-, la homosexualidad, y la gerontofilia⁶. La clasificación de las Parafilias del DSM son, las típicas, como fetichismo, exhibicionismo, travestismo, *voyeurismo*, zoofilia, masoquismo sexual, paidofilia y sadismo sexual. Las atípicas son la coprofilia, necrofilia, frotteurismo, escatología telefónica, clismafilia y urofilia. Existen otras pero dada su poca incidencia no aparecen en las clasificaciones. En este documento sólo conceptualizaremos las contenidas como delitos sexuales en la codificación penal mexicana, a partir del DSM IV (1995).

Pedofilia o paidofilia es considerada la atracción sexual por niños y niñas que no han alcanzado la pubertad. Se trata de un fenómeno que afecta en mayor medida a individuos de género masculino. Las relaciones de pedofilia suelen estar marcadas por la dominación, e incluso por la violencia, que ejerce un adulto sobre un niño. Dada la falta de madurez sexual de los niños -cuya sexualidad se encuentra todavía en desarrollo-, estas relaciones les causan problemas de tipo emocional y físico, puesto que se ha demostrado que esta conducta sexual causa graves perturbaciones en el desarrollo de los individuos. El aumento del mercado de la pornografía infantil, relacionado con la pedofilia, ha constituido otra de las preocupaciones de los últimos años. En general, se considera que la actividad pedofílica puede desarrollarse en dos modalidades: la incestuosa y la no-incestuosa. Son pedófilos incestuosos aquellos que experimentan atracción sexual por niños de su propia familia.

Pornografía procede del griego, *porne* es "prostituta" y *grafía*, "descripción", es decir, "descripción de una prostituta". Designa en origen, por tanto, la descripción de las

⁶ Relaciones con adultos mayores, hoy considerada una discriminación, basada en que la sexualidad no desaparece con los años.

prostitutas y, por extensión, de las actividades propias de su oficio. Sin embargo, el término es de aparición muy reciente pues en la Grecia antigua nunca se usó esta palabra. Modernamente se entiende por tal un conjunto de materiales que muestran órganos genitales o actos sexuales y que se exhiben o contemplan con una determinada actitud que, normalmente, tiene por objeto la masturbación o, al menos, la excitación sexual de quien busca este tipo de estímulos. Estos materiales normalmente se producen por interés lucrativo, aunque Internet ha introducido la posibilidad de acceder gratuitamente a ellos. La pornografía se manifiesta principalmente a través de cuatro medios: el cine, la fotografía, digitales y la literatura, aunque también admite representaciones a través de otros medios como el cómic, la escultura, la pintura, e inclusive el audio. La situación legal de la pornografía depende de cada país y del tipo de material. Los actores que participan en películas pornográficas deben ser mayores de 18 años. Muchas legislaciones restringen la pornografía que muestra actos violentos o con animales.

Pornografía infantil se denomina a toda representación de menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas. Puede tratarse de representaciones visuales o incluso sonoras. La pornografía infantil está prohibida en todos los países. En la legislación penal mexicana se encuentra bajo el rubro de corrupción de menores.

Prostitución. Gramaticalmente es la actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero. Se le considera dentro de los delitos contra la moral pública y se sanciona si la “invitación” al comercio carnal es escandalosa.

Prostitución infantil como tal no existe. El término es malamente usado para referirse a la explotación sexual comercial infantil y adolescente. Esto porque el niño es el sujeto pasivo de la acción. Nunca puede elegir, por cuanto es menor de edad y no posee el discernimiento adecuado. Correctamente, a lo más, se debería hablar de niños y adolescentes que son prostituidos por adultos. La explotación sexual comercial infantil y adolescente está prohibida en la gran mayoría de los países. En la codificación penal mexicana se enmarca entre los delitos de corrupción a menores.

Violencia sexual. Es toda actividad sexual no voluntaria, forzada mediante la violencia física o por cualquier forma de coerción, agresión o abuso. Implica una relación

de sometimiento en que la víctima ha rechazado el acto sexual o no ha tenido capacidad de consentir. Invade el espacio físico y psicológico de las personas.

Violación sexual. Las definiciones legales, distinguen entre grados de violación y entre violación y otras formas de asalto sexual. Según Maggiore (1954, p. 56), la violación sexual “consiste en obligar a alguno a la unión carnal por medio de la violencia o amenaza.” Y se considera que no puede ser de otro modo, ya que entonces no constituiría una violación. El *Servicio de Crisis para Mujeres Del Valle* (sitio Web) ha desarrollado su propia definición de lo que es violación, “contacto sexual con cualquier persona que no puede o no quiere dar consentimiento voluntario”, enfocando la atención en el punto fundamental del consentimiento. Se considera como cópula o acto sexual análogo, a la penetración por conducto vaginal, anal o bucal del pene u otra parte del cuerpo; asimismo la introducción de objetos o de instrumentos en la vagina o ano de la mujer. Para López Betancourt (2005, P. 175) “comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, impone cópula a persona de cualquier sexo.” Pero no indica su definición de lo que es copular, ya que éste significado puede variar. Según el *actus reus* del crimen de violación bajo el Derecho Internacional, éste está constituido por la penetración sexual sin el consentimiento de la víctima, aunque sea leve, de la vagina, el ano o la boca de la víctima, con cualquier objeto utilizado, o por el pene del perpetrador (tomado de la página Web del Comité Internacional de la Cruz Roja). La Ley Orgánica 10/1995 española incorporó en la definición de violación, un término mucho más amplio que el de penetración, la "invasión" para que resultara neutro en cuanto al sexo. La definición de invasión incluye no solo la penetración de un órgano sexual, sino también cualquier tipo de abuso sexual con objetos o con partes del cuerpo. Este concepto es clave para muchas legislaciones latinoamericanas donde todavía la violación se define como *acceso carnal*, reduciéndose a la penetración con un órgano sexual masculino. La violación requiere que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. Además requiere que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o

aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino. Se entiende que una persona es incapaz de dar su consentimiento genuino si adolece de incapacidad natural, inducida o debida a su edad. Por último, el delito sexual denominado por la doctrina como violación sexual, ha ampliado su contenido y formas de comisión, extendido y adoptando la forma de delito de acceso carnal sexual.

1.3 La protección penal contra delitos sexuales

Las garantías individuales emanan de la propia Constitución Política Mexicana. El derecho a que los tribunales administren justicia a toda persona está plasmado en su Artículo 17.

La intervención penal por parte del Estado no sólo es una alternativa más respecto de su deber de protección del individuo, sino que incluso, es la última herramienta que tiene a su disposición. Esta característica del Derecho penal, habitualmente denominada subsidiariedad o última *ratio*, cobra en el caso de la libertad y el normal desarrollo psicosexual un valor inusitado.

Para comprender este principio, es preciso considerar que la intervención penal del Estado es el mecanismo de protección más potente con que cuenta la sociedad. En otros términos, es aquella parte del Derecho que cuenta con las armas más gravosas para sancionar a los infractores. Esto le obliga, como principio general, a agotar todos los otros mecanismos de protección -menos gravosos- antes de recurrir a las sanciones penales.

En este sentido, aunque la misión última del Derecho Penal es la protección de la convivencia humana pacífica, esto no implica que deba intervenir siempre que se produzcan perturbaciones de la vida comunitaria. Por el contrario, sólo ha de limitarse a la protección de los valores fundamentales sobre los que se estructura la vida social.

En los sistemas sociales, es posible que el aumento o disminución en la ocurrencia de un fenómeno sea capaz de transformar su significación social. En otros términos, una pequeña disfunción social puede resultar insignificante, pero a costa de su repetición y expansión comunicativa puede transformarse en un verdadero problema social. En otros términos, la perturbación social que hoy produce un atentado contra la sexualidad es mucho mayor que la que se producía hace medio siglo. Ello puede explicarse por la expansión comunicativa de la sociedad. Mientras este tipo de conflictos era numéricamente pequeño o

poco difundido, era posible desentenderse (de un modo institucionalizado) de él. Sin embargo, su aumento cuantitativo y cualitativo, así como el aumento de información al respecto, le han reservado un puesto de privilegio dentro de los problemas sociales.

Si las soluciones alternativas a la intervención penal fueran capaces de absorber todo el problema social de los atentados contra la sexualidad, no sería necesario hablar de bien jurídico penalmente protegido. Sin embargo, las dimensiones de dichos problemas han transformado a la libertad sexual en un verdadero bien jurídico susceptible de protección penal.

Es evidente que la conminación de determinadas conductas con una pena produce un efecto en los eventuales infractores de las normas. En otros términos, parece que quien se ve amenazado con una sanción, reflexiona algo más antes de cometer o no la conducta con ella conminada.

Entonces, si el fin de la pena es intimidar a los eventuales infractores, la pena sería legítima sólo en la medida que lograra intimidarlos. Esto quiere decir que tanto la incriminación como la punición que en definitiva se verifique, penderá de las necesidades intimidantes de la sociedad, y, a mayores necesidades intimidantes, sanciones penales más gravosas.

Al cometerse un delito –creado por la ley-, no se vulnera la ley, sino que lo que se quebranta es la norma, que crea lo antijurídico; al ser la norma prohibitiva e imperativa, nacen la acción y omisión que el Derecho penal castiga (Jiménez de Asúa, 1999).

Otro factor que podría justificar la intervención del Estado mediante penas, es la convicción de la posibilidad de resocialización del infractor. En otros términos, si bien no hemos podido disuadirlo de infringir la norma, al menos, durante la aplicación de la pena, tal vez sea posible reformarlo en su intención delictiva de modo de reinsertarlo a la vida social. Siendo así, no sólo se debe formar al delincuente mientras se encuentra privado de libertad, sino además, debe poder asegurar las condiciones que le permitan mantenerse en el camino conforme a Derecho. En otros términos una opción como ésta exige, de entrada, una fenomenal reforma en el sistema de penas.

Jiménez de Asúa (1999) comenta el derecho del Estado a castigar en los delitos de cualquier índole, diferenciando entre norma *latu sensu* y *strictu sensu*. Comprende la primera el enunciado de un derecho –tutela el bien jurídico- y la segunda conlleva una

prohibición –de lesionar el bien jurídico-; en la segunda deposita la esencia del Derecho Penal y le asigna el contenido valorativo que la anima.

Este autor dice que la norma penal es exclusiva y sólo el Derecho Penal debe imponer una sanción. Al ser obligatoria, la autoridad debe aplicarla una vez comprobada la culpabilidad. Y al ser ineludible su aplicación es inevitable.

Para Carrara (1999, p. 125):

La razón para castigar el delito reside toda en las dos condiciones que lo constituyen: ser un hecho lesivo de la seguridad, y provenir de un acto voluntario del hombre. Como el concurso de la segunda condición hace surgir de la primera, además del daño inmediato el daño mediato o reflejo, el castigo de este hecho es exigido para restablecer en los ciudadanos la opinión de la propia seguridad.

En definitiva, se conmina y castiga con el objeto de que los partícipes de la vida social puedan desarrollarse en términos normales. Se conmina y castiga para que las personas puedan confiar en que, hasta donde es posible, no serán desamparados en su libertad y normal desarrollo psicosexual, y que pueden contar con ello al conducirse en la vida social.

1.4 El bien jurídico protegido

En el ámbito del Derecho, aun cuando se estén regulando realidades previas al Derecho, es posible que la definición jurídica de una institución difiera de lo que natural o socialmente se entienda por ella. En otros términos, incluso cuando no se trata de figuras de creación doctrinal o legal, sino de realidades preexistentes, es preciso atender a lo que el Derecho entiende por ellas, hasta dónde las regula y hasta dónde las protege.

Si el Derecho penal consiste en la regulación del poder punitivo del Estado, es decir, de la máxima reacción estatal frente a determinadas conductas, no es posible dejar nada al azar. La sujeción estricta al principio de legalidad opera como un límite infranqueable, pues es un medio de protección para los propios integrantes del cuerpo social.

Según este principio, nadie puede ser condenado por haber realizado una conducta, si ella no se encontraba determinada previamente por una ley y asociado, también por ley, a

una pena. Esto significa que ninguna sanción penal puede imponerse si no está completamente determinada por ley la conducta sancionada y la pena a imponer. No cabe en el Derecho penal el concepto intuitivo de libertad sexual sino que hay que estar a las precisas situaciones protegidas por la ley penal y a las específicas personas que se entienden partícipes en dichos actos.

Ergo, es preciso atender siempre a la definición legal de libertad y normal desarrollo psicosexual que, sino expresamente, al menos tácitamente puede desprenderse de la regulación legal. En el ámbito penal, es necesario recurrir a las disposiciones constitucionales, así como a la regulación que el legislador penal le ha otorgado. Luego, para determinar el alcance del concepto, es preciso enlazar todas las tipificaciones legales que se han hecho de ello. Sólo de ahí puede desprenderse qué es lo protegido por el Derecho penal, en otras palabras, qué es lo que el Derecho penal entiende por el bien protegido.

En definitiva, para el Derecho penal, no existe otro concepto de libertad sexual que el positivo, es decir, que aquel expresamente consagrado en la ley. Así, las garantías que rodean la aplicación del Derecho penal obligan a que sólo se castiguen aquellas conductas expresamente tipificadas.

En los delitos que se tipifican *contra la libertad sexual*, se considera que el bien jurídico tutelado es, por ende, esa misma libertad sexual.

Norberto Bobbio (1960), distingue entre libertad de querer o de voluntad (libertad positiva), y libertad de obrar (libertad negativa). La libertad de querer o voluntad, es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. La libertad de obrar, supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión.

La libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas.

Entonces, el bien jurídico protegido en los delitos sexuales es la libertad sexual, concebida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo, por medio de su voluntad, de disponer de su propia sexualidad, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar los actos que se produzcan en la esfera de su sexualidad. Cuando se encuentran ausentes del sujeto el intelecto y la voluntad, falta también capacidad para ejercer libre y espontáneamente los sentimientos individuales del sexo; razón por la cual se tutela esa misma libertad sexual.

En los delitos que se tipifican contra el *normal desarrollo psicosexual o la inexperiencia sexual*, el bien jurídico protegido estaría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales, que proceden de la doctrina italiana y reconocida por la doctrina española a finales de los años setenta.

La indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales. Se relaciona con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal del ámbito sexual de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el caso de los menores y los incapacitados. Por tanto el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no puede defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

García Cantizano (2000) manifiesta que hay comportamientos dentro de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida que la víctima carece de esa libertad. Se busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual, o sea la seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas.

Muñoz Conde (1999), habla de protección de menores e incapacidad orientada a evitar ciertas influencias que, inciden de manera negativa en el desarrollo futuro de su personalidad, hasta que los menores sean adultos y puedan decidir su libertad sexual; y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusan de su situación.

Así, la indemnidad sexual, se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como es el caso de los menores; asimismo de quienes por anomalías psíquicas, carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia de lo que significa una relación sexual.

Luego, la indemnidad o intangibilidad sexual, es la protección del libre y normal desarrollo sexual del menor ante toda agresión, que puedan ser perjudiciales para su normal desarrollo sexual; en otras palabras, de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el caso de los menores y los incapacitados, por tanto el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no puede defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

La indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales.

Tan así es, que la mayoría de las legislaciones latinas han ido incorporando, modificando o reformando este tipo de delitos sexuales. Por citar algunos, y en orden alfabético (Tamayo, 2002), Argentina en 1999 modificó el título de delitos contra la honestidad por delitos contra la integridad sexual; en ese mismo año, Bolivia crea la ley de protección a víctimas de delitos contra la libertad sexual; en 2001, el asedio sexual pasa a ser un delito tipificado en el Código Penal brasileño, y en 2005 se derogan también artículos que eximían de responsabilidad penal por matrimonio de la víctima con el violador; en Colombia, en 1997 se derogan también artículos que eximían de responsabilidad penal por matrimonio de la víctima con el violador y en 2006 aparece la ley sobre medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo; se modifica, adiciona y sanciona delitos de violación, estupro, abusos sexuales, relaciones sexuales remuneradas con menores de edad, proxenetismo, trata de personas, producción y difusión de pornografía, en 1999 en Costa Rica; en 2005, el Código chileno establece que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella la conducta de acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades de empleo; en Ecuador, en 1997 por resolución del Tribunal Constitucional se declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 516 del Código Penal que sancionaba la homosexualidad y suspendió sus efectos; en El Salvador, se da, en 1998, la definición del delito de violación sexual y tratamiento a delitos de violencia sexual; en 1997, Guatemala, mediante Decreto, incluye entre los delitos de acción pública “dependientes de instancia de

parte”, se incluye el estupro, el incesto, los abusos deshonestos y la violación de mayores de 18 años; Panamá, en 2004, define y establece sanciones para los delitos de trata sexual y turismo sexual; en 1997, Puerto Rico crea el Registro de Personas Convictas por Delitos Sexuales Violentos y Abuso contra Menores; Uruguay, en 2006 deroga el artículo 116 que establecía la extinción del delito o de la pena por el matrimonio del ofensor con la ofendida, en los delitos de violación, atentado violento al pudor, estupro y rapto (Tamayo, 2000).

Se advierte que desde hace aproximadamente 15 o 20 años, la práctica total de las legislaciones está sometiendo los delitos de naturaleza sexual a una constante reforma acompasada a la evolución de los tiempos.

Es un cambio que, los delitos sexuales considerados contra el honor, lo sean ahora contra la libertad sexual, ya que, de la otra manera, suponía entender que el bien jurídico protegido en estos casos no era la libertad sexual de la víctima, sino su derecho al honor. Y si se añade que se les consideraba como delitos de carácter privado, el delincuente quedaba impune, puesto que la persona “deshonrada” no denunciaba el hecho tratando de evitar su conocimiento público y, por ende, su victimización secundaria.

Ergo, la libertad sexual debe ser protegida por el Estado como un bien primordial frente a cualquier posible intrusión no consentida de otro, por cuanto los ataques se dirigen contra la esfera más íntima de la persona, condicionando el desarrollo normal de su sexualidad y, por tanto, de su personalidad y actitud vital.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS SEXUALES

Principiis obsta sero medicina paratur

Ovidio

Para las víctimas, no hay un dolor de menos grado, o una clase de abuso sexual que sea más fácil de soportar. Sea que la víctima haya sido atacada por un extraño o un miembro de su familia, o que haya sido asaltada violentamente o se le haya obligado por medio de amenazas o suplicas, se defina legalmente como violación, asalto sexual, sodomía, acto libidinoso u otros, la víctima sufre el dolor de haber sido violada su libertad sexual.

La palabra “víctima” proviene del latín *vincire*, y con ello se designaba a la persona o animal destinado al sacrificio, o que sería sacrificado. Utilizando un concepto genérico, se puede decir que víctima, el sujeto pasivo de un delito, es aquella persona que sufre el daño. Aun cuando pueda parecer un concepto obvio, no debe olvidarse que la antigua Ley del Talión situaba a la víctima no sólo como quien sufría el daño sino también quien a su vez se vengaba de su agresor.

Rodríguez Manzanares (1989, p. 57) define a la víctima como “el sujeto que padece un daño por culpa propia, ajena o por causa fortuita.” Sin embargo, en el caso específico de los delitos sexuales, la víctima sufriría daño por causas ajenas, y nunca fortuitas.

Hilda Marchiori (1990, p. 67)) afirma que “víctima es la persona que padece la violencia a través del comportamiento del individuo-delincuente que transgrede las leyes de su sociedad y cultura.” Así, la autora, indica que la víctima será sujeto de violencia por una persona que infringe la ley al cometer el hecho.

Por su parte, Elías Newman (1989, p. 25) comenta que víctima “es todo ser humano que padece de un daño en los bienes jurídicamente protegidos, como la vida, la integridad física, la salud, la propiedad, el honor y la honestidad.” Como se observa, el autor habla de un bien tutelado por la ley, introduciéndose en su definición, en el mundo del Derecho.

Desde el punto de vista jurídico, una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos ha sido violado por actos deliberados y maliciosos. Por tanto, la víctima sería la persona sobre quien recae la acción criminal, ya sea en sí misma, en sus derechos o en sus bienes, además de las consecuencias nocivas de esa acción.

En su preocupación por definir el concepto de *víctima* la Organización de las Naciones Unidas (1985, pfo. 223) planteó que, puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona o en sus derechos fundamentales como resultado de una conducta. De este documento sólo tomaremos como referencia las partes que competen a la codificación penal. Siendo así, sería el resultado de una conducta que

constituye una violación a la legislación penal nacional. La tipificación como *víctimas*, en este caso, debía basarse únicamente en las leyes penales nacionales imperantes. El grupo que compete a este estudio es el de las víctimas de los delitos (artículo 1º) que indica

“Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento físico-emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.”

A partir del enunciado de la ONU, diversos autores han tratado de clasificar a las víctimas, de acuerdo a su postura. Sin embargo, estas clasificaciones deberían complementarse para lograr una común y más amplia. Entre la categoría de clases generales se especifica:

1. El menor, que por su debilidad, dependencia, falta de experiencia, es el más propenso a sufrir un ataque.
2. La mujer, que por su debilidad física en relación al varón, puede ser fácilmente victimizada.
3. El anciano, que por su incapacidad física o mental originada por la vejez, puede ser una víctima.
4. Los débiles o enfermos mentales, que pueden ser víctimas potenciales por sus mismos problemas.

Así como existen sujetos con una cierta inclinación para cometer delitos, también los hay que poseen una aptitud para convertirse en víctimas; sobre tal descubrimiento se ha construido el postulado victimológico de la “víctima latente”. No todas las personas tienen las mismas posibilidades para ser víctimas, sino que existe una denominada “predisposición victimal”. Este tipo de personalidades, a menudo, hacen decidirse al sujeto a cometer el delito.

Varios son los factores personales o sociales que contribuyen a configurar la predisposición para ser víctima de un atentado: respecto al factor temporal, las

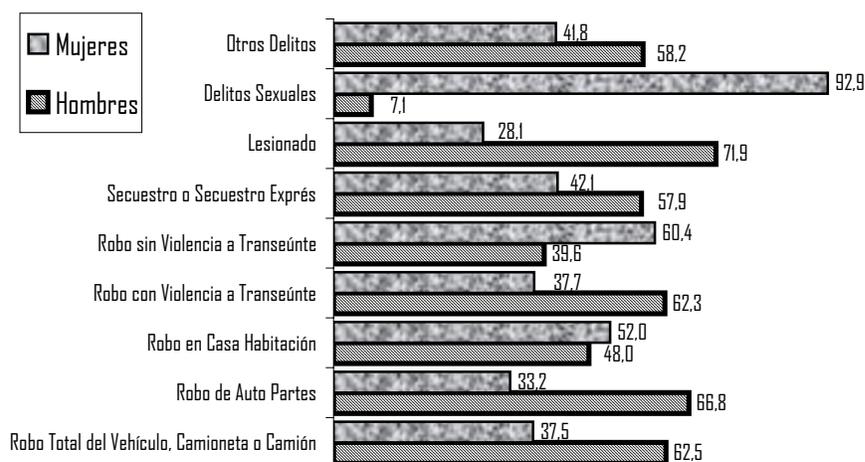
predisposiciones victimales han sido catalogadas como permanentes -cuando sus efectos perduran toda la vida-, temporales y ocasionales o pasajeras. Se ha hablado también de predisposiciones “conscientes” e “inconscientes”. Los factores más conocidos son los relativos al sexo y la edad. Es por ello que los códigos penales contienen tipos calificados cuya función es otorgar una mayor tutela al sexo femenino, a la temprana edad y a los ancianos. Lo mismo ocurre con individuos que debido a enfermedades psicológicas, se encuentran en una situación de desventaja ante los demás. El ordenamiento tutela esa categoría de sujetos expuestos a los riesgos de la vida social.

Un mito muy común y devastador acerca de los delitos sexuales, es que la víctima, de alguna manera, es responsable por el crimen. A esto se le llama “victimización secundaria”.

Aquellos que culpan a las víctimas no tienen en cuenta que la mayoría de éstas son asaltadas por alguien a quien conocen y que creían digno de confianza; que el 40 % de las violaciones, por ejemplo, ocurren en los hogares de las víctimas, donde se creían seguras; y que las víctimas a menudo son infantes, ancianas u hombres; y que al crimen es planeado con detalle y la víctima no tiene el control para cambiar tal plan.

La mayoría de los agresores sexuales son varones, independientemente de que la víctima sea dama o varón. Las víctimas pueden ser hombres o mujeres de diversas edades, clases sociales, aspectos físicos o inclinación sexual.

Figura 1.- Distribuciones porcentuales de las personas víctimas de delito en 2005 por tipo de delito según sexo



Fuente: INEGI-ICESI. Encuesta Nacional sobre inseguridad 2005

Una agresión sexual no solo ocasiona daños físicos, sino también daños psicológicos que acompañan a la víctima el resto de su vida, con consecuencias graves; entre ellas, la persona llega hasta intentos de suicidio; tienen dificultad para empezar nuevas relaciones de pareja porque es muy difícil confiar en otros; problemas de autoestima porque la víctima se siente inferior a los demás; una serie de trastornos sexuales que pueden llegar a afectar posteriormente su relación de pareja; por no mencionar el alto riesgo de embarazo en las mujeres, o de contraer una ITS y SIDA en los casos de violación sexual.

Para la codificación penal, el sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico que el legislador protege y sobre la cual recae la actividad típica del sujeto activo. Así, sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Se le llama también víctima u ofendido. Estrictamente el ofendido es quien de manera indirecta reciente el delito. En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en que circunstancias. En un sentido amplio, en el caso de los delitos sexuales, atendiendo el especial bien jurídico que esta normativa introduce a nuestro ordenamiento, creemos que su interés trasciende al conglomerado social, perjudicados al mismo tiempo en su normal funcionamiento por la acción delictiva.

La violencia sexual además de un delito, es un problema grave de salud pública cuya magnitud en nuestro país, al igual que en el resto del mundo, no es bien conocida. Los datos disponibles corresponden en su mayoría a registros policiales, judiciales o los casos atendidos en establecimientos sanitarios y constituyen apenas la punta del iceberg de un problema que con frecuencia no es denunciado por temor, vergüenza, falta de confianza de las víctimas y la existencia de múltiples falencias de las dependencias estatales responsables de la atención directa a la persona agredida y de la identificación y sanción del agresor.

Según la Organización Mundial de la Salud (2002), cada año se producen 12 millones de crímenes sexuales en el mundo y, cada hora 1,300 mujeres son violadas. El 90% de los casos no son denunciados. La OMS informa que, aproximadamente el 20% de mujeres y entre un cinco y un 10% de los hombres afirma haber sido víctima de abusos sexuales en su infancia.

Entre los derechos violados en la violencia sexual, se encuentran: Derechos a la vida, libertad, integridad física, y a estar libre de tortura y tratos crueles y degradantes; Derecho a la salud; Derecho a la igualdad, no discriminación y acceso a la justicia; Derecho a vivir una vida libre de violencia de género y de explotación sexual.

2.1 La mujer como víctima

La mujer, como todo individuo, como persona, puede sufrir cualquier tipo de agresión y ser víctima de un delito en igual medida que el hombre. Pero ella es especialmente víctima de una serie de delitos por su condición de mujer, delitos que se manifiestan en el ámbito familiar, social y laboral, y que hacen necesaria una especial protección por el Derecho penal.

En este sentido, el Derecho penal ha sido tradicionalmente criticado por movimientos feministas y de protección a la mujer, críticas que se centran en tres aspectos: a) La deficiente regulación de los delitos que tienen a la mujer como víctima; b) la insuficiencia de tipos penales que protejan a la mujer; c) la irregular aplicación (o inaplicación) en los Tribunales de determinados delitos contra las mujeres. Sin embargo, no siempre es posible conseguir una mayor protección con la creación o ampliación de las figuras penales o con el aumento de las penas, y ello podría redundar también en contra de la pretendida igualdad de tratamiento entre hombre y mujer, a la que, desde diversos sectores de la sociedad se aspira. En realidad, la alianza de la mujer con el Derecho penal es especialmente compleja y debe ser analizada con cuidado.

Los delitos en los que la mujer aparece como la víctima o sujeto pasivo por antonomasia, están constituidos por los delitos contra la libertad sexual y los delitos de malos tratos en el ámbito familiar. Comentaremos de modo muy sucinto los delitos contra la libertad sexual, deteniendo nuestra atención en los aspectos que afectan particularmente a la mujer.

Un informe publicado por el Foro de Población de la ONU (2007) anota que una de cada tres mujeres en el mundo sufre malos tratos o abusos sexuales, además que muchas mujeres han sido asesinadas con abuso sexual previo. En estos casos, un 74% correspondió a víctimas femeninas, correspondiendo a los delitos de violación y abusos deshonestos.

Estos datos son corroborados en la investigación de Lomelí y García (2000) de la incidencia de delitos sexuales, en el 75.8% de los casos, las víctimas fueron mujeres.

Así, el problema de la violencia sexual en México tiene profundas raíces culturales, toda vez que las acciones y actitudes violentas han sido valoradas positivamente por los líderes políticos y populares, en los mitos y en la literatura. Su extensión y las profundas repercusiones que tiene a nivel social han llegado a la opinión pública y durante los últimos años ha sido debatida como problema y considerada en los planes y programas de gobierno.

Las alarmantes cifras y la permanente preocupación y denuncia del fenómeno por parte de organizaciones de mujeres han llevado a que se legisle al respecto y que se adopten medidas concretas, surgiendo la colaboración entre organismos de gobierno y no gubernamentales para enfrentar sus consecuencias y para prevenirlo. En 1979 un grupo de mujeres creó el Centro de Apoyo a Mujeres Violadas (CAMVAC). Posteriormente, en 1984, nació el Colectivo de Lucha contra la Violencia hacia las Mujeres (COVAC) y en 1989 se creó la Red Nacional contra la Violencia hacia las Mujeres, integrada por numerosos grupos que brindan apoyo a mujeres maltratadas o violadas. Estas instancias han sido fundamentales en los logros obtenidos a nivel institucional y legal.

A contar de 1989 la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y de otros Estados han creado Agencias Especializadas en Delitos Sexuales (AEDS), con el fin de recibir las denuncias por estos delitos, orientar a las víctimas y derivarlas -a ella y a sus familiares- a organismos especializados para el apoyo terapéutico y legal. En 1994 había 16 de estas agencias en el país. Al mismo tiempo, también en el Distrito Federal, desde 1989, la Procuraduría de Justicia cuenta con un Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales que capacita además a funcionarios de las Procuradurías de los Estados en su trabajo en las AEDS. Desde 1990 tiene un Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), que da orientación psicoterapéutica a víctimas y victimarios.

Todas estas medidas representan avances significativos, pero resultan insuficientes frente a la magnitud del problema, su arraigo cultural y la lentitud de los procesos. Aumentan las denuncias de delitos, pero no así las sentencias. Sobre una muestra de 2.810 delitos sexuales denunciados en el Distrito Federal, el 99.2% de las víctimas fueron mujeres. La mayoría de los casos correspondió a violación y en menor proporción a abuso sexual o tentativa de violación.

Tabla No. 1.- Delitos sexuales denunciados: violación

Año Mes	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Enero	109	84	96	101	90	78	94
Febrero	112	98	113	94	106	84	75
Marzo	133	93	102	127	119	80	93
Abril	117	85	128	113	90	100	86
Mayo	146	93	129	131	110	106	114
Junio	132	92	93	136	101	109	82
Julio	153	130	109	101	114	99	64
Agosto	95	126	101	102	80	101	119
Septiembre	127	104	103	107	109	81	94
Octubre	140	108	129	114	97	113	<i>Sin Datos</i>
Noviembre	132	104	106	105	109	104	
Diciembre	115	85	89	85	84	102	

Fuente: Seguridad Pública en México, Estadísticas y Análisis, PGIDF

En el Estado de México la Unidad de Atención a Víctimas del Delito, de la PGJE, inicialmente se encontraban en Tlanepantla de Baz, Toluca, Tultitlán y Valle de Chalco, extendiéndose a la fecha a 36 unidades, ubicadas en distintas zonas del Estado, donde se da atención jurídica y psicológica, atención terapéutica continua y en crisis a las víctimas, o su canalización a otras áreas o instituciones. El problema que se nota es que existe un horario limitado de “atención al público”, como si la víctima estableciese un horario para ser agredida.

En el año 2007, las denuncias por violación⁶ en el Estado de México fueron 2856, todas perpetradas en mujeres, de acuerdo a los datos registrados por la Procuraduría General de Justicia. Sin embargo, en las Unidades de Atención a Víctimas se registran 23,147 sesiones⁷.

La práctica criminalística diaria, y las estadísticas tanto judiciales, policiales, hospitalarias, y también las necrológicas, han enseñado que existen determinados delitos en los que el sujeto pasivo, la víctima, es esencial y especialmente la mujer⁸, en lo que se viene denominando “violencia de género”, con sus respectivos resultados de lesiones en cualquier grado, insultos, amenazas, vejaciones injustas, o en el peor de los casos, la muerte.

⁶ Vid. <http://www.edomex.gob.mx/pgjem/estadisticas/2007/denuncias-recibidas>

⁷ Vid. <http://www.edomex.gob.mx/pgjem/estadisticas/2007/atencion-victimas>

⁸ Vid. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, de las Naciones Unidas, Artículos 1 y 2.

Aun cuando un sector doctrinal señala que no se puede hablar de “víctima” en singular, sino de “víctimas” en plural, puesto que todo hecho criminal genera una constelación de víctimas, directas e indirectas, hemos de tratar aquí a la “víctima” directa y específica de este tipo de delitos, aun cuando ese hecho genere más víctimas.

La expresión “género” viene siendo utilizada para hacer referencia a las diferencias de tipo psicológico, social y cultural entre hombres y mujeres distinguiéndose de “sexo” que es utilizada para hacer referencia a las de tipo biológico. No obstante, a pesar de esta generalización de la expresión “violencia de género” para hacer referencia a la violencia hacia la mujer, el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional indica que “género se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término género no tendrá más atención que la que antecede”.

Algunos autores consideran que el origen de la violencia hacia la mujer tiene una raíz ideológica. La mujer es víctima de forma específica como consecuencia del rol social que desempeña, que todo acto de violencia constituye de hecho una forma coercitiva de ejercer el poder. La violencia contra la mujer, siendo así, sería una forma de asegurar su subordinación al hombre, conformando el abuso físico y sexual contra mujeres la violación de derechos humanos más generalizada pero menos reconocida en el mundo. Las causas de las agresiones contra las mujeres presentan fundamentalmente -y a veces de forma encubierta-, un factor común, como es el mantener la autoridad masculina, y derivado de ello, la subordinación femenina. La violación, el abuso sexual, el maltrato, cualquier otra forma de agresión continuada en el tiempo, se puede encuadrar dentro del miedo del hombre a perder su autoridad; en definitiva, a controlar la relación y todos sus aspectos, tal y como él se proponga.

Las modificaciones a la legislación penal mexicana y sus posteriores reformas, han hecho que en delitos eminentemente de género, como son los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, la víctima adquiera un papel, si no protagonista, al menos predominante y primordial. Pero para que se ponga en funcionamiento el entramado procesal se precisa la denuncia de la persona agraviada⁹, su manifestación formal del deseo de la persecución de su agresión, cuya titularidad sólo corresponde a esa víctima o a sus

⁹ Señalado en los Artículos 269, 263, 265 del CPF y en el artículo 272 del CPM, ampliado el requisito de denuncia a los representantes legales de la persona agraviada si la víctima es menor de edad.

representantes legales, al formar parte de lo que se viene denominando delitos semipúblicos¹⁰ o semiprivados.¹¹ Una vez cumplido este requisito todo comienza a girar solo, incluso si mediase el perdón de la víctima, toda vez que, por ejemplo, en el caso del delito de violación, considerado grave, la legislación penal señala que su formulación no extingue ni la acción ni la responsabilidad penal.

Nunca una violación es motivada por la víctima. Pero en estos casos y casi todos los tipos de agresiones sexuales hacia las mujeres, ha habido una clara tendencia a culpabilizar a la víctima. Curiosamente, han de explicar el *porqué* han sido objeto de un hecho delictivo, dar explicaciones acerca de su vida, incluso, a veces, tener que contar intimidades que nada tienen que ver con el juicio por el delito del que han sido víctimas, y que en innumerables ocasiones rayaría la vulneración del derecho fundamental al honor y a la intimidad personal, Derecho Humano, por cierto.¹² Esta situación es lo que la doctrina ha venido denominando “victimización secundaria”. En el momento en que la víctima presta sus declaraciones ante el Ministerio Público, luego en el área de psicología, después ante la policía ministerial y en el propio Juicio, se le hace revivir nuevamente todos los sufrimientos humillaciones y vejaciones; sin contar las veces que se ha llegado a minimizar los hechos. Lejos de proteger a la víctima, se le cuestiona y se la expone a nuevos sufrimientos.

Nadie culpabiliza a un menor varón que haya sido objeto de malos tratos o de una agresión sexual, rechazándose social y legalmente tal actuación de una forma férrea, ofreciendo en este caso a la víctima una mayor protección, incluso aunque hubiesen prestado su consentimiento, con el fundamento de no haber desarrollado totalmente su potencial de raciocinio. La situación cambia si se trata de una mujer, incluso si se trata de una niña mayor de 12 años. Si ese asalto se hiciese a una mujer, a la que se agrede sexualmente en cualquiera de sus manifestaciones, las preguntas que alguna ocasión se han

¹⁰ En los delitos semipúblicos, como el de violación, la denuncia como requisito de procedimiento, se refiere a la investigación y apertura de una causa penal, pero ni la víctima es titular de la acción, por lo que no puede sino denunciar o no, pero una vez realizada la denuncia, no puede disponer del procedimiento.

¹¹ En la Resolución sobre Agresiones a la Mujer del Parlamento Europeo, publicada en el D.O.C.E. de 14 de junio de 1986 en su párrafo once, se defendía la idea de que las agresiones sexuales a mujeres debían ser perseguidas públicamente y de oficio. En el mismo sentido el dictamen emitido al respecto, hecho en nombre de la Comisión de Derechos de la Mujer sobre las Agresiones Sexuales contra la Mujer, cuya ponente fue H. D’Ancona, se abogó porque todas las agresiones sexuales fueran consideradas como un delito público.

¹² *Vid.* Artículo 12 de la Declaración Universal.

hecho o incluso continúan haciéndose, no sólo en las averiguaciones previas y a lo largo de un Juicio, sino también en la propia sociedad: “¿qué hace una mujer sola en la calle a esas horas de la noche?, ¿seguro que llevaba una minifalda!, ¿por supuesto vendría borracha!, ¿vete a saber sino habría provocado previamente al agresor!, ¿seguro que hasta le gustó!, ¿no sé por qué se queja, si con lo fea que era tenía que hasta dar las gracias al violador!. ¿si realmente esta chica se lo estaba buscando!”. Y muchas otras preguntas, afirmaciones y conjeturas, que en un estudio sobre las víctimas podrían escandalizar, pero que de alguna manera, todos, en alguna ocasión hemos formulado, y que desgraciadamente han situado a la víctima en el mismo plano que al acusado, como culpable de lo ocurrido, incluso mucho peor, y lejos de tener el apoyo social deseado y necesario, se ven a veces rechazadas y estigmatizadas. ¿Dónde quedaría, entonces, su presunción de inocencia?

Aun cuando la legislación penal ha cambiado con respecto a las anteriores en relación a la mujer, parece que todavía flota en el aire la idea que la colocaba como la depositaria del honor y de la honra familiar, responsable de la moralidad social, o en su caso de su inmoralidad, por lo que en todo momento debía ser y, lo que es más complicado todavía, parecer recatada y decente. Y a veces, se viene olvidando que los delitos de violación, agresiones sexuales, acoso y otros, ya no son *delitos contra la honestidad*, como rezaban en los anteriores Códigos penales,¹³ concepto muy subjetivo y claramente cambiante, según el momento histórico de que se trate, y según diferentes y diversos factores extrajurídicos; sino que son *delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual*,¹⁴ puesto que ya no se trata de proteger la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos.

Siendo así, es indiferente que la víctima-mujer sea virgen o no; que el hecho de que sea una prostituta no excusa del delito, ya que se entiende que ella es libre de decidir con quien tendrá las relaciones sexuales, y este es un derecho que no puede violentarse; y también se entiende que el esposo que usando violencia o intimidación tenga acceso carnal con su esposa, está en el delito.

¹³ En la codificación penal de 1871 se le llamaba “Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres”. Sin embargo, el actual CPM menciona como condición para el sujeto pasivo del estupro, a la mujer “casta y honesta”. En el CPF de 1931 se denominaron simplemente “Delitos sexuales”.

¹⁴ En el actual ordenamiento del CPF, Título XV, diferenciándose del CPM que en su subtítulo IV los llama “Delitos contra la libertad sexual”. Cfr. Códigos.

En principio, la causa fundamental de un asalto sexual es obtener control sobre la otra persona, y más concretamente, ciñéndonos al objeto de esta parte del tema, el control sobre la mujer, y no deseo sexual; es una cuestión de poder, como tipo de violencia de género que es, de buscar el sometimiento, la rendición de la víctima. La violación es la necesidad frustrada de mostrar dominio. Lo que busca el violador no es tanto la satisfacción sexual como la sumisión total de su víctima, su humillación y su degradación. Solo cuando estas son extremas el violador pueda experimentar un nivel social eufórico. Y precisamente esa sensación de dominio es lo que excita al violador, lo que implica que cuanto la víctima opone más resistencia, mayor estimulación para el agresor. Esta es una de las razones por las que se recomienda a las mujeres que si algún día, se encuentran con un individuo que las pretenda violar, no opongan resistencia. Principalmente por dos razones: la primera, ya señalada, menos resistencia, menos excitación del violador, y la segunda, conforma una manera de salvaguardarse físicamente ante la agresión de esta naturaleza, con la que estos delincuentes suelen “premiar” a la víctima -generalmente agresiones que no sólo acarrear lesiones, sino que en innumerables ocasiones han desembocado en la muerte de la mujer-. Esa falta de resistencia ha servido como pretexto para atenuar la pena del acusado, o incluso llevar a su absolución; y desde luego la tesis para culpabilizar socialmente a la víctima por su violación. Ciertamente, la violación real, por contraposición a la presunta, exige no sólo el empleo de la *vis physica* o de la *vis moralis*, sino también una resistencia seria y mantenida por parte de la víctima durante el curso de la acción violenta. Aunque la jurisprudencia, aclara que no es necesario que dicha fuerza sea irresistible o que alcance una gravedad inusitada para poder establecer la relación causal entre aquella y el yacimiento, sino que basta que sea la necesaria y eficaz para conseguir el fin propuesto.

En cierta medida, mayor grado de culpabilidad se tiene a dar a las víctimas de delitos contra su libertad e indemnidad sexuales cuando la agresión se produce por un conocido. En estos supuestos todavía se disparan más las preguntas acerca de la conducta de la víctima poniéndose, si cabe, más en duda su palabra, y no la del agresor.

Las preguntas varían, y el grado de culpabilidad atribuido a la mujer tiene otro matiz, cuando se trata de las violaciones y agresiones sexuales a esposas o compañeras. “¿Qué habrá hecho la mujer para que el marido haya tenido que hacer esto? O ¿qué no

habrá hecho?, ¡claro, si no les dan lo que necesitan es normal que los maridos se vayan a buscar fuera lo que no tienen en casa!”.

Hace apenas unas décadas no sólo impensable, sino inmoral y contrario al Derecho Natural, hubiera sido el hecho de que una mujer denunciase a su esposo por cualquier agresión contra su libertad sexual. No hay que olvidar que la esposa tenía un débito conyugal hacia el marido, que ostentaba un *ius in corpus*. Sustentándose en el deber de fidelidad entendido en sentido positivo, esto es, la disponibilidad sexual de los cónyuges, y amparándose en ese deber de obediencia, podía el esposo tener relaciones sexuales con su mujer, aun cuando esta expresase su oposición y en contra de su voluntad, sin que el momento alguno pudiera considerarse ni violación ni cualquier otro tipo de agresión sexual.

Afortunadamente tanto la Jurisprudencia como la Doctrina¹⁵ han desterrado la idea de la inexistencia de violación en el matrimonio, y por extensión, en las relaciones *more uxorio*. La libertad sexual es derecho personalísimo, innato y propio de cada uno, que no se pierde por el hecho de casarse, o compartir la vida con alguien. El matrimonio no conlleva ningún contrato que otorgue derecho de propiedad alguno sobre la esposa, ni un derecho de pernada. La esposa no tiene un débito conyugal alguno hacia el marido, y esto no ostenta un *ius in corpus*. Sin olvidar el derecho fundamental de igualdad, -artículo cuarto constitucional- y la regulación en el artículo 164 del Código Civil Federal, no existiendo ningún deber de obediencia, ni sumisión, ni derecho alguno que prevalezca sobre el del otro, ni por supuesto conlleva la eliminación de los derechos fundamentales de la esposa. Por tanto, el matrimonio no anula la libertad sexual de la esposa.

La incorporación de la mujer al mundo laboral ha abierto el campo de actuación a los “presuntos delincuentes de género”. Si la violencia, entendida en su sentido más amplio, contra la mujer por parte del hombre –entendiéndose al hombre que ha cometido hechos

¹⁵ El tema del tratamiento penal de la violación entre cónyuges ha dado lugar a una intensa polémica. En la doctrina se mantiene básicamente tres tesis:

1º. Quienes estiman que la violación entre cónyuges no integra el tipo de violación, afirmando que el hecho se debe sancionar como amenazas o coacciones, tesis inspirada por lo establecido en algunos Códigos como el alemán, suizo o austriaco, que excluyen al propio cónyuge como sujeto pasivo en el delito de violación.

2º. Quienes estiman que aún siendo el hecho típico no sería -por lo general- antijurídico por la concurrencia de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (Art. 8.11 del Código penal español).

3º) La doctrina mayoritaria y más reciente, que considera que el acceso carnal forzado o mediante intimidación entre cónyuges integra el tipo de violación y es antijurídico, por lo que debe ser sancionado como delito de violación. Contemplado en el Art. 265 bis del CPF.

ilícitos y no al “hombre” en su vertiente de sexo en general-, obedece a su miedo a perder el dominio, y si la causa fundamental del asalto sexual a una mujer, es obtener su control, conformando una cuestión de poder, qué mejor manera de hacerlo que en el seno de una relación laboral, en principio equitativa, entre compañeros, en la que la mujer puede escapar a de ese control y convertirse en la jefa. Una forma de evitarlo y conseguir una relegación es atacando su dignidad y su libertad sexual. Pero todavía esta idea de control y poder se vuelve más férrea si el acoso procede de un superior jerárquico: debe dejar claro y sin ningún tipo de dudas quién manda y señalar adecuadamente su territorio. Los halagos, los piropos, los chistes con connotaciones sexuales, toques y rozamientos “impúdicos”, el flirteo, las peticiones -implícitas o explícitas- de intercambio sexual, cuando no son deseados por la persona hacia la que van dirigidos no deben ser considerados como algo normal ni es ninguna fruslería. En su conjunto, y dependiendo de su gravedad y constancia pueden, a parte de hacer mucho daño psicológico a la víctima, conformar el tipo penal de acoso sexual y actos libidinosos en ciertos casos, y ser punibles. De esta forma, la realización de actos que puedan conformar estos tipos penales, afectan de una forma completamente directa los derechos fundamentales de la víctima que los sufre, como es el derecho a la intimidad personal, y sobre todo a la dignidad de la persona, fundamento del orden político y de la paz social, ya que nadie puede verse envuelto en una relación sexual que no desea. La atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva. Lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

En el hostigamiento u acoso sexual, la víctima presenta un cuadro clínico claro de alteración emocional, presidido por el miedo, el sentimiento de indefensión y humillación, que se suele formar a través de amenazas repetidas a lo largo de un periodo de tiempo, solicitudes constantes de intercambio sexual, de vejaciones y humillaciones en público, de tocamientos no queridos¹⁶. Situación que se reitera a lo largo de la investigación, toda vez que se debe demostrar la culpabilidad del probable agresor, con la dificultad de prueba que

¹⁶ Repetimos que el acoso sexual es una conducta que se repite en el tiempo. Empieza como un galanteo, de una forma sutil, llegando a repetirse hasta causar molestias.

este tipo de delitos conlleva, ya que difícilmente existen testigos, por ser un hecho oculto; así, la única prueba que suele encontrarse es la declaración de la propia víctima.

La ciudadanía, tanto masculina como femenina, sigue culpabilizando a la mujer que no cumple con su rol o papel tradicional de esposa y madre, y que ha decidido trabajar en un espacio fuera del ámbito familiar, de forma que justifica así su situación de víctima. En consecuencia, la sociedad sigue manteniendo una serie de mitos y mentiras con los que hay que acabar para evitar que puedan ampliarse a cualquiera de los hechos ilícitos que constituyen lo que venimos denominando *delitos de género*.

El maltrato no es un hecho aislado. Al creciente número de denuncias hay que sumar la cifra de muertes. Las organizaciones denuncian que cada semana una mujer es asesinada por su pareja. En 1993, el Banco Mundial, en su informe sobre el Desarrollo Mundial, estimó que las mujeres de entre 15 y 44 años de edad perdían más años saludables de vida debido a la violación o a la violencia doméstica que debido a las enfermedades, accidentes o a la guerra. Posteriormente el Fondo de Población de Naciones Unidas diagnosticó que una de cada tres mujeres padece algún tipo de maltrato o abuso, y de estas un cuarto lo sufre durante el embarazo; 130 millones de mujeres y niñas en diversos países han sufrido mutilaciones sexuales. Dos millones de niñas son introducidas cada año en el comercio sexual, y cuatro millones de mujeres y niñas son vendidas o compradas con uno de estos tres destinos: matrimonio, prostitución o esclavitud. En todos los rincones del planeta hay casos de mujeres aterrorizadas que callan las agresiones, que sufren en silencio, que no denuncian a sus agresores por miedo a las represalias de sus maridos, de sus familias o a la incomprensión de la sociedad.

Figura 2.- Delitos sexuales denunciados en el Distrito Federal (julio de 2007)

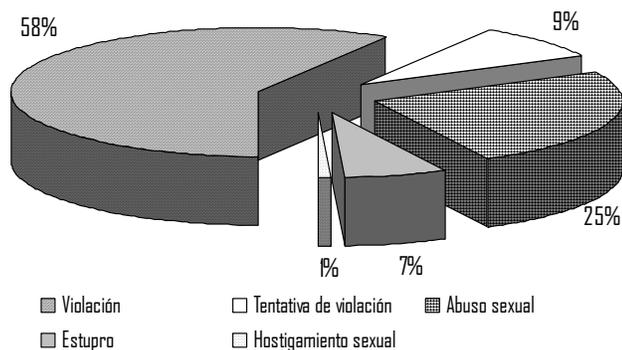
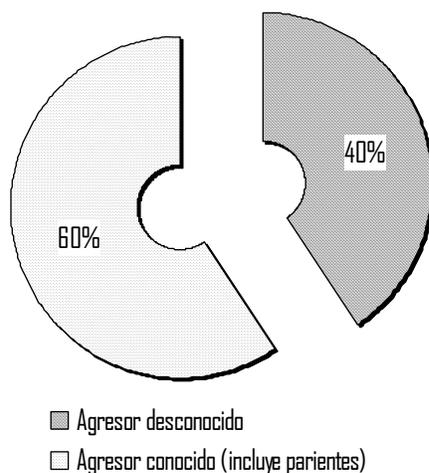


Figura 3.- Relación entre víctima y victimario en casos de violación



Fuente: Agencias Especializadas en Delitos Sexuales. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

En igual medida sucede con el resto de los “delitos de género”; la desmitificación de la virginidad como el bien máspreciado de la mujer, llevó a que se sancionase con dureza cualquier agresión sexual y se perdiera el miedo a su denuncia y posterior persecución policial y judicial. Una mujer que es agredida, violada o acosada no debe sentir vergüenza por ello, porque realmente ella no ha hecho nada. Debería sentir vergüenza el agresor, violador o acosador que es el que realmente ha hecho algo ilícito.

La mujer no provoca ninguna de las agresiones de las que haya podido ser víctima; no pide que la violen, ni pide que la acosen, no pide que la agredan física, psíquica o sexualmente, no pide que la maltraten y no pide que la maten¹⁷. Nunca está justificado el uso de la violencia. Así pues, una de las formas para luchar contra la violencia hacía la mujer es suprimir todo tipo de disculpa, pretexto o justificación.

Las consecuencias desgarradoras que deja en una mujer el ser víctima de un ataque sexual de cualquier tipo, hace que el trauma en ocasiones se haga insuperable.

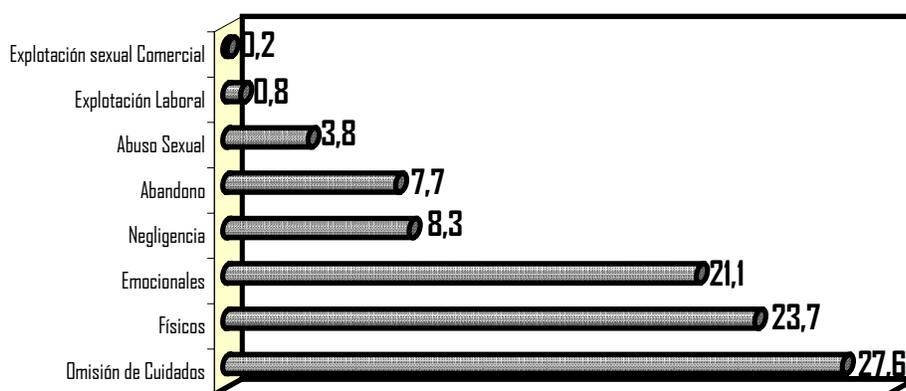
2.2 *El menor como víctima*

¹⁷ Más de 370 mujeres asesinadas, de las cuales al menos 137 presentan violencia sexual, reflejan una cruda realidad de la violencia que, según la información recibida por Amnistía Internacional, sufren las mujeres y las adolescentes en el Estado de Chihuahua desde 1993. A estas cifras hay que añadir alrededor de 70 jóvenes todavía desaparecidas, según las autoridades, y más de 400 según organizaciones no gubernamentales mexicanas.

Como ya se ha señalado anteriormente, el Derecho penal, como rama del ordenamiento jurídico, pretende proteger la sociedad frente a las conductas más gravemente antisociales, restaurando así el orden social que se ha visto perturbado con la comisión del hecho delictivo, a costa del culpable. Es un hecho que en estas conductas gravemente antisociales pueden tomar parte menores de edad bien como autores de las mismas o bien como víctimas de comportamientos delictivos.

La figura del menor como víctima de delitos se ha visto muy reforzada en los últimos años. Los distintos acuerdos y tratados internacionales de protección de la infancia han puesto de manifiesto la necesidad de adaptar algunos tipos delictivos -en la gravedad o género de su sanción, por ejemplo- a la circunstancia de que fueran cometidos contra menores de edad. Esto se ha manifestado en delitos relacionados con la libertad e integridad sexual de los menores de una manera muy significativa. Esto es porque el menor se concibe como sujeto de derechos, específicamente tutelados, y la minoría de edad como situación jurídicamente protegida. La codificación penal mexicana contiene diversas disposiciones que toman la edad del sujeto pasivo como relevante para la configuración de los tipos o para la determinación de la sanción, normalmente, en sentido agravatorio.

Figura 4.- porcentaje de menores atendidos por maltrato, 2006



Fuente: INEGI. Mujeres y hombres en México, 2006

Nota. Un menor puede sufrir más de un tipo de maltrato.

Todas las agresiones y actos sexuales realizados con menores de edad y que ellos no comprenden o no tienen capacidad suficiente para consentir, constituyen lo que se

denominan abusos sexuales. Estas prácticas se realizan desde una posición de poder o autoridad sobre el niño, mediante halagos, engaños, amenazas o chantaje. Los contactos mantenidos pueden oscilar desde tocamientos –considerado en el CPF y el CPM como “actos libidinosos”- a violación, y la persona que lo realiza puede ser desconocido o un familiar. Es importante señalar que, si bien el Derecho entiende por delitos sexuales una categoría amplia que involucra a los abusos, violaciones, delitos de pornografía infantil y otros, la psicología utiliza como categoría para hablar de la violencia sexual ejercida en contra de los niños, el concepto de “abuso sexual” que no coincide con la temática que hace el Derecho, donde éste es sólo un tipo de delito.

Los abusos sexuales a menores han permanecido durante años en el más oscuro anonimato,¹⁸ y es hasta inicios de los años 70 cuando empiezan a reconocerse como un problema social que requiere atención. A partir de ese momento comienzan a surgir programas de prevención, tratamiento y encuestas sobre estos temas en países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemania y Suiza. Sin embargo, como todo proceso, estos cambios son complejos y están en permanente construcción. De ahí la relevancia, frente a la comisión de crímenes sexuales contra niños, de la firma de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), que establece los principios básicos para comprender a los niños como sujetos de derechos.

El abuso sexual de menores puede presentarse dentro del hogar y fuera de él. Afecta a todas las clases sociales y no solo a los sectores populares. Por lo común, el tema se esconde y se calla. Los casos de abuso sexual no se conocen en su real dimensión porque no se denuncian. La creciente conciencia social sobre este tema ha registrado un aumento significativo de los trabajos de investigación. Sin embargo, la incidencia de casos que no son revelados se estima que es mucho mayor que la de los que salen a la luz. El niño muchas veces tiene miedo de contar lo ocurrido, sobre todo si el abusador es una persona cercana a él. Además los procedimientos legales para validar el episodio son difíciles y

¹⁸ Freud descubrió experiencias sexuales tempranas de sus pacientes y la relaciona con la histeria, diciendo que en todo caso de histeria se ocultan uno o varios sucesos de precoz experiencia sexual, perteneciente a la más temprana infancia, además que la importancia etiológica de los sucesos sexuales infantiles no aparece limitada al terreno de la histeria, extendiéndose a la neurosis obsesiva e incluso a la paranoia crónica y a otras psicosis funcionales. También comenta que, cuando se trata de relaciones sexuales entre dos niños, el que desempeña el papel agresivo había sido seducido antes por una persona adulta e intentaba repetir con su pareja infantil, bajo la presión de su libido prematuramente despertada y a consecuencia de la obsesión mnémica, aquellas mismas prácticas que le habían sido enseñadas. En Freud, S. (1896). *La Etiopatología de la Histeria*.

complejos y eso hace que los adultos desestimen con mucha frecuencia hacer algún tipo de denuncia, con lo cual se sigue escondiendo una realidad que tiene a los menores como tristes y calladas víctimas. Según el Commonwealth, de los niños abusados sexualmente, en edades entre los cinco hasta los doce años, el 48% de los varones y el 29% de las niñas no le comentó a nadie acerca del abuso.

Figura 5.- Edades de las víctimas de abuso sexual

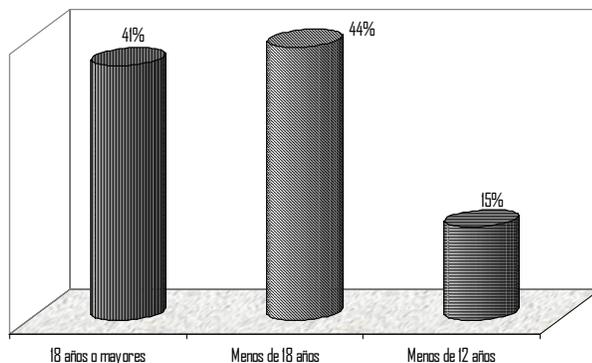


Figura 6.- Edades y sexo de los menores víctimas de abuso sexual

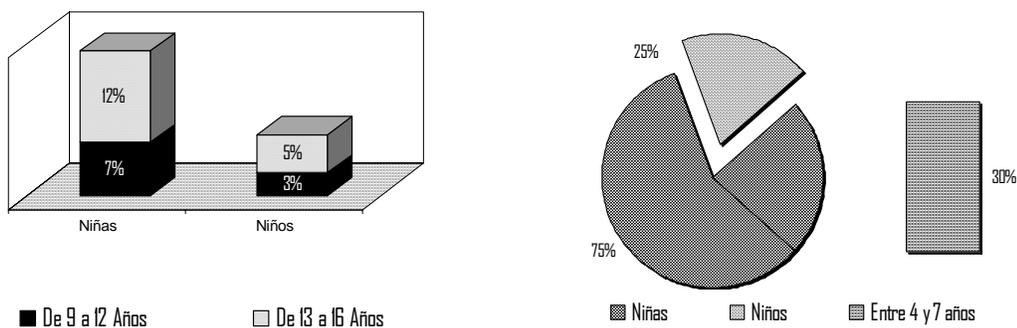
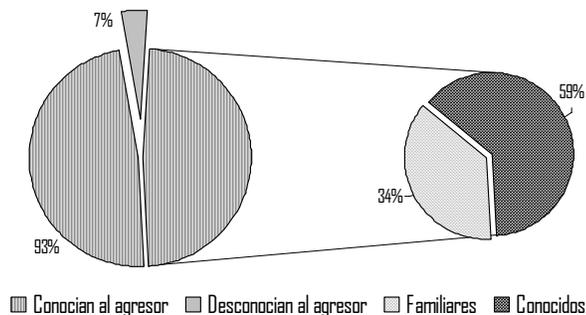


Figura 7.- Relación del menor con su agresor



Fuente: Encuesta del *Commonwealth Fund* sobre la salud de Niñas Adolescentes, 2005.

Por la sociedad en la que vivimos se ven reflejados los diferentes comportamientos hombre-mujer, y se transmite en los niños haciendo más débil, en cierta parte, al sexo femenino. Por esta razón muchas niñas son víctimas silenciosas de los abusos sexuales sin necesidad de forzarlas con violencia física, y permanecen en ese silencio largo años, culpándose a si mismas de su estado, pues no entra dentro de sus esquemas que un adulto - su padre incluso- sea capaz de hacer algo “malo”. La vergüenza, los remordimientos y la convicción de que sólo a ellas les ocurren esas cosas las atemoriza y no se atreven a contar a nadie los abusos sexuales que sufren por miedo a ser castigadas. Esto traumatiza a la niña durante toda su vida. Al parecer los niños se muestran incluso más reticentes que las niñas al hablar sobre sus experiencias, puesto que piensan que si salieran a la luz destruirían su imagen de hombres, dado que su papel de víctima no es en absoluto un atributo varonil.

Así, el abuso se convierte en un tema tabú. Y el niño tiene más miedo de las consecuencias que pueda traer el comentarlo, que a los propios abusos. Algunos factores que fomentan el silencio en el niño son: amenazar con recurso de violencia física (“si dices algo te mato”); amenazar con ingresar al menor en una institución; sobornar al menor mediante regalos y una permisividad condescendiente; aprovecharse de las necesidades que tiene el niño (“tú eres mi reinita, la única que me entiende y me quiere”); falsear las normas morales y sexuales (“todos los padres les enseñan esto a sus hijas”); provocar que el niño sienta miedo: a ser castigado, a no ser creído, a no poder expresar con palabras lo que ha vivido, a ser abandonado, a ser responsabilizado de lo ocurrido, a perder el apoyo de la familia, a que la madre se desespere al saberlo –u otra figura similar-, a que la familia se hunda por las consecuencias, a no “estar bien” él mismo, a ser acusado de haberlo soñado y a acusar indebidamente a alguien.

Los estudiosos del tema que intentan hablar con las víctimas suelen enfrentarse con numerosos obstáculos. El primero, como ya lo mencionamos, es el silencio, ya que muchas personas -quizá demasiadas- callan al respecto, o le restan importancia argumentando que “no es ni mucho menos como dicen”. Y en segundo, los virulentos sentimientos que estallan de forma invencible al tratar este asunto. En casos muy concretos el asco, el rechazo, el horror y el afán de venganza son emociones tan intensas como la compasión que inspira el niño.

La violencia sexual o abuso sexual se define como toda acción, violenta o no, que involucre a un niño en una actividad de naturaleza sexual o erotizada, que por su edad y desarrollo no puede comprender totalmente, no está preparado para realizar, o no puede consentir libremente.

La violencia sexual se puede dar a través del contacto físico o no, y está dirigido a la satisfacción de otra persona, la cual se encuentra en una situación de ventaja frente al niño que sufre consecuencias físicas, psicológicas, conductuales o sociales. Por otra parte, estas acciones producen un daño tanto a corto como a largo plazo.

La manifestación visible de la violencia sexual es la penetración anal o vaginal; sin embargo, en muchos casos no hay huellas físicas, por lo cual es necesario detectar y diagnosticar a partir de indicadores indirectos que faciliten la revelación por parte de las víctimas infantiles. Por ejemplo, el incesto es una actividad repetitiva y gradual, que va de meses a años antes de la revelación del secreto.

La conceptualización del abuso sexual desde la perspectiva de las cuatro dinámicas traumagénicas, permite conocer las principales fuentes del trauma en el abuso sexual infantil y sistematizar y reconocer a partir de ahí, las consecuencias en la vida de las víctimas, sobre todo las repercusiones en sus testimonios ante el proceso judicial. Estas dinámicas no son necesariamente características del abuso sexual, también ocurren en otras clases de trauma. Pero la conjunción de estas cuatro dinámicas en un conjunto de circunstancias, es lo que convierte al trauma del abuso sexual en algo único, diferente de otros posibles traumas de la niñez, como el maltrato o el abandono.

Los niños que son víctimas de abusos sexuales distinguen claramente este tipo de contactos abusivos de las caricias afectivas que reciben en otras circunstancias. A pesar de la actitud seductora del agresor, el niño percibe claramente, aunque no entienda muy bien que está pasando, que la situación no es clara. Miradas insinuantes, toques insistentes, secreto, confidencialidad, presión, atenciones desproporcionadas, son algunas de las artimañas que el niño tiene que sortear.

Las conductas sexuales que se dan en los abusos sexuales se pueden clasificar en directas, como el contacto genital o anal entre niño y adulto; penetración anal, vaginal u oral; manipulación del cuerpo por debajo y por encima de la cintura; masturbación; otros actos de gratificación sexual del adulto, como frotteurismo y eyaculación sobre el menor;

entre las indirectas están los intentos de penetración anal y prácticas de sexo oral hacia el agresor, seguido de masturbación al agresor y, con muy poca incidencia, la observación de conductas sexuales o material pornográfico.

Cada vez existe una mayor preocupación por la victimización secundaria que supone para el niño el proceso judicial. Ya sea ante el ministerio público o ante un juez penal, tendrá que recordar momentos horribles para él, posibles golpes, palabras soeces y ataques sexuales que le perjudicaron, teniendo que reproducir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, e inclusive, a veces, teniendo que enfrentar cara a cara al victimario. Con eso se daña aun más al niño ocasionándole una sobrevictimización, que resulta tan perjudicial como el delito consumado. El procedimiento penal no victimiza al menor en el sentido penal *strictu sensu*, pero el daño que se le ocasiona en su estructura psíquica, es una forma de victimización social y una flagrante violación a los derechos humanos.

La legislación de medidas que acaben con ese tipo de victimización es una tarea pendiente por la que se tiene que seguir trabajando, además de promover programas de prevención de abusos desde el marco más amplio de la educación sexual y por supuesto contemplando la prevención de los abusadores. Las campañas alarmistas en las que se trata el tema fuera de contexto, en ocasiones no hacen más que confundir y crear una alarma desproporcionada. Por otro lado el gran reto que se tiene es informar sin alarmar, actuar como profesionales responsables, alejándose del tono morboso que, desafortunadamente, utilizan algunos medios de comunicación.

Si bien los números son parte importante en cualquier campaña, éstas, los periodistas y la literatura en general tienden a usar estadísticas irreales. Un ejemplo es la información de que en Asia existen un millón de niños explotados en el comercio sexual; sin embargo otros textos señalan que el millón corresponde al total de prostitutas. Pero no debe desestimarse la velocidad del crecimiento que se considera en algunos lugares con un alcance de epidémicas proporciones y desde luego el hecho de la búsqueda de cada vez más jóvenes por considerarlos libres de sida. Un dato real de España, es que el 23% de las que fueron niñas, y hoy son ya “las mujeres del futuro” sufrieron violencia sexual desde los

primeros años de su infancia. El porcentaje de las víctimas de abusos y agresiones sexuales en la infancia es de una por cada cuatro mujeres.¹⁹

En México, sin datos relevantes permanecemos hasta 1999, en que la Antropóloga Elena Azaola realizó un estudio en combinación con el DIF y la UNICEF en seis ciudades de la República que, hasta la fecha, se sigue considerando y se menciona como la información sobre nuestro País. Las ciudades fueron: Guadalajara, Acapulco, Tapachula, Cancún, Tijuana y Ciudad Juárez; la primera se eligió por ser la segunda zona urbana del país, Acapulco y Cancún por tratarse de centros turísticos donde el llamado turismo sexual con niños tiene un papel relevante; Tapachula, Tijuana y Ciudad Juárez por ser puntos fronterizos en los que es evidente el reclutamiento de niños para el comercio sexual y son ciudades donde se conoce que opera el crimen organizado, relacionado con prostitución y drogas.

La protección de los niños y adolescentes de México contra lo que se ha convertido en un riesgo latente para todos ellos, y en una vivencia cruel para los que ya han caído en la explotación sexual comercial, tanto si ésta proviene de sus mismos padres y parientes, de un sujeto o varios, o también de un grupo organizado en mayor o menor escala, no encuentra estadísticas confiables en nuestro país. En el estudio de Lomelí y García (2000), de 72 casos, la paidofilia, con atracción a mujeres, fue de 40.8%.

Algunos países latinoamericanos están tratando de crear una base de datos, como en Europa, para registrar a los pedófilos, de endurecer su legislación, de establecer convenios para la persecución internacional del delito y hasta el llegar a considerarlo como delito de *lesa Humanidad* y, así construir la conciencia de que existe, avanza, y enfrentarlo con mejores herramientas.

Erróneamente se suele pensar que el agresor es un viejo, retrasado mental, loco, alcohólico o drogadicto, sexualmente frustrado o impotente; algunos consideran que el niño es un seductor y provocador; que es producto de una sociedad permisiva e inmoral; que es reflejo de una mentalidad y moral de clases bajas. La realidad es distinta. Muestra que los agresores por lo general son menores de 40 años –en ocasiones de unos 50 años–, suelen ser conocidos

¹⁹ Las documentalistas Oliva Acosta y Elena Ortega presentaron su último trabajo como guionistas e investigadoras, *Infancia Rota*, de la productora Creación Multimedia, en el programa Documentos TV de TVE. España. Consiste en un documental en el que, personas adultas, de ambos sexos, relatan sus propias experiencias como víctimas de abuso sexual, y sus repercusiones a lo largo de sus vidas.

del niño, no necesitan estar alcoholizados o intoxicados; no tienen deficiencia mental aparente, ni todos son psicóticos. Se ha encontrado que la mayoría son heterosexuales y no muestran diferencias significativas con el resto de personas. Se diferencian en que cuando tienen problemas no son capaces de afrontarlos y encuentran “alivio” en la actividad sexual con niños. Así, los agresores son individuos que tienen un tenue ajuste a las demandas de la vida; el abuso sexual les sirve de compensación, con un pobre control sobre sus impulsos, poco hábiles para tolerar las frustraciones y se estiman poco, parecen preocupados por sus propias necesidades y sentimientos. No se angustian por su atracción por los niños, ni muestran remordimiento o vergüenza, mienten clara e intencionadamente; reprimen el acontecimiento y no tienen memoria de ello, racionalizando la ofensa.

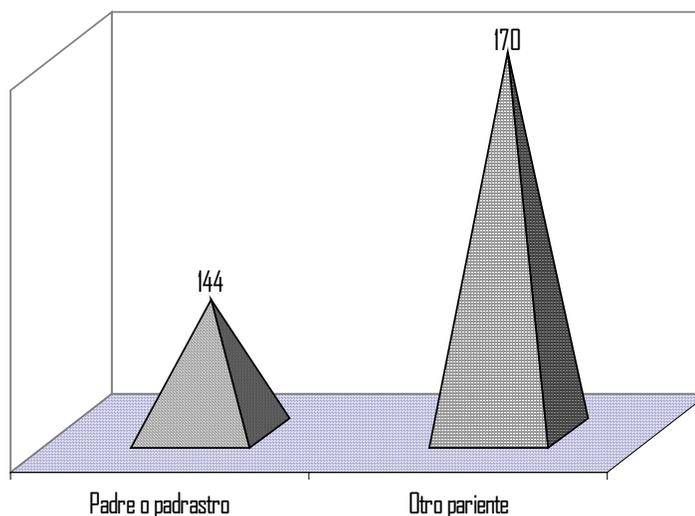
No todos los agresores tienen el mismo perfil de activación sexual, ni el mismo grado de agresividad. Así, según el grado de violencia con el que se lleva a cabo el delito, diversos autores han clasificado a los agresores en: “no violentos”, que emplean la persuasión, engaño o presión para someter a la víctima, basándose en su relación de autoridad y poder. Éstos a su vez, se subdividen en otros dos grupos en función de la exclusividad de su preferencia sexual: Uno es el de pedófilos exclusivos, con preferencia sexual exclusiva hacia los niños. Estos adultos experimentan satisfacción en contacto con los niños, y les son insatisfactorias o rechazan las relaciones sexuales con otros adultos. Aunque se les ha descrito como personas inmaduras, son capaces de adoptar pautas de comportamiento adulto aparentemente adaptadas; el otro subgrupo es el de los pedófilos oportunistas, que mantienen actividad sexual con adultos y en determinadas circunstancias abusan sexualmente de los niños. Manifiestan no tener predilección por los niños, tienden a racionalizar los abusos atribuyéndolos a las circunstancias en que se produjeron. A diferencia de los pedófilos exclusivos, interactúan con los niños como si éstos fueran mayores. Este subgrupo recoge al mayor número de agresores.

El otro grupo es el de los “violentos”, que emplean el asalto o la violencia para someter a las víctimas y son responsables de lesiones y muertes. Tienen graves características de personalidad psicopática con antecedentes de conducta antisocial. La motivación para el abuso es sexual y violenta al mismo tiempo. Su patrón de conducta obedece a la búsqueda de sensaciones y a su propia satisfacción. Este grupo es mucho

menos numeroso y evidentemente mucho más peligroso que el anterior. En los diversos estudios que se han llevado a cabo, el 86% de estos abusos los cometen hombres.

Pero en la mayoría de los casos de abuso sexual de menores, los perpetradores son personas conocidas o familiares quienes cometen el delito. En escala están los padrastros, los padres, abuelos o parientes cercanos y por último amigos de la familia. Son muy pocos los casos en que el atacante es una persona extraña. Generalmente forma parte del círculo cercano, ya que si el menor lo conoce tiene mayores posibilidades de acercarse y puede tratar de convencer a la víctima que lo que hace “no es malo sino que es normal”.

Figura 8.- Relación de parentesco entre víctima y victimario en casos de violación en Distrito Federal, (Noviembre 2007)



Fuente: Agencias Especializadas en Delitos Sexuales

En los últimos veinte años se ha venido haciendo hincapié en los efectos que tienen los abusos sexuales perpetrados contra los niños. Estos efectos pueden ser de diversa índole y afectar a su funcionamiento psicológico. Habitualmente las víctimas de abusos sexuales requieren un largo periodo de psicoterapia para ser capaces de superar el daño psicológico que les ha causado la conducta del violador. Muchos pedófilos han sido ellos mismos víctimas de abusos durante su infancia.

Los niños como víctimas presentan una condición biológica distinta a los adultos, ya que se encuentran desarrollándose tanto física, psicológica y moralmente, lo cual implica una serie de características e indicadores del abuso sexual de acuerdo a la etapa de

desarrollo en que se encuentren. Aproximadamente el 70% de las víctimas sufre efectos negativos a corto plazo y más de un 20% tienen efectos a largo plazo.

Entre los indicadores claves de abuso sexual a los menores están: las agresiones del niño contra sí mismo, como arrancarse el pelo, morderse las uñas, o hacerse cortes (“el ataque es la mejor defensa”); dificultades para conciliar el sueño o pesadillas (el miedo a ser sorprendido por la noche); trastornos en la alimentación (detrás de la bulimia o de la anorexia puede esconderse el deseo de la víctima de hacer que su cuerpo le resulte poco atractivo al agresor); regresión del comportamiento (cuando los niños vuelven a dejar de controlar sus esfínteres, o se aferran de repente a una persona y no quieren quedarse nunca solos); comportamiento sexualizado (los conocimientos sobre sexualidad que no se corresponden con la edad del niño); comportamientos obsesivos (por lavarse constantemente, por el orden debido al desorden interno del niño); aislamiento de amigos y familiares (puede obedecer al miedo de que los demás se den cuenta de lo sucedido); docilidad externa (deseo de no llamar la atención, pérdida de autoestima); alteraciones en el rendimiento escolar (a veces puede suceder lo contrario); pérdida de la ilusión (no tiene ganas de nada); instinto de suicidio; accidentes continuos; comportamientos extraños; trastornos en el habla; miedo, puede hacer alusiones claras mediante distintas vías de comunicación (la frase “El señor M lleva una ropa interior muy rara” o “No quiero ir más a clase del profesor Zutano” pueden ser peticiones de auxilio); o por medio de los juegos.

Miles de niños llegan así a su edad madura con cicatrices emocionales en gran medida irreparables. Esto incide de una manera transversal en su personalidad, en su autoestima, en sus posibilidades de situarse en el lugar social que les corresponde, en su capacidad de participar activamente en la sociedad.

Al hacer una denuncia de abuso sexual de un menor, con frecuencia, ni siquiera se obtiene colaboración de la víctima; quien por diversas circunstancias de orden psicológico, social y cultural siente miedo, vergüenza o simplemente la desconfianza en la oportuna y eficaz administración de justicia es de tal magnitud, que prefiere no denunciar el ilícito o si ya lo ha hecho, abandona el caso negándose a responder a los requerimientos de la investigación del hecho.

El manejo inadecuado que algunos funcionarios hacen, aterroriza y maltrata a la víctima, quien al inicio de la averiguación previa se muestra interesada en colaborar con el

ministerio público; pero después del primer interrogatorio -donde se le hizo sentir vergüenza y culpa- abandona su propósito inicial, prefiriendo dejar el "asunto", y no exponerse a preguntas que tocan su intimidad y transgreden sus elementales derechos de reserva. Además, el investigador tiene la tendencia a dejar a cargo del médico perito la responsabilidad de obtener la evidencia mediante el examen sexológico, olvidando la acción que el funcionario instructor debe desplegar en el lugar del hecho, con el objeto de buscar y localizar indicios valiosos.

La retractación es otro de los inconvenientes presentes, sobre todo en caso de víctimas menores de 10 años, cuyo agresor es el padre, padrastro o un familiar. Ocurre porque la importancia del actor del delito dentro de rol familiar, es significativa. En la medida que transcurre el tiempo el respaldo emocional de la madre del menor, disminuye y los factores de realidad que la rodean pesan mucho. Si el suministro de alimentos a la familia disminuye porque el padre está detenido y la manutención de los hijos peligra, la mujer tiende a "perdonar" a su esposo; la dependencia económica la obliga a retractarse del denuncia y negar lo sucedido. Esta situación debe manejarse con mucha sabiduría, ya que por ser un delito que atenta los derechos fundamentales del menor, no debe aceptarse tal retractación.

Una situación de riesgo para el menor está indebidamente legislada en México; esta es Internet. El acoso, ya sea sexual o de otro tipo, por medio de los sistemas de mensajería, conversación o videoconferencia, suele ser la más habitual. La edad de los menores que son víctimas a través de Internet, sobre todo de acoso sexual por parte de adultos, está bajando y ya se han detectado casos de niños de cinco años acosados por medio de una cámara instalada en su computadora. La impunidad la proporcionan los "cybercafés", que a los adultos les permite contactar con niños sin dejar huella, mientras que los menores pueden acceder a las páginas que quieren sin las restricciones que sus padres pueden imponerles, ya que la entrada a estos centros no está regulada por edad.

El tema de la corrupción de menores, ya fue abordado por los diputados de todas las fracciones parlamentarias mexicanas, integrantes de la Comisión de Justicia, al incluir la pornografía infantil y el llamado turismo sexual como nuevas conductas delictivas no contempladas por el régimen jurídico punitivo, en el ámbito de los delitos contra la moral y las buenas costumbres. Incluyendo el rubro de incapaces, como personas que por su

insuficiente desarrollo moral carecen de la experiencia o actitud necesarias para determinar libremente su conducta. Delitos que se consuman cuando se procura o facilita el daño biopsicosocial del sujeto pasivo. Entre los contenidos aprobados, las figuras delictivas como la pornografía infantil, la prostitución de menores en el turismo sexual, son delitos considerados graves y del Orden Federal. En la corrupción de menores, se eleva la edad de 16 a 18 años de la víctima del delito, en virtud de dar congruencia con la Convención sobre los Derechos del Niño firmada por el Estado Mexicano. Para ejercer una mejor tutela en la formación de los menores, se incorporan las acciones de inducir y obligar, destinadas a actos de corrupción; asimismo en el propio precepto se cambia el término de "homosexualismo" por el de "prácticas sexuales", con el propósito de evitar una confusión de conceptos que vendría a lesionar derechos de un sector de la sociedad.

En la actualidad, el Código Penal Federal, el Código Penal para el Distrito Federal y 29 Códigos Penales Estatales, exceptuando Quintana Roo y Oaxaca que no lo contemplan, legislan sobre lo que llaman Corrupción de Menores en términos generales. En cuanto a la aplicabilidad del primero podemos llamarla nula dado que se considera el delito de ámbito local, y como asunto de cada Estado de la Federación, cada uno debe legislarlo.

Dentro de la corrupción a menores, se considera la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, que es todo tipo de actividad en la que una persona usa el cuerpo de éstos para sacar ventaja o provecho de carácter sexual, sobre la base de una relación de poder, ya fuera a cambio del pago en dinero o especies, con o sin intermediación, es decir haya o no alguna forma de proxenetismo. Implica una violación severa de los derechos humanos de las personas menores de edad Es una forma de violencia sexual y de explotación económica.

La explotación sexual comercial infantil²⁰ y adolescente es una realidad social en la categoría de problema psicosocial. Es una actividad de carácter delictivo que se da cuando existen acto sexual entre un menor de 18 años y uno de mayor edad a cambio de bienes materiales, económicos o de cualquier otro beneficio. Es importante recalcar que este pago puede o no ser mediante dinero. Usualmente se utilizan otros medios de transacción, como lo son "protección", alimentación, cobijo y otros. Según Ana Rosa Payán,²¹ más de 20 mil

²⁰ Cuando hay abuso sexual de niños no se considera como explotación comercial ya que en el caso del abuso sexual el abusado (víctima) no recibe ningún tipo de pago.

²¹ Vid. <http://www.jornada.unam.mx/2006/07/25/040n2soc.php>

menores de edad son víctimas de explotación sexual comercial en México, y sólo en 17 estados de la República la pederastia está tipificada como delito grave, precisando que en los pasados seis años en el país las denuncias por delitos sexuales cometidos en contra de infantes y adolescentes han crecido y Yucatán es el estado con mayores reportes, lo cual no significa que sea la entidad con mayores índices de este crimen, sino que éste se está denunciando.

La corrupción de niños va de casos aislados a víctimas en masa del crimen organizado. Las situaciones son muy variadas: algunos huyeron de sus casas o de las instituciones públicas, otros fueron vendidos por sus padres, o fueron forzados a prostituirse o amenazados por extorsión a hacerlo, otros más son “niños de la calle”, los hay que se dan a la prostitución de tiempo parcial, otros de tiempo completo, encontramos *amateurs* y profesionales. Aunque se piensa inmediatamente en las adolescentes que se prostituyen, se constata que el número de varones en la misma edad aumenta en varias partes del mundo. México, desgraciadamente, ya no es la excepción.

Los infantes y adolescentes que son obligados a prostituirse,²² con frecuencia son explotados no sólo por sus proxenetas, sino también por la policía, por los propietarios de hoteles, loncherías y cafés, así como por funcionarios administrativos locales que exigen dinero a cambio de “su protección”.

La figura delictiva de la prostitución de menores, sanciona aquella persona que promueve, publicite, invite, facilite o gestione por cualquier medio a persona o personas que realicen viajes al interior o exterior del país y que tengan como propósito el tener relaciones sexuales con menores de 18 años, el llamado absurdamente turismo sexual.

Tradicionalmente se considera como pornografía infantil a aquellas representaciones fotográficas o fílmicas en formatos digital o analógico de menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas ya sea solos o interactuando con otros menores de edad o con adultos. Pero en Japón, algunos *cómics manga hentai* representan a niños de ambos sexos teniendo relaciones sexuales con otros niños o adultos, lo que se conoce como *loli-con* (proveniente de "Complejo de Lolita") en el caso de las niñas, y *shota-con* en el

²² De acuerdo con UNICEF, aproximadamente un millón de niños, niñas y adolescentes en el mundo cada año se suman al mercado de la explotación sexual comercial

caso de los niños. Al no tratarse de niños reales, estas imágenes no se suelen considerar como pornografía infantil.

En los últimos años la población general ha tenido un mayor acceso a la pornografía infantil debido al crecimiento de Internet. Ayudado por el creciente número de noticias en los diarios sobre escándalos relacionados con el descubrimiento de redes de pornografía infantil y pederastia en Internet, se ha producido alarma en ciertos sectores de la población y preocupación respecto a la seguridad y riesgos de los menores de edad cuando navegan. La tendencia de la sociedad es de adoptar mayores restricciones, siendo la pornografía infantil y la pedofilia temas que generan reacciones tan viscerales que mucha gente se muestra dispuesta a sacrificar sus propias libertades civiles en función de mayores controles que eviten la proliferación de material y permitan la detección y desmantelamiento de sus redes.

Las leyes varían bastante según el país donde uno se encuentre. Por lo general la tendencia de endurecer las restricciones en países como Estados Unidos ha llevado a que sea ilegal su posesión y distribución, además de la producción o facilitación de ésta, e incluso según algunas interpretaciones, la mera visión de tales imágenes puede constituir un delito. Por el contrario, en los propios Estados Unidos se considera legal el poder fotografiar a menores desnudos si se cuenta con la autorización paterna.

A pesar de que comúnmente se cree que la pornografía infantil es producida por bandas del crimen organizado que secuestran a niños y niñas para su producción, estos casos suelen ser excepciones y poco frecuentes, pero alcanzan gran notoriedad y espectacularidad en las publicaciones de noticias y tienen un alto impacto en la población.

Entre finales de los años 1960 y principios de los 70, dentro del contexto de la “revolución sexual”, en países como Dinamarca y Holanda surgieron revistas impresas con pornografía infantil de distinto calibre amparadas en un vacío legal. Muchas de ellas mostraban desde desnudos hasta escenas de sexo explícito, todo bajo un aura de inocencia y naturalidad. Hoy en día las imágenes explícitamente sexuales de menores de edad están prohibidas prácticamente en todo el mundo y su producción se restringe casi en su totalidad a producciones independientes o caseras facilitadas en gran medida por la masificación de la fotografía y el video digital. Al contrario de lo que suele creerse comúnmente, estas colecciones fabricadas en casa rara vez son objeto de transacciones comerciales, siendo

usualmente material de intercambio entre personas que comparten un interés de carácter marcadamente erótico o sexual por los niños o niñas. Internet ha generado innumerables formas de permitir este intercambio, a través de grupos de noticias y foros.

En la actualidad, la producción comercial se limita a moverse al borde de lo permitido por la ley, fabricando imágenes más bien eróticas y de desnudo, que aunque ambiguas, no cruzan el límite de lo sexualmente explícito. Estas imágenes suelen ser publicadas por sitios de pago en Internet, siendo Rusia el lugar donde se producen la mayor cantidad de estas series comerciales. El carácter legal de estas imágenes y sitios, aunque amparados detrás de un valor artístico y no pornográfico, permanece como dudoso y ambiguo. En estos sitios las modelos, con edades que varían entre los cinco y los 17 años, suelen contar con autorizaciones de sus padres o apoderados legales para participar en tales sesiones fotográficas y son remuneradas por el trabajo que realizan.

En lo que se refiere a la pornografía infantil, en México se sanciona la conducta de aquella persona que incita al público a obtener cualquier objeto que propague la pornografía de menores, ya sea con ánimo de lucro o sin él, y al sujeto que realice acciones, como son la de elaborar, reproducir, distribuir, vender,²³ arrendar, expender o transmitir aquellos objetos que contengan representaciones sexuales de imágenes de menores.

2.2.1. Relevancia del parentesco en el derecho penal. En la mayor parte de los sistemas legales desarrollados, los intereses del menor prevalecen sobre cualquier otra cuestión. La relación entre padres e hijos queda reflejada en el plano legal en la expresión “obligaciones de ascendientes, tutores y custodios”, que conlleva una serie de deberes, aunque el énfasis primordial recae sobre el de criar al niño. Esto amplía la postura legal más elemental -el deber que existe en Derecho penal a no dañar ni descuidar a un niño- a todos los aspectos asociados a la condición de ser padres. Desde el momento en que los padres reconocen a su hijo, adquieren esta responsabilidad, y la seguirán teniendo aunque se divorcien o separen.

El derecho de los niños a satisfacer sus necesidades para su desarrollo integral emana de la Constitución Política Mexicana en su artículo cuarto, señalando que los ascendientes tienen el deber de preservarlos.

²³ Personalmente, se ha comprobado que en las calles de la Merced, son visiblemente claro el que algunos comerciantes del mercado o de puestos semifijos o ambulantes venden cintas y revistas pornográficas, incluso de pornografía infantil.

Fundamentándose en el párrafo sexto de esta Carta Magna, surgió la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que tiene como objetivo la sana formación física, mental, emocional, social y moral de los mismos. Esta Ley, en el Capítulo Quinto, Del Derecho a ser Protegido en su integridad, en su libertad, y contra el maltrato y abuso sexual, artículo 21, párrafo A, dice que se les protegerá cuando se vean afectados por “El descuido, la negligencia, el abandono, el abuso emocional, físico y sexual”.

En el análisis del menor como víctima de delitos tiene especial interés la relación entre el delincuente y la víctima. Normalmente existe entre ambos relaciones de parentesco o pertenencia a un mismo grupo familiar, donde la indefensión del menor y las secuelas que se derivan son muy importantes y perdurables. A lo anterior pueden ir unidos factores sociales, aunque esto está más relacionado con unos delitos más que con otros.

Todas las víctimas, y especialmente los niños, en función de las circunstancias personales y sociales que concurren, y dependiendo de la naturaleza del delito, sufren daños físicos y psicológicos, que van más allá de la lesión producida en el bien jurídico protegido por el delito de que se trate. Su personalidad en formación, la impotencia de su débil voluntad, el miedo a su repetición, la angustia que se produce en las agresiones originadas en el seno de la familia o en ámbitos donde se supone que debía protegerse al niño, agravan las consecuencias del delito haciendo más serio lo que en víctimas adultas podría no serlo.

Las relaciones de parentesco han sido tradicionalmente consideradas por el legislador penal a efectos de crear determinados delitos e imputar responsabilidad penal por una conducta, atenuar o agravar esa responsabilidad o, finalmente, excusar de ella a quien ha cometido un delito que en circunstancias normales sería penalmente sancionado. Así, por ejemplo, la concurrencia de los lazos de parentesco entre el agresor y la víctima constituye el fundamento de algunas figuras especiales, que sólo pueden cometerse entre miembros de una misma familia (Vg. incesto, parricidio).

Así, la responsabilidad penal es específicamente agravada cuando concurre una relación familiar entre el autor y la víctima, como en relación con las agresiones y abusos sexuales.

Así, el incesto, ha pasado a ser un tema preocupante en la actualidad. Algunos autores opinan que 5000 casos por millón de habitantes por año es la cifra que mejor

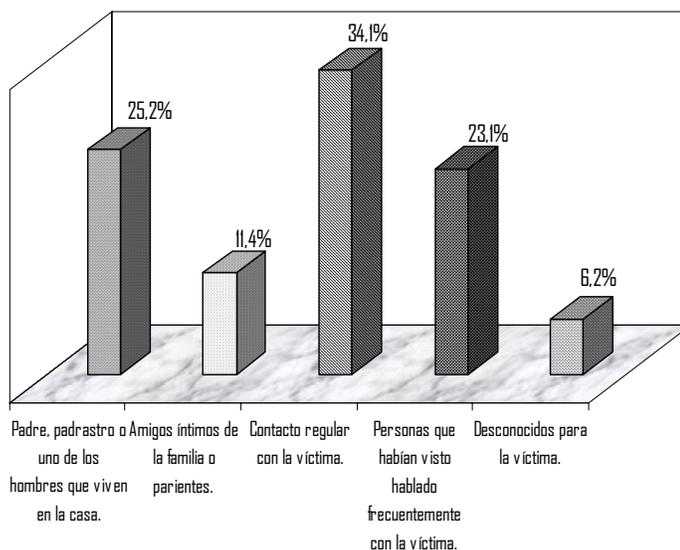
representa la magnitud del problema. El incesto es definido por algunos autores como todo aquel contacto físico, verbal o de rol existente entre individuos de una misma unidad socializadora, que deba mantenerse oculto o mistificado. Otros consideran que el incesto es toda agresión de índole sexual, indirecta o directa entre una niña o niño y un adulto, que mantenga con la niña o el niño lazos caracterizados por la amistad, confianza, afecto, parentesco o autoridad. Si estos lazos tienen que ver con el cuidado, protección y guía del niño, se les considera de características similares a los consanguíneos.

El poder del tabú del incesto y la vergüenza y culpa que se le asocian hacen difícil su detección, porque es guardado celosamente tanto por el ofensor como por la víctima, dados los obvios riesgos de prisión con o sin "desintegración" familiar

Generalmente se desarrolla lentamente, comenzando con toques no sexuales como friccionar la espalda, forcejeos inapropiados, terminando en caricias sexuales –que se conoce en el CPM como “actos libidinosos”-. Puede o no terminar en penetración.

Las estadísticas muestran que de una de cuatro niñas y uno de siete niños son víctimas de abuso sexual antes de cumplir 18 años. Otras Investigaciones indican que de un 83% de menores que ha sido sexualmente abusado, los perpetradores han sido miembros de la familia. El asalto sexual perpetrado por un extraño generalmente ocurre una sola vez, pero en el caso de incesto la víctima sufre de continuo abuso.

Figura 9.- Estudio de Michael Bauman de los autores de abuso sexual de menores



Por ende, el tipo de abuso sexual que ha sido objeto de mayor estudio es el que ocurre dentro del hogar del menor, debido a su ocurrencia significativa, y al trastorno que implica en la dinámica familiar. El abuso de un menor por un cuidador es un proceso que consta generalmente de varias etapas; Jorge Barudy (1998) propuso lo que se denomina la ontogénesis del abuso sexual en el hogar:

- Fase de seducción: en que el futuro abusador manipula la dependencia y la confianza del menor, y prepara el lugar y momento del abuso. Es en esta etapa donde el futuro abusador incita la participación del niño o adolescente por medio de regalos o juegos.
- Fase de interacción sexual abusiva: es un proceso gradual y progresivo, que puede incluir: comportamientos exhibicionistas, *voyeurismo*, caricias con intenciones eróticas (actos libidinosos, según el CPM), masturbación y otros.
- Instauración del secreto: el abusador, generalmente por medio de amenazas, impone el silencio en el menor, a quien no le queda más remedio que adaptarse. En esta fase la madre o hermanos suelen ser o cómplices o estar ausentes.
- Fase de divulgación: esta fase puede o no llegar, e implica un quiebre en el sistema familiar, hasta ahora en equilibrio. Puede ser accidental o premeditada, esta última a causa del dolor en niños pequeños o cuando llega la adolescencia del abusado.
- Fase represiva: Generalmente, después de la divulgación, la familia busca desesperadamente un reequilibrio para mantener a cualquier precio la cohesión familiar, por lo que tiende a negar, a restarle importancia o a justificar el abuso, en un intento por seguir "como si nada hubiese sucedido".

Muchas veces son necesarios un gran número de intentos de divulgación para impedir que la familia vuelva a la fase represiva.

Por tanto, cuando el abuso es en el interior del hogar, se distorsiona en el niño la concepción sobre el afecto y el cuidado, el que pasa a ser comprendido en la mente del menor como un afecto sexualizado. Por otra parte, debido a las amenazas, se genera la sensación de culpa en el menor -sentir que fue el causante y responsable del abuso-. Esto genera:

1. Traumatización: en que, a lo largo de la vida, el abusado puede experimentar síntomas como *flashbacks*,²⁴ inestabilidad emocional, trastornos del sueño, hiperactividad y alerta

²⁴ Del Inglés, recuerdos traumáticos que se imponen vívidamente en contra de la voluntad.

constante. Por otra parte, también se pueden producir aislamiento, insensibilidad afectiva (petrificación afectiva), trastornos de memoria y de la concentración, fobias, depresión y conductas autodestructivas.

2. Vida sexual traumática: debido a que el inicio en la vida sexual del menor fue traumática, experimenta sensaciones y conductas distorsionadas en el desarrollo de su sexualidad, como agresividad sexual, conductas inadecuadas de seducción hacia otros, masturbación compulsiva, juegos sexuales, promiscuidad sexual, trastornos de la identidad sexual, prostitución, e incluso llegan a reexperimentar la situación abusiva siendo, posteriormente la pareja de un abusador.

Es sumamente importante que el adulto sobreviviente de abuso en la infancia busque ayuda, para poder procesar lo ocurrido, compartirlo y dejar de cargar el secreto. Poder quebrar el silencio (aunque lleve tiempo) y contar con el apoyo de un buen terapeuta puede ayudar, de algún modo, a superar esta experiencia traumática.

En conclusión, en líneas generales, se puede seguir estimando que el parentesco opera como agravante en los delitos contra las personas, pues en ellos se traduce, generalmente, en una situación de abuso de autoridad, de confianza o incumplimiento de deberes familiares específicos.

2.3 Otras víctimas

Las estadísticas muestran que los hombres pueden ser víctimas de agresiones sexuales también. Es considerable la mitología existente en torno a este tipo de ataques sexuales, lo cual lleva a multitud de malentendidos sobre este delito y sobre las víctimas que se ven afectadas por el mismo. Esto incide sobre la manera como los hombres se ven como víctimas de delitos sexuales y les impide hablar sobre lo que les ocurrió y, consiguientemente, recibir asistencia.

Los sentimientos experimentados por los hombres son similares a los que sienten las mujeres: vergüenza, autoculpabilidad y remordimiento. Es asimismo posible que el hombre tenga que hacer frente a problemas adicionales, dada la opinión social de que los hombres deberían ser capaces de protegerse a sí mismos.

Una violación puede hacer que el hombre adquiera sentimientos confusos sobre su sexualidad y sobre la razón por la que se produjo el suceso. Para ciertos hombres, el trauma

de la violación puede llevarles a experimentar erecciones o eyaculaciones. Es posible que algunos lleguen a creer que no fueron violados o que dieron su consentimiento. La excitación sexual no quiere decir necesariamente que hubo consentimiento, que la víctima deseaba ser violada o sufrir un ataque sexual.

Los trabajos de investigación indican que la mayor parte de los ataques sexuales contra los hombres son cometidos por hombres heterosexuales. Como en el caso de las mujeres, la violación masculina no está relacionada con el atractivo sexual sino con el poder, el dominio y el control.

Así, las agresiones sexuales como la violación de hombres, también constituye un delito penal. Tanto el CPF como el CPM no contemplan ninguna diferencia por razón del sujeto pasivo o víctima –mujer u hombre en los delitos contra la libertad sexual. Pero la cifra negra que se maneja en estos delitos es muy elevada.

Por su misma condición de vulnerabilidad, pueden ser también víctimas de agresiones sexuales, las personas de la llamada tercera edad. Hacemos énfasis en que la sexualidad no desaparece con los años y, si hay consentimiento, no se violenta la libertad sexual de la persona, así sea considerada una anciana o anciano; pero si se invade sin consentimiento esa libertad sexual, se le considera una agresión, constituyendo un delito penal.

La violencia sexual expresa también el poder sobre el desvalido, es decir, sobre las personas con alteraciones psicológicas, emocionales o psiquiátricas, sujetos que no tienen capacidad mental para dar su consentimiento. Estas víctimas son llamadas en el CPF y el CPM “incapaces”.

Luego, cualquier persona, sin distinción de género o edad, puede ser una víctima potencial de una agresión sexual, convirtiéndose en el sujeto pasivo del delito sexual.

2.4 El sujeto pasivo púber e impúber

Ya hemos visto que para determinados delitos sexuales, se considera la edad del sujeto pasivo. Pero la legislación penal mexiquense, en algunos casos omite mencionarla, haciendo referencia a los términos púber e impúber.

La pubertad -del latín *pubere*, cubrirse de vello el pubis- puede definirse como el período de tiempo en que culminan el crecimiento y desarrollo de un individuo, quién, al

término del mismo, queda instalado definitivamente en la edad adulta. Este cambio se manifiesta en la adquisición de la madurez sexual plenamente diferenciada. La pubertad es más corta que la adolescencia, que se inicia cuando el proceso puberal se encuentra muy avanzado o a punto de concluir. Pierre Royer (citado en Enciclopedia Océano, 1985), distingue dos etapas en la pubertad: una restrictiva –primera menstruación en la niña y primera eyaculación en el niño-, y otra más amplia que consiste en el tránsito de la niñez a la pubertad como un proceso mucho más gradual, cuya duración aproximada es de tres años. Durante este período tendrá lugar el tránsito de los caracteres somáticos de tipo infantil a los de tipo adulto.

El rasgo principal de la pubertad es el desencadenamiento hormonal, ya que las hormonas son las inductoras de los caracteres sexuales secundarios. Algunos de los efectos corporales de las hormonas son, la evolución de la talla y el desarrollo de la masa muscular, que, en el varón, se atribuyen al efecto trófico. Su abundante producción explicaría la superior estatura del varón por término medio.

Los cambios físicos propios de la pubertad siguen un orden secuencial que no es idéntico para cada sexo. Por ejemplo, la espermatogénesis es relativamente temprana en el chico, y en la muchacha la menstruación ocurre casi al final del proceso. Así, la pubertad es una estructura en la evolución del individuo, producto de su historia, que suele hacer su aparición cuando el cuerpo ha alcanzado un determinado estadio físico. Otra diferencia entre ambos sexos, es que las niñas empiezan antes que los niños la aceleración de su crecimiento, con el correspondiente proceso de maduración, lo que les permite adelantarse en uno o dos años respecto al otro sexo, tanto al comienzo como a la conclusión. Esto es, a una misma edad cronológica corresponde, según el sexo, una diferente edad ósea.

El nuevo crecimiento da comienzo en la niña alrededor de los once años, alcanzando su punto de máxima aceleración en torno a los trece. En el niño, este proceso tiene lugar entre los 13 y 15 años. La pubertad, que generalmente dura unos tres años, a veces puede producirse dentro de unos límites de edad más amplios.

Un segundo factor somático importante en la pubertad es el aumento de peso, al que contribuye el crecimiento óseo, el aumento de tamaño de las vísceras y la expansión del tejido muscular. En el varón el desarrollo muscular es más acentuado y la distribución del tejido adiposo en la chica es en la parte inferior del cuerpo.

Una tercera característica es el cambio de voz. La laringe se modifica en ambos sexos alrededor de los 15 años, pero de manera diferente. En el sexo femenino aumenta el diámetro transversal de la laringe y se acortan un poco las cuerdas vocales; en el masculino se perfila la vulgarmente llamada “manzana de Adán”, produciéndose un alargamiento de las cuerdas vocales y un tono de voz más grave.

Al margen de las estadísticas, puede haber alteración en la aparición de la pubertad, catalogándose en adelantada, precoz o temprana, y retrasada o tardía. Se entiende por pubertad adelantada aquella en que los caracteres sexuales aparecen a los nueve años, o incluso menos, en el varón, y a los ocho años en la niña; puede tener un origen hereditario o constitucional. La pubertad precoz acontece a las edades antes mencionadas, e incluso a otras inferiores; el desarrollo de caracteres sexuales secundarios se contradice con el desarrollo general del cuerpo, anclado en su etapa infantil. Este tipo de pubertad suele ser patológica. Es un auténtico drama un niño sexualmente precoz, con una psique inmadura para ello y, por consiguiente, con necesidades imposibles de resolver a esa edad. La pubertad retrasada parcial, se presenta con escasos signos y evoluciona muy lentamente; si a los diecisiete años no se da ningún signo de transformación sexual, es porque existe una pubertad retrasada patológica.

Ahora bien, a los doce años, el púber está aferrado aun a la infancia, y mantiene cierta distancia con la sexualidad, siendo hasta los 14 años en el sexo femenino, y los 15 o 16 en el masculino que pueden tener noción de ésta, aunque de forma emocionalmente inmadura.

Para determinar si el sujeto pasivo de un delito sexual es púber o impúber, se recurre al examen médico que, muchas veces, a simple vista o por medio de ciertas preguntas, es el encargado de determinarla en el certificado médico. Esta evaluación, por lo general, registra si la chica ya ha menstruado, pero no si el muchacho ya tuvo su primera eyaculación. Tampoco considera las alteraciones del proceso puberal, o la madurez fisiológica, psicológica y emocional de la víctima con respecto a la sexualidad.

Sería conveniente para el sujeto pasivo de los delitos sexuales, que la codificación penal marcara con claridad la edad cronológica y desterrara los términos púber e impúber por su misma ambigüedad.

Como corolario de este capítulo, al hablar de delitos sexuales, las mujeres son víctimas, los hombres también y por supuesto, los niños. La mayoría son víctimas silenciosas, ya que no se denuncian estos delitos por la creencia de que se trata de un tema privado, el temor a sufrir represalias por parte del agresor, y la victimización secundaria a las que se les somete durante las averiguaciones o el juicio. Según las estadísticas, la mayoría de las veces el agresor sexual es un conocido por la víctima y, en menores, pertenece a su familia. Para la víctima, las alteraciones físicas, emocionales, sociales y psicológicas como consecuencia de un acto de violencia sexual pueden durar toda su vida. Respecto a los delitos sexuales, las legislaturas de algunos Estados, del Distrito Federal y aún el Código Penal Federal en desuso, no dan un tratamiento adecuado a este tipo de delito al no definir la conducta que pretenden tipificar, al tipificar varias conductas en una confusión de actividades, al señalar penas y multas que no corresponden a la gravedad del daño, además de ser imprecisa en muchos aspectos.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DE LOS ACTOS LIBIDINOSOS REGULADOS POR EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

Cogitationis poenam nemo patitur

Aforismo jurídico

En función de su materia, los actos libidinosos son un ilícito con mayor presencia en el ámbito común, propio de la jurisdicción de cada estado, siendo sancionado por cada una de las autoridades de los mismos; también se encuentra tipificado dentro del Código Penal Federal.

El delito de *actos libidinosos* se encuentra clasificado en el Libro Segundo, Subtítulo Cuarto “Delitos contra la libertad sexual”, Capítulo II “Actos libidinosos”, Artículo 270 del Código Penal del Estado de México.

El tipo penal en estudio es el descrito en el Artículo 270 del Código Penal del Estado de México, que dice lo siguiente:

Artículo 270.- Al que sin consentimiento de una persona púber ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, se le impondrán seis meses a dos años de prisión y de treinta a sesenta días de multa.

Si el ofendido es impúber, aun cuando otorgue su consentimiento, se impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cuarenta a cien días de multa.

Si se hiciere uso de violencia física o moral se impondrá además la pena de uno a cuatro años de prisión.

Si los actos a que se refiere este artículo los cometiera un familiar consanguíneo directo y colaterales hasta el cuarto grado, en agravio de persona impúber se impondrá de cuatro a diez años de prisión y de cien a quinientos días de multa.

3.1 Concepto

La expresión *actos libidinosos* que utiliza el CPM, equivale en otros códigos a “actos deshonestos”, “abusos sexuales”, “actos contra la libertad sexual y el desarrollo psicosexual”, “atentados al pudor”, “actos contra el pudor” y otros. Pero en su esencia jurídica están constituidos con los mismos elementos especiales que lo conforman.

¿Qué hechos se consideran actos libidinosos? Los jurisconsultos difieren en la descripción de la conducta como tal, pero existe unanimidad al declarar que no debe incluir cópula sexual, esto es, la introducción del pene en los genitales de la víctima.

Para Manuel Ossorio (citado por Navarrete, 2007, p. 765), este delito consiste “en cometer actos libidinosos con personas de uno u otro sexo, menor de cierta edad, privada de razón o de sentido, o mediante el uso de la fuerza o intimidación, sin que haya acceso carnal”. Así, este autor no concibe que un acto libidinoso puede efectuarse sobre una víctima mayor de edad. Al mencionar “cierta edad” no acota la edad a la que se refiere, pero si deja claro que no incluye la cópula sexual.

González de la Vega considera delito de atentado al pudor, cualquiera que sea el sexo de los sujetos activos o pasivos, cualquier acto corporal lúbrico, que no sea cópula y que no tienden directamente a ella, cometidos en impúberes o sin consentimiento de personas púberes (citado en López Betancour, 2005). A diferencia de Osorio, la edad de la víctima es indiferente; y anota que no debe existir unión sexual; con todo, con el uso de los vocablos púber e impúber, expresa vaguedad.

José Peco considera vagos e imprecisos las expresiones “abuso deshonesto”, “relaciones inmorales” y “atentados al pudor”, considerando más adecuada la locución *actos libidinosos violentos*, puesto que delimita el territorio legal de la infracción, además de determinar el contenido del bien jurídico protegido (citado en Navarrete, 2007).

Para este autor, la violencia, efectiva o presunta en la ejecución de actos lúbricos para la satisfacción del instinto sexual, es lo que da fisonomía propia al delito. Sin embargo, por *violencia*, para efectos del delito que se estudia, se entiende la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica -intimidación o amenaza- que el activo despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta, no la utilizada en la ejecución del acto.

Navarrete (2007, p. 765), dice que, Antonio Bascuña Valdés lo define 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”. Entonces, Bascuña Valdés piensa que hay un propósito, una tendencia en sí, al ejecutar el acto, indicando que excluye el coito.

Retomando a Díaz de León (2000, p. 432), el abuso sexual

...se comete por quien, sin intención de llegar a la cópula, realiza un acto sexual u obliga a realizarlo, en una persona (varón o mujer) sin mediar la voluntad de ésta para ello. En este ilícito penal dos

elementos lo tipifican: uno material, objetivo, consistente en la comisión de actos libidinosos no dirigidos a la conjunción carnal y, otro, subjetivo, que se determina por la conciencia y voluntad de cometer un abuso sexual, pero sin contemplar; como víctima, mediante los cuales el agente satisface su propia concupiscencia, lesionando la libertad sexual de aquella.

Díaz de León anota que se lesiona la libertad sexual de la víctima en este delito, además habla de que el sujeto activo, no sólo puede realizar el acto sexual, sino obligar a la víctima a efectuarlo. No menciona edad para el pasivo, pero sí que no hay voluntad de aceptar el acto sexual. Determina que este acto sexual complace por sí mismo la lujuria del activo, sin dirigirse a consumarlo mediante el coito

Para Navarrete (2007, p. 766), los actos libidinosos son

...conductas ilícitas en contra de la esfera jurídico-sexual de cualquier persona consistente en tocamientos, como caricias, besos -entre otros-, ajenas del tipo penal del delito de violación o del delito de estupro. Es por ello que toda conducta libidinosa tiene contenido lascivo o lujurioso que se puede dar en apetito desordenado y enfermizo por las sensaciones sexuales.

Efectivamente, el delito de actos libidinosos consiste en un atentado a la libertad sexual del sujeto pasivo, constituyendo actos sexuales concretos como tocamientos libidinosos y frotamientos, entre otros, que pretenden satisfacer la lujuria del sujeto activo, sin llegarse a consumir o intentar la realización de la cópula sexual.

Los actos libidinosos son siempre actos de significación sexual, aunque sean realizados sin violencia ni intimidación, pero sin que medie el consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo. En todos sus aspectos fundamentales es una agresión sexual. Cabe resaltar que en los supuestos de actos libidinosos el actuar sobre otro sin su consentimiento, o incluso con consentimiento inválido o viciado, aumentan las posibilidades de apreciar la concupiscencia de la conducta del autor.

3.2 Elementos del cuerpo del delito

El tipo penal de actos libidinosos, desde el punto de vista de la clasificación bipartita, es considerado un delito por estar sancionado por la autoridad judicial.

Para que exista el delito de actos libidinosos, debe reunir ciertos elementos: la conducta, considerada el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a el propósito de realizar el delito; el resultado, debido a que en la ejecución del mismo se necesita de un hecho cierto, el cual consiste en ejecutar un acto de tipo sexual en otra persona; y el nexo de causalidad, que se da entre la conducta típica y el resultado.

3.2.1 Conducta. El análisis de la conducta, considerada como la base del hecho punible establece una garantía elemental de seguridad legal. Así, invariablemente la conducta debe ser voluntaria. La conducta es una unidad, pero se distinguen en ella dos aspectos: el interno, que contiene el propósito de conseguir un fin y la selección de los medios para su obtención; y el externo, que comprende la puesta en marcha de la causalidad a la producción del resultado. La conducta puede ser de acción u omisión, según se trate de un hacer o un no hacer voluntario final. Si la conducta no se adecua en alguno de los supuestos que señala el tipo penal, sería una conducta atípica, y consecuentemente, no podría constituir un hecho punible (Navarrete, 2007, p. 766)).

Es un delito de acción, ya que el sujeto activo debe necesariamente emplear movimientos corporales -como frotar los glúteos o senos del sujeto pasivo, pellizcar lascivamente, darle besos forzados, hacer contacto con cualquier parte de su cuerpo sobre el sujeto pasivo para satisfacer su lujuria, entre otras, empleando la violencia física o muscular- y movimientos en lenguaje para persuadir a la víctima para que de su consentimiento de ejecutar actos eróticos-impúdicos -además de la violencia moral o verbal que pueda emplear-. No se admite ni opera la comisión por omisión.

El delito de actos libidinosos es un delito instantáneo porque se consuma en el preciso momento en que el sujeto activo ejecuta un acto erótico sexual en el sujeto pasivo sin llegar a la cópula o acceso carnal. Esto es, es un tipo penal de consumación instantánea, pues se colma la hipótesis plasmada en el CPM en el momento mismo de su ejecución.

Es un delito unisubjetivo, en virtud de que el propio tipo penal no exige que en la comisión de este hecho punible participen dos o más personas para la consumación del ilícito, por lo que basta la participación de un solo sujeto activo para que se configure el mismo.

Como puede consumarse con un solo acto, es un delito unisubsistente, y plurisubsistente, porque la conducta típica implica una serie o pluralidad de actos encaminados a consumir los actos libidinosos.

Es un delito de lesión, porque al ejecutarse el delito de actos libidinosos se afecta el bien jurídico tutelado por la norma jurídico-penal.

Se le considera un delito autónomo porque jurídicamente tiene vida propia, ya que sus elementos constitutivos no requieren de otro hecho punible para que se configure. Por los medios empleados, como la violencia física o moral²⁶, es un delito alternativamente formado. Además es un ilícito de tipo complejo, ya que el delito de actos libidinosos “protege no únicamente un bien jurídico sino varios, por ser diversos en los sujetos pasivos y activos del hecho punible” (Navarrete, 2007, p.766).

En el ámbito penal, la conducta erótica-sexual adquiere significados diferentes al sociológico y psicológico. “Ejecutar en otro un acto erótico-sexual” es una frase imprecisa que reseña el elemento objetivo, sin considerar el propósito del agente executorio, la intención que conecte a sus tocamientos.

El acto erótico-sexual típicamente relevante para integrar el delito de actos libidinosos es el que se comete “sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula”, que pueden ser tocamientos, frotamientos con cualquier parte del cuerpo, caricias lúbricas, coito *inter femora*, besos lujuriosos y pellizcos, entre otros.

Alberto González Blanco establece que por “actos eróticos sexuales se entiende como el tocamiento lúbrico, somático que ha de recaer sobre el cuerpo del sujeto pasivo, dirigido a excitar la libidine del activo” (citado en Navarrete, 2007, p. 767). González Blanco únicamente considera que la acción es corpórea, no son válidas las palabras obscenas como elemento del delito.

Maggiore escribe que un acto lujurioso distinto del ayuntamiento carnal es toda acción que tienda a desahogar un apetito desordenado de lujuria, excluido el coito. Por lo tanto, quedan incluidos los tocamientos y manoseos lascivos, los frotamientos, el desnudarse para ser visto, el hacer cosquillas en los genitales, la masturbación, el *cunnilingus*, el *coitus inter femora*, y la *immissio penis in os*. En esta práctica obscena, el individuo activo es el *irrumator* y el pasivo el *ellator* (1954, p. 78-79). Este autor abarca

²⁶ Que señala el penúltimo párrafo del Artículo 270.

una enorme gama de conductas, inclusive, el exhibicionismo, que pueden conformar los actos libidinosos.

González Quintanilla habla de que el acto libidinoso puede tratarse de aproximaciones que no importen contacto corporal directo, pero que tenga un contenido sexual respecto de otros sentidos del agente que no sean el del tacto, como el de la vista, y que no siempre el significado sexual de la aproximación depende del lugar del cuerpo del sujeto pasivo al que el autor accede con sus sentidos, sino que puede ser cualquiera cuando es aquel quien le otorga el significado sexual por la parte de su cuerpo que aproxima al de la víctima o porque subjetivamente se lo da (citado en Navarrete, 2007, p. 767). Como se observa, González Quintanilla admite la utilización de otros sentidos, y realza la importancia que le da al activo a la parte del cuerpo que aproxima a la víctima.

Sin embargo, para Creus (citado en Navarrete, 2007, p.p. 767-768), si no hay conductas de acercamiento o contactos corporales con la víctima, de significación sexual, la materialidad no existe, como tampoco existe si el acto lo realiza el autor sobre su propio cuerpo y lo haga contemplar al sujeto pasivo contra su voluntad

Ergo, los actos eróticos-sexuales para efecto del hecho punible son aquellas conductas lascivas que aplica el sujeto activo a la víctima, que afrenta el sentimiento de la moral sexual, el pudor, o su libertad sexual, quebrantando su esfera jurídico-sexual.

Este acto libidinoso debe presentarse sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, tomando la forma de un acto sexual incompleto.

La ausencia del consentimiento, que es un elemento que exige la ley, puede tomar formas diferentes, según sean las ocasiones de comisión, el estado en que se encuentren las víctimas y procedimientos de ejecución empleados por el agente ejecutor.

- Contra la voluntad del sujeto pasivo, sin el empleo de violencia, sorprendiendo de improviso a su víctima, sin darle siquiera lugar a oponerse o a evitar la acción.
- Puede darse contra la voluntad libre y expresa de la víctima, ejecutándose la acción delictiva empleando la violencia física o la violencia moral, logrando que el sujeto pasivo, por miedo, deje ejecutar en su cuerpo el acto que no ha querido.
- Contra la voluntad de la víctima, sin violencia ni sorpresa, ya que no pueden ofrecer resistencia por estado de indefensión.

- En ausencia del consentimiento de la víctima, cuando el acto se realiza en personas privadas de conocimiento.
- En el caso de los impúberes, que no están aptos para emitir consentimiento válido y consciente.

Cuando se utilizan la violencia moral o física, se considera como agravante en el delito de actos libidinosos. Así, la penalidad se agrava en el hecho punible cuando el sujeto activo emplea la violencia física o moral en contra del sujeto pasivo.

Para Navarrete (2007) la violencia es la fuerza o agresión de hecho, ejercida por una persona, que se traduce en ataque material y directo, caracterizándose por la fuerza muscular que emplea el sujeto activo sobre la víctima, o por instrumentos mecánicos que lo apoyan para tal fin.

Luego, lo que tiene incidencia en el delito de actos libidinosos, no es la violencia que se realiza en el propio acto, sino la violencia del medio que se utiliza para doblegar la voluntad de la víctima. Es muy posible que un acto sexual como tal, un contacto, tenga algunas connotaciones de brusquedad, de violencia, pero eso no es lo que la ley configura. Lo que la ley castiga es que el agente utilice medios violentos para vencer una resistencia que le ha sido contraria.

La violencia moral, según Bacuña Valdés, “es el actuar de manera coercitiva sobre la capacidad resolutoria de la víctima. Esta violencia consiste en lograr, mediante actitudes, circunstancias y aún medios, la anulación de la capacidad de reaccionar o de actuar con fuerzas ante la acción de la agresión” (citado en Navarrete, 2007, p. 771).

Este tipo de violencia, es una coacción psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo para vencer su total oposición a la realización material de los actos libidinosos, que se manifiesta concretamente en amenazas de carácter conminatorio.

3.2.2 Resultado. El resultado es el fenómeno físico que acompaña a toda la conducta, puesto que no hay conducta sin resultado y ambos elementos están unidos por un nexo de causalidad. Este resultado es considerado la manifestación en el mundo físico de la lesión del bien jurídico protegido. Establece un elemento no constante del tipo penal que no siempre se requiere acreditar.

Los elementos no constantes, son aquellos que se acreditan sólo si el tipo lo pide. El bien jurídico cumple dos funciones: garantiza que no haya tipos penales sin bienes jurídicos

tutelados; y otra, teleológico- sistemático, que da sentido a la prohibición manifestada en el tipo, y que la imita. Así, para afirmar la existencia del resultado, es necesario estipular, en cada tipo penal de los hechos punibles, cuál es el bien jurídico protegido, sólo así se estará en condiciones de saber si ese bien jurídico fue lesionado o puesto en peligro por la conducta típica, antijurídica y culpable del sujeto activo, y, de esta manera, instituir si el hecho punible se consumó o no y, por tanto, sí es posible la tentativa, lo que hace que aparezca una problemática doctrinal: ¿se da la tentativa o no?.

Como se trata de un delito instantáneo, el resultado se presenta en el momento de la consumación. González de la Vega comenta que el “atentado se consuma con la ejecución de la acción típica del delito, que lo es el acto erótico incompleto”, secundado por Carrancá y Rivas (citado por Navarrete, 2007) al decir que “el delito se consuma por la perpetración del hecho en que consiste el acto erótico-sexual”. Sin embargo, Puig Peña indica que el “delito solo se consuma cuando el sujeto activo ha logrado satisfacer un deseo sexual y, por consiguiente, la tentativa se da cuando el actor no ha llegado a satisfacer sus deseos líbricos, por causas independientes de su voluntad, limitándose a realizar contactos con partes del cuerpo de la víctima, diferentes del sexo” (citado en Navarrete, 2007, p.773). Tal parece que Puig Peña sólo considera tentativa al delito de actos libidinosos, un preludeo de un acto interrumpido involuntariamente por el sujeto activo. Sin embargo, Amuchategui Requena, señala que la consumación “se da en el instante de ejecutar en el sujeto pasivo el acto sexual distinto de la cópula” (Citada por Navarrete, 2007). Ergo, el delito de actos libidinosos se consuma, en el momento mismo en que un sujeto ejecuta los actos eróticos-sexuales en otra persona, sin su consentimiento y sin consumir el coito.

Carrancá y Rivas -citado por Navarrete-, comenta que el delito de actos libidinosos “sólo es punible cuando es consumado, por lo que la tentativa es siempre impune”. Para Sebastián Soler “en la figura del abuso deshonesto cometido mediante violencia real es perfectamente posible la tentativa. Bien puede suceder que los actos realizados violentamente no sean impúdicos (tomar los brazos de la víctima); pero que exterioricen inequívocamente la intención. Es, en cambio, sumamente difícil concebir la tentativa en los casos de violencia presunta, que allí el hecho (no mediando resistencia) consiste en el contacto. Antes de él no hay nada, y después del primer contacto, el delito queda consumado. No puede, sin embargo, excluirse, en principio, esa tentativa, porque no puede

negarse la posibilidad de que hechos inequívocos muestren claramente la intención referible al abuso deshonesto” (citado en Navarrete, 2007). También Zamora Jiménez admite que es un delito que por su naturaleza si admite la figura de la tentativa. Pavón Vasconcelos considera que “nada se opone doctrinalmente a considerar posible una tentativa de atentados al pudor realizada con violencia física o moral sobre la víctima o sobre un tercero, porque el empleo de la violencia con exteriorización del propósito, es índice de que el autor ha penetrado en la ejecución del delito, siempre que los actos externos puedan racionalmente interpretarse como dirigidos al fin de consumar actos eróticos. No obstante, pertinente es poner de manifiesto la dificultad, en algunos casos de determinar el principio de ejecución por la naturaleza equivocada del acto violento con relación al tipo propuesto, o de la imposibilidad de la concurrencia del acto ejecutivo previo a la consumación” (citado por Navarrete, 2007). Navarrete, citando a Carlos Creus, apunta que aunque el grueso de la doctrina rechaza la posibilidad de la tentativa, actualmente se le admite en los casos en que el modo de comisión es la violencia o intimidación; la tentativa aparecería cuando el agente ha empleado el medio violento o intimidatorio con la finalidad de llegar a consumar el acto sexualmente abusivo sin conseguirlo, por no haber podido vencer la resistencia de la víctima o por no haber logrado intimidarla, o porque otra circunstancia quebró la secuencia de autor.

Entre los que se oponen en negarle el grado de tentativa al delito de actos libidinosos, está Maggiore (1954) que discurre que el período

...consumativo se verifica apenas se realiza un acto lujurioso -sin tener en cuenta que el torpe apetito del agente haya quedado satisfecho. La tentativa no es configurable, pues, como enseñó Carrara, al comenzar el acto ya está consumado el acto libidinoso, sin necesidad de averiguar si el culpable ha conseguido o no ha conseguido el desahogo de su brutal apetito; antes del comienzo del acto, no se puede hablar de conato (p. 81).

Otro es Cuello Calón, que indica que esta infracción excluye los momentos de frustración y tentativa, pues o se comienza su ejecución y el delito queda consumado, o no

se comienza el delito, por lo que no pasa del momento de la preparación, siendo los actos preparatorios no punibles (citado en Navarrete, 2007, p. 774).

Navarrete (2007) señala que La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que los delitos “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 este caso, a verificar la cópula.

3.2.3 Nexo causal. Se da entre la conducta típica y el resultado, por lo que debe de existir el nexo causal o de causalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación menciona: un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo causal entre ambos. La conducta puede expresarse en forma acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que denominada de la *conditio sine qua non*, de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad (Navarrete, 2007, pp. 774-775).

El nexo de causalidad en el hecho punible de los actos libidinosos se da por el sujeto activo, mediante la ejecución de actos erótico-sexuales (lascivos o impúdicos), mediante violencia (física o moral), o no, sobre el sujeto pasivo (púber o impúber), sin consumir la cópula (normal o anormal). Se necesita un resultado, que es la consumación del acto impúdico, sin descartar la tentativa inacaba que es punible.

Cuando se da el consentimiento en el caso de los púberes (mayores de edad), se presenta una conducta atípica. Todo ello deberá ser probado en el desarrollo del proceso penal. El nexo causal se considera penalmente demostrado donde existe prueba plena de la idoneidad de los medios empleados, así como del resultado acreditado, y de la conducta del

sujeto activo, de conformidad con la teoría de la *conditio sine qua non*, que reconoce el derecho penal mexicano.

3.3 Culpabilidad

Según Zamora Jiménez, es el propósito lúbrico de donde se evidencia que se trata de un delito de tendencia interna libidinosa, por lo que, su realización impide que sea viable la comisión culposa de tal manera que sólo admite la comisión dolosa (citado en Navarrete, 2007).

Para López Betancour (2005, p. 129) el acto libidinoso es de realización dolosa, secundado por Martínez Roaro que dice que “sólo puede cometerse dolosamente”(citada en Navarrete, 2007, p. 775).

Para Díaz de León (2000, p. 433):

Se trata de un delito doloso (dolo directo). El tipo establece como elemento subjetivo la intención lasciva, sin que exista la de yacer; es decir, el agente debe querer únicamente abusar sexualmente, sin tener en mente llegar a la cópula, dado que se limita a buscar un desahogo lúbrico, sin aspirar a tener acceso carnal.

Amuchategui Requena (citada en Navarrete, 2007) opina que únicamente puede ser doloso o intencional. Sólo con la intención específica del activo es posible la configuración de este ilícito. “La intención erótica y no de llegar a la cópula elimina la posibilidad de cualquier otro tipo de reproche, como la imprudencia o la preterintención” (p. 775).

Carlos Creus (citado por Navarrete, 2007, p. 775), comenta que

...ésta se determina en la trascendencia sexual del acto en la subjetividad del autor, ya porque asume la realización de un acto que en sí mismo tiene esa trascendencia, cualquiera que haya sido la motivación en virtud de la cual ha emprendido la obra (satisfacer sus instintos sexuales, dar una broma, ultrajar, etc.) ya porque subjetivamente él le ha otorgado esa trascendencia cuando objetivamente no la tenía equivocadamente. Lo cual indica que el

abuso sólo se puede cometer a través de la voluntad directa (dolo directo) del agente en orden a la vulneración de la esfera de reserva que implica el pudor sexual de la víctima.

Para Navarrete (2007)

...el delito de actos libidinosos en su ejecución es totalmente doloso (excluyendo la culpa), en virtud de que el sujeto requiere de la voluntad y de intención para realizar un acto erótico sexual sobre una persona (púber o impúber) sin o con consentimiento, sin tener en mente la ejecución de la cópula; por lo que su límite será única y exclusivamente un desahogo fisiológico impúdico (p. 775).

3.4 Sujetos

Para Navarrete (2007, p. 775), “por lo que hace al sujeto activo puede serlo cualquier persona (hombre o mujer púberes) quien ejecute los actos eróticos sexuales en el sujeto ofendido; sin embargo, en el tercer párrafo del artículo 270 en comento, los sujetos activos pueden ser calificados, con el parentesco consanguíneo y colaterales hasta el cuarto grado. El sujeto pasivo puede serlo cualquier persona (púber o impúber) que es el titular del bien jurídicamente tutelado por la norma jurídico-penal. Ambos sujetos son comunes, no calificados.”

Así en relación al delito de actos libidinosos, el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, hombre o mujer; igualmente el sujeto pasivo puede serlo hombre o mujer. Luego, el sujeto activo, será quien ejecute el acto libidinoso en el otro individuo. El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado, en este caso, será sobre quien ejecuta el sujeto activo el acto libidinoso. El ofendido es sobre quien recae la acción, en el tipo en estudio; coincide con el sujeto pasivo. Puede ser cualquier tipo de persona.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que, en actos libidinosos tratándose de una menor de edad como sujeto pasivo, es incorrecto que el delito de atentados al pudor no exista o no se pueda dar tratándose de una menor pues, ciertamente por su edad no se despierta en ella el sentimiento de ocultación y vergüenza de los órganos, atributos y actos sexuales que conforman el pudor, pero tratándose de una menor, no es el

pudor el bien jurídico protegido por el legislador, sino el interés social de impedir la corrupción de los impúberes, favorecida por la acción de actos libidinosos, consentidos o no, por ellos (citado en Navarrete, 2007, p. 775).

3.5 Bien jurídico

La doctrina emite diferentes opiniones sobre cuál es el bien jurídico protegido en el delito de actos libidinosos, dependiendo si el sujeto pasivo es púber o impúber.

Navarrete (2007), citando a Martínez Roaro, comenta que “es la libertad y la seguridad sexual. La correcta formación sexual del menor” (p. 778). Por tanto, considera el bien jurídico tutelado la libertad y seguridad sexual en mayores de edad, y la protección del desarrollo psicosexual del menor.

González de la Vega (citado en Navarrete, 2007), dice al respecto lo siguiente:

En mi opinión, no es el pudor el bien jurídico protegido por el legislador en este delito, son: el derecho a la libertad y seguridad sexuales de los púberos, violentado por las acciones registradas sin su consentimiento; o el interés social de impedir la corrupción prematura de los impúberos, favorecida por la ejecución de actos libidinosos consentidos o no por ellos” (...) Su prematura iniciación en actividades eróticas puede ser dañosa, tanto desde el punto de vista ético como psicofisiológico. En efecto, aparte de la posible degradación mental o moral del niño, la realización en su cuerpo de manejos lúbricos para los que no tienen todavía capacidad biológica, pueden engendrar en él fijaciones irregulares o desplazamientos aberrantes del instinto sexual. No debe olvidarse la importancia creciente que la moderna Psicología sexual otorga a las primeras experiencias sexuales, cuando éstas son prematuras, irregulares, infortunadas o insatisfactorias, causa verdaderos traumas psíquicos que lesionan perdurablemente a los sujetos (p.p. 778-779).

Este autor considera que en los sujetos púberes se protege la libertad y seguridad sexual; en los impúberes habla de que el bien jurídico protegido es el normal desarrollo psicosexual, mismos que la sociedad preserva para evitar su corrupción.

Carrancá y Rivas dice que “es el pudor de las personas, o sea, “el respeto de nosotros mismos, según la definición de Spencer, sentimientos que se concretizan en la honestidad y en el recato, que frenen en las personas sus impulsos sexuales, nacientes o adultos” (citado por Navarrete, 2007, p. 777). En este caso, el pudor es el bien tutelado. Carrancá y Rivas no introduce el concepto de libertad sexual

Navarrete (2007, p. 778) lo pronuncia como “el bien jurídico es diferente para los sujetos pasivos, así tenemos que para los sujetos púberes es la libertad sexual; mientras que para los sujetos impúberes es la seguridad sexual y su correcta formación psicosexual tanto en el aspecto físico como intelectual”.

3.6 Objeto material

Si el objeto material es sobre quien se ejecuta la conducta antijurídica, en los actos libidinosos coincide el objeto material con el sujeto pasivo, ya que es él quien resiente directamente el resultado de la acción delictiva. Por tanto, el objeto material en el hecho punible de actos libidinosos es el propio sujeto pasivo, y en ello, ha coincidido la doctrina penal.

3.7 Por su gravedad

Según el CPM se trata de un delito no grave, por no estar considerado en el Capítulo II, los delitos graves.

3.8 Por su forma de persecución

Se trata de un de hecho punible perseguible por denuncia, a luz del segundo párrafo del artículo 16 Constitucional, por lo que no opera la institución del perdón por parte del sujeto pasivo ofendido o víctimas.

3.9 Participación en el hecho punible

En el delito de actos libidinosos se presenta la autoría material. El autor material puede ser cualquier persona, y será quien ejecute directamente el acto libidinoso sobre el sujeto

pasivo, sin su consentimiento o con consentimiento viciado. Así, existe el dominio de acción del sujeto ejecutor por sí mismo del hecho punible; en otras palabras, es quien realiza materialmente el ilícito al ejecutar el acto erótico-sexual en el sujeto pasivo sin consumir la cópula.

En el delito de actos libidinosos pueden aparecer otras figuras: los partícipes; entre éstos se encuentran los siguientes:

El coautor podrá ser cualquier persona, y es quien actúa en la misma proporción que el agente del ilícito. En el delito de actos libidinosos, se presenta la coautoría, cuando varios sujetos tienen dominio del hecho punible, repartiéndose su participación en el evento punitivo; los coautores deben tener a posibilidad de terminar, interrumpir o continuar con el delito, por lo tanto puede el coautor destruir el proceso causal que lleva al resultado, por no ejecutar su parte acordada (avisar si la víctima está sola, permitir el acceso a la casa y otros).

En el delito de actos libidinosos, se presenta la autoría mediata, pues el sujeto realiza el acto libidinoso sirviéndose de otro, el autor mediato tiene dominio de hecho, pero lo realiza a través de otro al cual utiliza como instrumento, como puede ser el caso de valerse de un menor de edad o de una persona con trastornos mentales, de alguien que actúa por error, o por coacción física o moral. Podría ser llamado también cómplice, puesto que es quien ejecuta actos de cooperación en la realización de los actos libidinosos, pudiendo ser cualquier persona (utilizar a otro, a veces inimputable, para atraer a la víctima)..

Se presenta la figura del instigador en el delito de actos libidinosos, cuando influye en la voluntad del otro, animándolo a que acepte el ejecutar el acto erótico-sexual. Este es un autor intelectual, que viene a acelerar la aceptación de la ejecución del acto erótico-sexual sin consumir la cópula, sea con violencia o no (esta influencia acelera la ejecución del acto erótico-sexual, sin llegar a la cópula). Pero el influenciado se transforma en el autor material del acto libidinoso.

El encubridor es quien oculta al agente que ha perpetrado el delito. En el delito de actos libidinosos, se presenta el encubrimiento²⁷, que es el auxilio posterior a la realización del hecho punible al sujeto libidinoso.

²⁷ También puede encubrirse el delito.

3.10 Agravantes

El artículo 270 del CPM aumenta la sanción en cuanto a la pena de prisión y a la multa, en los siguientes casos:

- Si el ofendido es impúber, aun cuando otorgue su consentimiento, se impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cuarenta a cien días de multa.
- Si se hiciera uso de violencia física o moral se impondrá además la pena de uno a cuatro años de prisión.
- Si los actos los cometiera un familiar consanguíneo directo y colaterales hasta el cuarto grado, en agravio de persona impúber se impondrá de cuatro a diez años de prisión y de cien a quinientos días de multa.

En resumen, al delito de actos libidinosos lo constituyen actos sexuales concretos como tocamientos libidinosos, frotamientos, masturbaciones, masajes u otros ejecutados en el sujeto pasivo que no tengan por objeto la unión carnal y pretenden saciar la lascivia del sujeto activo. Es un delito de acción, debido a que el agente en la realización del hecho delictivo ejecuta movimientos corporales o materiales para lograr su objetivo; en otras palabras, ejecuta en otra persona un acto erótico-sexual, sin el propósito de llegar a la cópula. Existe la posibilidad de efectuar tanto la violencia física como moral. Es un delito de lesión, ya que está afectando el bien jurídicamente tutelado de la otra persona. Este ilícito es unisubsistente porque se requiere de un sólo acto para que se configure el tipo penal. Es unisubjetivo, ya que es necesaria la participación de un sólo sujeto para que se configure el delito, y es instantáneo, ya que se agota en el momento de su consumación.

CAPÍTULO CUARTO

LOS PROBLEMAS EN LA REGULACIÓN DE LOS DENOMINADOS ACTOS LIBIDINOSOS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

Errare humanum est

Nuestra sociedad actual aparece configurada como una sociedad de riesgos. Entre muchos de éstos, las incertidumbres que lesionan la intimidad y la libertad sexual, son valorados por los ciudadanos como reales y graves, provocando una reacción de pánico y, a la vez, la exigencia dirigida al Estado para que devuelva la paz y la seguridad. La respuesta del Estado suele ser el recurso al Derecho Penal; así, el Estado es conminado a utilizar el arma más potente con la que cuenta. Y, a su vez, la imposición de una sanción penal se convierte en la única respuesta válida que los ciudadanos aceptan a la hora de combatir los peligros que les acechan. El Estado de México no es una excepción.

No obstante, el análisis de la norma jurídica y de los principios penales de lo que el CPM designa como “actos libidinosos” muestra que la realidad social a la que se refieren las normas jurídicas no es inmutable ni está previa y claramente delimitada, sino que es más compleja, y cambiante de lo que las normas reflejan.

¿Qué tipo de técnica es utilizada, por parte del legislador mexiquense para regular los denominados actos libidinosos? Es indudable que la teoría y la *praxis* jurídicas que no conozcan, tanto a la hora de crear, como de interpretar y aplicar las normas jurídicas la realidad a la que las mismas se refieren, están destinadas al fracaso; el saber normativo debe ir siempre acompañado, apoyado e ilustrado por el conocimiento de la realidad que le brindan la sociología, la economía, la psicología, la antropología o cualquier otra ciencia, de carácter no jurídico, que se ocupe de estudiar las circunstancias del comportamiento humano en sociedad.

La problemática al regular los llamados actos libidinosos en el CPM se inician cuando se carece de una adecuada definición de los mismos y se debe acudir a las interpretaciones de los códigos comentados de los juriconsultos. Por muestra, “... ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula...”, requiere conocer el significado de “acto erótico sexual”. Recurriendo a Díaz de León (2004), expone que

Ejecutar un acto sexual, significa realizar físicamente un contacto erótico en el cuerpo de la víctima, es decir, el agente debe 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, por ejemplo en una mujer el pubis,

los senos, los glúteos, o cualquier otra parte del contenido sexual de su físico (p. 433).

Y, se corrobora, en este caso, que **la legislatura penal mexiquense no da un tratamiento adecuado al delito de “actos libidinosos”, al no describir la conducta que pretenden tipificar.**

Un código penal explícito en estos casos es el chileno, que indica que es la realización de un acto de significación sexual, distinto del acceso carnal, que se ejecuta mediante el contacto corporal con la víctima, o que afecte sus genitales, el ano o la boca de la misma, aun cuando no haya contacto corporal con la misma. Y, en el caso de los niños es todo tipo de aproximación sexual, porque éste no se encuentra en posición de comprender.

La utilización de elementos normativos dentro de la descripción del tipo penal de actos libidinosos en la legislación Penal del Estado de México, provoca desconcierto e incertidumbre para las víctimas de este delito, ya que actos de esta naturaleza pueden quedar impunes por aplicarse bajo una falsa interpretación sobre los sujetos que tutela. Y existen otras falencias técnicas en el artículo 270 del CPM que abordaremos a lo largo de este capítulo.

4.1 La incapacidad de consentir

Según el diccionario, el consentimiento es la aceptación de la ejecución de un acto, e implica otorgar, autorizar. La psicología define al consentimiento como “la decisión de realizar o de permitir que se realice un acto propuesto por un individuo” (Warren, 1984, p.65). Para el Derecho, es la manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. En el campo del derecho penal el consentimiento es por parte del titular del bien jurídico, “un acuerdo con el hecho, que no se satisface con un mero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho” (Welzel, 1956, p.99).

Para imponer sanción por una conducta punible que afecta a un bien jurídico concreto, se averigua si el titular del derecho o interesado otorgó consentimiento para realizar el acto y, en la afirmación, el alcance que ello tiene sobre la responsabilidad penal, ya sea, si se está frente a una situación de irresponsabilidad, de plena responsabilidad, o de responsabilidad penal atenuada.

Este consentimiento se acopia en el CPM, en su artículo 15 III, inserto en el capítulo V y bajo título “Causas excluyentes del delito y de la responsabilidad”, señalando que son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal, las permisivas, como:

Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

Que se trate de un delito perseguible por querrela;

Que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo; y

Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad.

Por tanto, el consentimiento del interesado o titular del bien jurídico posibilita que el sujeto esté exento de responsabilidad penal.

Los requisitos del consentimiento son: Titularidad del bien jurídico, Capacidad, Libertad y Conciencia y Exteriorización.

Titularidad. El consentimiento tiene que ser prestado personalmente por el titular del bien jurídico y, con excepciones, es plausible que pueda ser otorgado por un representante legal, dependiendo la singularidad de la propia naturaleza del objeto de la tutela penal; por ejemplo, en el delito de actos libidinosos no cabe consentir mediante representante, dada la índole tan personal de la libertad sexual.

Capacidad. Para consentir se requiere que el titular del derecho goce de juicio y equilibrio mental suficiente como para establecer el alcance de su aceptación y calcular razonablemente los beneficios y/o perjuicios que el acto le puede acarrear.

Sin embargo, el artículo que atañe a esta tesis señala “Al que sin consentimiento de una persona púber ejecute en ella un acto erótico sexual...”; “... Si el ofendido es impúber, aun cuando otorgue su consentimiento...”; como se observa, no menciona la incapacidad de consentir en personas púberes, a comparación de otras legislaciones de los estados, que si lo contemplan. Como ejemplos citamos los códigos penales de Tabasco, que en el artículo 157 indica que “... Al que ejecute un acto erótico sexual en persona menor de doce años, o que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o que por cualquier causa no pueda resistirlo...”; el de Aguascalientes, en su artículo 121 menciona “... Si el ofendido es

menor de doce años de edad; no tiene capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no puede resistirlo...”; el de Baja California, artículo 180, diciendo “Al que sin consentimiento de una persona o con consentimiento de un o una menor de catorce años o que no tenga capacidad de comprender el hecho o que por cualquier causa no tenga la capacidad de resistirlo...”; Coahuila, en el artículo 397 revela “... Se aplicaran las mismas sanciones si el sujeto pasivo es una persona sin capacidad de comprender el significado del hecho o de decidir conforme a esa comprensión o por cualquier circunstancia personal no pueda resistirlo.” Baja California Sur puntea en su artículo 287 “... o de quien no tenga capacidad mental para comprender...”; inclusive el CPF, artículo 261, afirma “... que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho...”.

Es asombroso que el CPM en su artículo 16, aluda respecto a que el sujeto activo es inimputable cuando padezca alienación u otro trastorno similar permanente o trastorno mental transitorio producido, ya sea en forma accidental o involuntaria, que tengan como consecuencia la ausencia de la capacidad de comprender la antijuricidad o ilicitud de su acción y omisión, antes o durante la comisión del delito, *A contrario sensu*, no se considere la incapacidad de comprender en el sujeto pasivo de los actos libidinosos. Además, no existe una definición de la incapacidad, siendo 89 las veces que aparecen las palabras “incapaz” o “incapaces” en dicho código.

Sin embargo, el Código Civil del Estado de México, título Octavo, Capítulo I, menciona

Artículo 4.229.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y de sus bienes, respecto de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados.

Incapacidad natural y legal

Artículo 4.230.- Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

- II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia por trastornos mentales, aunque tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordomudos que no sepan leer ni escribir;
- IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inadecuado de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia;
- V. Las personas que por cualquier causa física o mental no puedan manifestar su voluntad por algún medio.

Con el término *incapacidad* se designa aquella capacidad intelectual y de voluntariedad o decisión. Hablamos de capacidad intelectual para diferenciarla del conocimiento sensitivo. Estamos pues, en el primer acto de la inteligencia. La aprehensión es enterarse, darse cuenta de la obra que se va a realizar o se está realizando. Es el primer requisito para que el acto del consentimiento sea voluntario.

López Betancourt (2005) llama incapacidad los casos en que el sujeto, por su corta edad, por tener algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, no comprende el carácter del hecho.

Así, el consentimiento exige la capacidad de conocer y entender la realidad exterior. Esta capacidad se realiza mediante tres fases sucesivas: aprehensión del hecho o realidad, reflexión, y emisión de un juicio sobre la misma. Por tanto, cualquier perturbación, trastorno o enfermedad mental que impida el desarrollo y ejercicio de esta facultad, o una grave perturbación del ánimo que suponga carencia del suficiente uso de razón, impedirá emitir un consentimiento válido.

De esta manera, la propia ley penal se encarga de determinar la capacidad para consentir de los menores, sobre todo en los ilícitos que implican daño al normal desarrollo psicosexual.

Por ende, para emitir un consentimiento válido no basta el uso de razón, sino que se requiere una capacidad específica o aptitud psicológica necesaria para que el sujeto pueda formar un juicio sobre la naturaleza del acto que se ha de llevar a cabo, esto es, la discreción de juicio o madurez personal. Esta discreción supone en la persona un conocimiento estimativo y valorativo de las consecuencias de cualquier acto.

Libertad y Conciencia. El consentimiento debe darse libremente, sin mediar coacción o engaño, y correspondiendo a la verdadera voluntad del acto del que consiente. Abbagnano (1980) indica que la libertad²⁸, en sí, no sólo es ausencia de trabas o de determinaciones procedentes del exterior, conocida como libertad física, sino que también la facultad de poder resolverse a algo sin que lo impidan causas exteriores psíquicamente influyentes, y que se denomina libertad moral. Por su lado, la conciencia, en sentido etimológico, estricto, significa un saber ajustado respecto de la existencia psíquica propia y de los estados en que en un instante dado ésta se encuentra. Como consecuencia, el consentimiento es nulo si emana de quien, aun con libertad, no tiene aceptación total e incondicional de los efectos del hecho que se permite.

No existe libertad ni conciencia si existe agresión. La fuerza física no es siempre el factor primordial para cometer un acto libidinoso. Los agresores pueden recurrir a amenazas o a la intimidación para hacer que sus víctimas se sientan atemorizadas o imposibilitadas para detenerlos. También el hecho de que la víctima se encuentre en estado alcohólico o bajo la influencia de las drogas, la incapacita para consentir.

Exteriorización. El consentimiento, en sentido legal, de alguna forma ha de exteriorizarse, ya que si ello no ocurre no se está frente a una voluntad comprobada que permita vincular a ella consecuencias jurídicas. El consentimiento no requiere de manifestación expresa, y basta tan sólo una acción cualquiera concluyente.

Por lo mismo, una persona inconsciente no puede expresar libremente su voluntad de consentir. Al respecto, Mangiafico (citado en Navarrete, 2007) sostiene que la privación del sentido se da por fuentes fisiológicas o patológicas que no afectan la regularidad de las facultades mentales, sino que es un *lapsus* de conciencia, como en el caso de los ebrios, o los que han sufrido un desmayo, lo que les impide expresarse válidamente. En estos supuestos, la presunción será *juris tantum*. Concordando con este autor, se opina que las personas alcoholizadas, drogadas o inconscientes, están incapacitadas para resistir el acto libidinoso.

Afianzando este tema, se sintetiza que la prestación libre y responsable del consentimiento exige una capacidad previa suficiente en el sujeto que lo presta. Esta capacidad precisa no sólo de inteligencia, sino también de la voluntad, se ha de

²⁸ Cfr. Brugger, W. (1978). *Diccionario de Filosofía*. (9ª ed.). Barcelona: Herder. (Pp. 115 y 314).

comprender, y al mismo tiempo querer. Los vicios de la voluntad -coacción, error y engaño- hacen ineficaz el consentimiento. Por otro lado, también hay una serie de supuestos en los que se excluye el consentimiento por existir una divergencia entre la voluntad interna -lo querido en realidad- y la voluntad declarada, como son: el error, la violencia física irresistible y la declaración emitida sin seriedad o con reserva mental. Hay otro conjunto de supuestos en los que, aun habiendo perfecta concordancia entre lo que se quiere decir y lo que se dice, se entiende que el consentimiento ha sido viciado por intimidación -Vg. al inspirar en el sujeto pasivo el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o familiares-, o por la utilización de palabras o maquinaciones insidiosas para inducir al otro a consentir. Además, en el delito de actos libidinosos perpetrado en impúberes, es irrelevante el consentimiento para la integración del delito, dado que por su corta edad y escaso desarrollo fisiológico, ni siquiera son aptos para las funciones sexuales externas, y, síquicamente no pueden emitir consentimiento válido y consciente.

Como inferencia, el artículo 270 del CPM prevé *juris et de jure* que un impúber carece de capacidad para comprender la materialidad de los hechos, por lo que su consentimiento no posee relevancia; sin embargo, **no registra el consentimiento viciado por la falta de capacidad de comprensión del significado del acto, en el sujeto pasivo púber con enajenación mental, siendo este consentimiento no competente jurídicamente.**

4.2 La indeterminación del sujeto pasivo

La manera legislativa en que el CPM aborda al sujeto pasivo en el delito de “actos libidinosos” no se puede explicar *per se*, ya que menciona “Al que sin consentimiento de una persona púber...”; “Si el ofendido es impúber, aun cuando” Así, estos elementos, indica modalidades distintas del ilícito, según recaiga en personas púberes o en personas impúberes. Pero el legislador no manifestó una disquisición legal sobre los vocablos “púber” e “impúber”; tampoco hizo referencia a la etapa en que inician estos períodos fisiológicos del ser humano, para que el agente investigador del delito en cuestión lo

aplicara, ya que en la práctica lo hace a su libre facultad²⁹, o, si es una persona consciente, pide un dictamen pericial.

Aunque ya tocamos el tema de la pubertad en un capítulo anterior, consideramos conveniente retomar la pubertad, en el contexto jurídico. Justificadamente, para Navarrete (2007)

Cualquiera que sea su sexo, 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. Impúberes son 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 (p. 769).

Diferimos de Navarrete sobre la función sexual excretora, puesto que en las niñas, la menarca no indica un desarrollo sexual adulto.

Cabanellas expresa que quien no ha alcanzado la edad de la pubertad, es impúber, siendo la pubertad aquella en que se alcanza la capacidad de procrear, supuesta a los 12 años en las mujeres y a los 14 en los varones (citado en Navarrete, 2007). Warren (2003) corrobora esta opinión, al decir que la pubertad es el “Período de vida en que maduran las funciones reproductoras, es decir, en que éstas se convierten en activas” (p. 204). Estos autores hablan de pubertad relacionándola con la procreación, sin considerar que en las sociedades occidentales urbanas, es más tardío este proceso.

Díaz de León (2004), sin acotar una edad, menciona los cambios fisiológicos inherentes a la pubertad, diciendo que

Púber es la etapa inicial de la adolescencia que se caracteriza por el paso de la niñez a la edad adulta. Los cambios que presenta normalmente, son: los órganos genitales alcanzan un grado suficiente de madurez para hacer factible la reproducción; aparición

²⁹ La determinación del estado de púber o impúber es sencilla tratándose de sujetos ya adultos o de niños de corta edad, en que es suficiente la indagación de su edad o la observación de su morfología.

del vello en el pubis; cambio de voz; en la mujer; desarrollo de las glándulas mamarias (p. 1448).

El enfoque de este autor hacia cambios externos sería atinado si no existiese la pubertad precoz o la tardía. Sin embargo, las características morfológicas son usadas habitualmente para determinar la pubertad.

Según Manuel Ossorio (citado en Navarrete, 2007), la pubertad es la etapa en que inicia la aptitud para la reproducción, aplicándose tanto a mujeres -de los 12 a los 14 años-, como a hombres -de los 14 a los 16 años-. Para este autor, se halla una diferencia entre ambos sexos, derivada de la duración de esta fase, puesto que considera que la mujer comienza a ser púber a edad más temprana que el varón, con adelantos y retrasos individuales variables, debidos al clima o factores hereditarios.

Citando a Martínez Roaro, Navarrete (2007) menciona que la correcta formación sexual de un individuo, tanto en el campo fisiológico, como psíquico-cultural, se termina, cuando más tarde a los 15 años.

Luego, no existe un discernimiento uniforme para demarcar cuándo principia la pubertad y cuándo deja de ser impúber un niño, pues factores fisiológicos, hereditario y geográficos (Vg. En climas cálidos, se ha comprobado que el inicio de la pubertad es más temprana que en los climas fríos), son variables determinantes en ese hecho.

Navarrete (2007) hace suyas la argumentación de Martínez Roaro, acerca de este tópico punteando como algunas etapas biológicas del ser humano la llamada tercera infancia -más o menos de los ocho a los 12 años-, y la pubertad, considerándola, más o menos, de los 13 a los 18 años. Por tanto, la pubertad es un lapso con duración de cuatro a cinco años, que se exterioriza en cada persona a edad distinta, según el medio en que el individuo se desarrolle, su tipo de alimentación, e incluso los factores hereditarios que posea; influyendo, además en el tiempo que dure la pubertad. Por lo mismo, un niño podrá empezar a ser púber a los 10 años y terminar de serlo a los 12 años; otro, será púber de los 14 a los 16 años, y así sucesivamente. Por lo consecuente, el impúber es aquel que aún no sale de la segunda infancia o de la primera, para entrar a la pubertad.

Helen Bee (2004) confirma los datos anteriores, dando un rango normal de edad de inicio y fin de la pubertad en varones de los 11 años a los 18, mientras que en las mujeres es de los 11 a los 16 años. Al respecto comenta: “Esta escala es bastante amplia en cada

caso y es importante notar que cualquier edad comprendida dentro de ella está dentro de los límites del desarrollo normal” (p. 95).

Pero no hay que olvidar la pubertad precoz, que es un estado de desarrollo anormal que produce la aparición prematura o extraordinariamente temprana de la pubertad y de las características asociadas a ésta; por el contrario, la pubertad retrasada o tardía es la ausencia de caracteres sexuales secundarios a una edad en la cual el 95% de los sujetos de la población ya ha iniciado la maduración sexual³⁰.

Analizando los “actos libidinosos” o su equivalente en otros códigos penales, se muestra que algunos han optado por determinar una edad, evitándose la problemática de su definición y terminología legal. Así, en lugar del término “impúber” utilizado en el CPM, Guanajuato, Tabasco, Aguascalientes y Coahuila señalan una persona menor de doce años de edad, mientras que Baja California, indica un o una menor de catorce años.

Sin embargo, para los hechos punibles como el estupro y la violación, el CPM no emplea los conceptos “púber” e “impúber” para designar a los sujetos pasivos, sino que marca edades. La pregunta es ¿por qué el legislador ha omitido señalar una edad precisa, prefiriendo un término vago, si el “acto libidinoso” es un delito que afecta también la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual?

Es importante comparar el artículo 4.4 inserto en el Código Civil para el Estado de México, libro Cuarto, bajo el título Del Matrimonio, capítulo I, citándolo textualmente:

Edad para contraer matrimonio

Artículo 4.4.-Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce.

Los Jueces de Primera Instancia pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

Para el caso de tratarse de ofendidas por el delito de violación por equiparación, cuando la víctima sea menor de quince años y en el caso de que esta haya dado su consentimiento para la cópula y no

³⁰ En general se considera retraso puberal en las niñas si a los 13 años no existe desarrollo mamario y en los varones si a los 14 años no presentan crecimiento testicular, independiente de la presencia o no de vello púbico. También debe considerarse anormal si transcurren más de cuatro años entre el primer signo puberal y la menarquia, o si los varones tardan más de cinco años en alcanzar un completo desarrollo sexual.

concurra modificativa, la edad requerida para contraer matrimonio es de trece años.

Como se observa, aquí el legislador está considerando una edad mínima de 13 años para la mujer, en casos excepcionales, conjeturando que ya posee características de púber. No se aplica al varón, puesto que no está preparado fisiológicamente para desempeñarse como pareja sexual. En esta técnica legislativa no se utilizan los vocablos ambiguos de “púber” o “impúber”, como en el objeto de esta tesis.

Como argumento final de esta parte, concluimos que, si el ser púber e impúber es una característica individual variable, aun de sexo femenino a masculino, no existe un rango definido para señalar que edades quedan comprendidas en ellas. Bajo esta vaguedad, y retomando el marco teórico del capítulo dos de esta investigación, puede darse el caso de que el sujeto pasivo sea una persona púber precoz, y que, por lo mismo, quede fuera de la tutela; o surge duda respecto si es sujeto de protección o no, si es una persona mayor de edad, pero con pubertad tardía.

La directriz en las legislaciones penales del país, es señalar en términos definidos las edades del sujeto pasivo, *A fortiori*, **la redacción del tipo penal de “actos libidinosos” dentro del CPM, no instaure de manera clara los sujetos tutelados por la misma, al señalar que éste debe reunir las características de ser púber o impúber, que se ha demostrado son términos imprecisos y además confusos.**

4.3 La falta de inclusiones en el tipo de parentesco y otras tutelas

El último párrafo del artículo 270 del CPM indica: “Si los actos a que se refiere este artículo los cometiera un familiar consanguíneo directo y colaterales hasta el cuarto grado, en agravio de persona impúber se impondrá de cuatro a diez años de prisión y de cien a quinientos días de multa”. Así, la responsabilidad penal es específicamente agravada porque concurre una relación familiar entre el autor y la víctima; el parentesco ha sido considerado como una agravación específica respecto de esta figura concreta porque, en razón de la existencia de una relación familiar, al cometer el delito se produce también una situación de abuso de autoridad, de confianza o incumplimiento de deberes específicos. Es decir, se agrava la pena porque se está en presencia de conductas que revisten una mayor gravedad.

Sin embargo, al examinar el párrafo mencionado, se topa de nuevo con el impreciso vocablo de “impúber”, presumiéndose que, si una persona púber, aun siendo menor y familiar consanguíneo del sujeto activo, es víctima de este delito, no está considerada en el mismo. Además, no se incluyen las figuras de otros parientes del impúber como posibles sujetos activos en este delito agravado.

Pero al ejecutar un acto libidinoso en una persona con la que se tiene un lazo de parentesco o de relación, se lesiona la fe o la seguridad expresa o tácita, surgida de las relaciones que inspiran confianza, *verbigracia*, entre ascendientes, descendientes o entre parientes por afinidad o civiles.

Cabe mencionar, que el hecho de la procreación es el origen del parentesco. El Derecho toma en cuenta estas fuentes primarias de la relación humana y crea otras más, independientemente de los datos biológicos, para configurar su propio concepto de parentesco: es la relación jurídica que establece entre los sujetos en razón de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción. Derivadas del concepto jurídico de parentesco surgen: el parentesco por consanguinidad, el parentesco por afinidad y el parentesco civil o por adopción. Esta clasificación se registra en el código Civil del Estado de México, artículo 4.117.

Así, el parentesco por consanguinidad es el ya señalado como concepto biológico, o sea, la relación jurídica que surge entre las personas que descienden unas de otras, o de un tronco común.

El parentesco por afinidad es la relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. El grado de parentesco por afinidad es el mismo que une al cónyuge en razón del cual se establece. El parentesco por afinidad se establece únicamente entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Los parientes consanguíneos de cada uno de los cónyuges con respecto unos de otros no son parientes por afinidad. El matrimonio no crea lazos de parentesco jurídico entre dos familias, la de ella y la de él como cónyuges. Es común en la vida familiar que los parientes de ambos consortes se sientan y se traten como familiares, pero jurídicamente no existe entre ellos lazo de parentesco. Asimismo, marido y mujer no se convierten en parientes entre sí en razón del matrimonio. Podría decirse que el parentesco por afinidad lo crea el derecho a través de la institución del matrimonio que es, a su vez, una creación jurídica.

El parentesco civil es la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado. A este parentesco se le llama civil porque surge con independencia de la consanguinidad; es creado exclusivamente por el derecho. La adopción denominada “simple” es una transferencia de la patria potestad a quien adopta, y el parentesco se limita a la pareja adoptante y al adoptado; no incluye al resto de la familia de los adoptantes. Se reconoce como un hijo adoptado y no como un hijo consanguíneo³¹; es decir, la distinción prevalece.

Grado es la generación que separa a un pariente de otro. Línea es la serie de grados. Estas son: recta y colateral –el Código Civil mexicano la llama transversal-. La recta es a su vez descendente y ascendente. La colateral puede ser igual o desigual.

Las líneas tanto la recta como la colateral, pueden ser materna o paterna, en razón de que el ascendiente sea la madre o el padre. Los grados en la línea recta se cuentan por el número de generaciones que separan a un pariente de otro, o por el número de personas, excluyendo al progenitor. El parentesco en la línea recta no tiene limitación de grados. Existirá parentesco entre el ascendiente y descendiente más lejano que pueda darse.

La línea colateral o transversal se establece entre las personas que descienden de un progenitor común: hermanos, sobrinos, primos, tíos. En la línea colateral los grados se cuentan por el número de generaciones que separan a ambos parientes con respecto al tronco común, ascendiendo por un lado y descendiendo por el otro, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común. En el parentesco colateral el Derecho reconoce únicamente hasta el cuarto grado.

Entonces, la fórmula “un familiar consanguíneo directo y colaterales hasta el cuarto grado” está considerando únicamente el parentesco consanguíneo. Pero este mismo código si considera, en el delito de violación³², como circunstancia agravante, “ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por un hermano contra otro, por el tutor en contra de su pupilo o por el padrastro, madrastra, concubina, concubinario, amasio o amasia en contra

³¹ La adopción “plena” permite que el adoptado adquiriera la misma condición de un hijo consanguíneo, lo que significa que los vínculos establecidos en el proceso alcanzan a toda la familia de los adoptantes y se sustituyen todos los lazos con la familia original.

³² Artículo 274 fr. II.

del hijastro o hijastra”. Luego, en este ilícito, están considerándose como sujetos activos, el parentesco consanguíneo y el parentesco por afinidad, además de otras figuras.

Hay que recordar que los actos libidinosos cometidos sobre menores y, de forma reiterada, pueden ser el preludeo a un delito de mayor gravedad, que afecte su normal desarrollo psicosexual; y tratándose de menores, sean púberes o impúberes, esto es considerado un abuso sexual, por las instancias protectoras de los mismos.

No obstante su desuso, el CPF marca para el abuso sexual (su equivalente en el CPM son los actos libidinosos) en el artículo 266 Bis, el aumento de las penas cuando el delito es perpetrado por un ascendiente contra su descendiente o viceversa, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro, la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada. En esta modalidad si se reflejan todos los tipos de parentesco en que puede intervenir el sujeto activo, al mismo tiempo que otras figuras. Las excepciones son: la imprevisión del padrastro o amasio de la madre en contra de la hijastra, y la madrastra o amasia contra del hijastro o hijastra. Al mismo tiempo, connota que en estos casos no es necesaria la determinación de edad del ofendido.

El Código Penal de Baja California Sur, en su artículo 289, menciona: “Cuando el responsable del delito sea ascendiente o descendiente consanguíneo, adoptante o adoptado, tutor o custodio, del menor o incapacitado, el delito se perseguirá de oficio y la pena se aumentará en un tercio.” Aunque hay otras figuras que no avista el CPM, se excluye el parentesco por afinidad y los colaterales sanguíneos. El menor o incapacitado es el sujeto pasivo que se descubre.

El artículo 180 del Código Penal de Baja California señala:

Cuando el delito de abuso sexual fuere cometido por alguna persona que tenga relación de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, con el ofendido, la pena se aumentará de uno a tres años. En los casos en que la ejerciere, el culpable perderá la patria potestad o tutela, así como el derecho de heredar del ofendido.

Ergo, este código está involucrando como sujeto activo a todo tipo de parentesco, aunque omite otras figuras. Al igual que el CPF, no se involucra la edad de la persona sobre la que se ejerce la acción.

Si se agrupan las figuras de los diferentes códigos, el sujeto activo agravado puede: estar vinculada por parentesco consanguíneo, en línea recta o colateral, sin limitación de grado con el ofendido; estar ligada por parentesco por afinidad o civil con el sujeto pasivo; ser concubino/a o amasio/a; del progenitor/a del menor; estar la víctima bajo tutela, custodia o protección del ejecutor aunque no exista parentesco alguno.

Como colofón de este tema, se considera que, si un menor se concibe como sujeto de derechos, particularmente tutelados, y la minoría de edad como condición jurídicamente protegida, **el uso del vocablo impúber en el artículo 270 del CPM es impropio**, ya que se tutela a todos los menores en los delitos relacionados con la libertad e integridad sexual.

Si el abuso sexual, tal como se conoce en las leyes de protección al menor, cometido por un desconocido es grave, la circunstancia de realizarse en el seno familiar esté formalizado o no, lo hace aún más grave, pues se da entre los integrantes de un núcleo en el que debe de existir atención, respeto y buen trato.

La indefensión del menor es mayor en el grupo que considera como sus familiares, u otras personas con autoridad sobre él y a las que les tiene confianza, por lo que es obligatorio **aumentar *lato sensu*, el agravante del artículo en contexto, para los parientes por afinidad, parentesco civil, y tutores o custodios.**

4.4 Omisión de modalidades comisivas

El imperativo *nullum crimen sine lege* exterioriza que solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ningún proceder, por antijurídico y culpable que parezca puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a una descripción normativa de la ley penal.

Tipo -como la descripción de la conducta-, es el instrumento legal o dispositivo establecido en la ley, necesario para saber si una conducta es delictuosa, y no se puede prescindir de él. Es predominantemente descriptivo, porque el legislador se vale de él para describir aquellos comportamientos que estima dañosos utilizando figuras lingüísticas apropiadas, como; “miembro viril”, “muerte”, “aparatos explosivos” y otros, que se

aprecian mediante los órganos de los sentidos. También puede utilizar dicciones que se sustentan con relación a los juicios de valor de carácter jurídico como “lujuria”, “dolosamente”, “injustamente”, “casta y honesta”, entre otras. Asimismo el legislador suele emplear elementos de índole subjetiva, como ejemplo están “animo de ofender” y “fines de lucro”. Lo elemental, en estos casos, es que la redacción sea compatible con la exigencia taxativa.

En derecho penal, el tipo tiene una función triple: función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes; función de garantía, ya que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente; y función motivadora general, porque la descripción de los comportamientos en el tipo penal indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos, para que se abstengan de hacerlos.

En ese sentido, el legislador mexiquense ha restringido el ámbito de conductas que pueden quedar comprendidas dentro de los llamados “actos libidinosos”, ya que únicamente, el que se ejecute sobre la víctima un acto erótico-sexual, está contenido en la descripción típica que hace el legislador en este artículo.

Al respecto, Navarrete (2007) comenta

Grave problema surge en la fijación del alcance en la frase que se emplea en el artículo 260: “...ejecute en ella (en la víctima) un acto erótico- sexual...” Dicha frase indica conceptualmente que dicha persona es el objeto material de la conducta y que, a contrario sensu, los actos que no se ejecuten en ella, son atípicos, en virtud del principio constitucional-penal que prohíbe la analogía (p.767).

La analogía mencionada por Navarrete remite al artículo 14 Constitucional: la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* de la norma. Esto supone la no aplicación de una ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra.

Y ateniéndose a la locución “ejecute en ella un acto erótico- sexual”, las instancias investigadoras, acumulan las llamadas “cifras negras”, con otras figuras que han quedado excluidas de esta norma, puesto que, al denunciarse una conducta que la sociedad considera un acto erótico sexual, y no encontrarse legislada, ésta ni siquiera amerita iniciar una

averiguación previa, quedando la víctima sin ayuda de la institución a la que acudió para ser salvaguardada de esa conducta lesiva para su libertad sexual, o, si es menor, para su normal desarrollo psicosexual.

Algunos jurisconsultos si admiten la ampliación de conductas en los actos libidinosos. Carlos Creus, escribe que el acto libidinoso consiste en contactos corporales con el ofendido, no existiendo la figura si se hace contemplar contra su voluntad el mismo acto realizado por el agente ejecutor; sin embargo, si considera que la víctima, puede ser obligada a actuar sobre el sujeto activo (citado en Navarrete, 2007).

Díaz de León (2004) señala “sin intención de llegar a la cópula, realiza un acto sexual u obliga a realizarlo (p. 432)”. Con todo, indica

No existirá el elemento normativo de la ejecución material del acto sexual, si el activo solo pronuncia palabras obscenas, deshonestas o de invitación a realizar un acto sexual, o bien si se limita a ver el cuerpo del pasivo sin su consentimiento, o si realiza el tocamiento en su propio cuerpo, v.g. en su pene, sin importar que los mostrare a la ofendida sin el consentimiento de la misma (p. 433).

De esta manera, tanto Creus como Díaz de León consideran necesario, para que se de el delito algún tipo de contacto corporal; el exhibicionismo o las palabras obscenas serían encasilladas en otro tipo.

De ipso, los códigos penales de muchos estados mexicanos, han ampliado las modalidades comisivas, en consonancia con el signo de los tiempos, las ideologías, los valores y creencias que le son propios. Tabasco, Baja California, Veracruz, Sonora, Yucatán, Chihuahua, Baja California Sur, Coahuila, Guanajuato, Aguascalientes, Chiapas, entre otros, consideran la obligación a ejecutar el acto por parte de la víctima; esto es “ejecute en ella **o la haga ejecutar**”.

Otros menos, incluyen el obligar a la víctima a que observe un acto sexual realizado por el propio sujeto activo, como ejemplo, Chiapas, en su Código Penal, anota:

Artículo 154.- Comete el delito de abuso sexual y se le impondrá pena de tres a siete años de prisión, a la persona que sin

consentimiento de otra, ejecute en esta un acto sexual, distinto de la copula, sin el propósito de llegar a ella, o lo obligue a observarlo [no subrayado en el original] o ejecutarlo.

Igualmente, el Código Penal de Chihuahua señala:

Artículo 173. A quien sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la copula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo [no subrayado en el original] o la haga ejecutarlo, se le impondrán de seis meses a seis años de prisión.

Como se observa, la diferencia entre ambos textos, radica, más que nada, en la sanción.

Para demarcar la ubicación del problema en el artículo que corresponde a esta tesis, es importante señalar que, la comisión de los delitos bajo el *nomen juris* “actos libidinosos” constituyen una acción típica: la realización de un acto erótico-sexual.

Acto, según Warren (2003) es “el proceso mental o fenómeno psíquico que se caracteriza por la inherencia intencional de un objeto” (p. 4). Llama erótico “a las sensaciones sexuales o a sus estímulos” (p. 111). Para este autor, lo erótico está siempre vinculado a la sexualidad.

Al carecer de una descripción de lo que el legislador considera un “acto erótico-sexual”, los investigadores del hecho recurren a los jurisconsultos. Así, Maggiori (1954) comenta que en ese acto erótico-sexual quedan incluidos los tocamientos, manoseos, frotamientos lascivos, el desnudarse para ser visto, el hacer cosquillas en los genitales, la masturbación, el *cunnilingus*, el coito entre los muslos, y la felación. Este jurisconsulto, además del contacto corporal con cualquier parte del cuerpo, admite el uso del sentido de la vista dentro del delito por parte de la víctima.

Díaz de León (2004) lo describe como “una maniobra libidinosa que puede consistir en tocar, frotar, rozar, tentar o acariciar con sentido lascivo, alguna parte del cuerpo de la persona ofendida...” (p. 433). En otras palabras, el contacto corporal está implícito para este letrado.

Navarrete (2007) lo representa como “caricias, besos, entre otros...” (p.766). Pero no señala qué es lo demás. La delineación es ampliada por González Quintanilla,

explicando que no únicamente involucra el sentido del tacto, sino también la vista, *verbi gratia*, si se desnuda a la víctima o se le alza la ropa. Inclusive considera que cualquier parte del cuerpo –no sólo las manos- pueden utilizarse para los tocamientos (citado en Navarrete, 2007).

Conque, al no estar descrita explícitamente la conducta que sanciona el mencionado artículo, el investigador mexiquense, puede consultar un código comentado, u optar por su propio punto de vista.

Por otro lado, la modalidad comisiva del delito en mención -según se aprecia la técnica aplicada en el texto legal- se halla taxativamente establecida en el mismo, y sería: la realización de los tocamientos indebidos o actos libidinosos por parte del agente **sobre la víctima**. *Ergo*, no podría enmarcarse en los parámetros del artículo 270 del CPM ninguna otra conducta, al no hallarse tal modalidad expresamente prevista.

De lo anteriormente expuesto, puede observarse que el legislador no ha contemplado dentro de la construcción normativa del delito enunciado ciertas modalidades comisivas:

- La realización de los actos libidinosos por parte de la **víctima sobre el agente**. En la cual la víctima -coaccionada- realiza sobre el agente los tocamientos indebidos o actos libidinosos. Una ejemplificación de esto lo constituiría el caso en que el sujeto activo (si es varón), mediante un arma amenace a su víctima si ésta no realiza con sus manos la manipulación de su pene.
- La realización de los actos libidinosos por parte de la **víctima sobre si misma**. La concurrencia de esta modalidad delictiva no resulta desacertada, ya que el significado de un acto erótico-sexual es subjetivo, y el ver a la víctima acariciarse, puede ser gratificante para el sujeto activo.
- La realización de los actos libidinosos por parte de la **víctima sobre un tercero**. Esta conducta, a pesar de su escasa ocurrencia, es aplicable como modalidad comisiva ya que, de hecho, forma parte de las parafilias.

¿Resulta justificada la inclusión de estas modalidades comisivas en la regulación de los denominados “actos libidinosos”?

Si razonamos estas modalidades, y tomamos en consideración que la única finalidad del sujeto activo es la satisfacción de su placer erótico, y que la realización coaccionada por

parte de la víctima de los actos eróticos-sexuales -sobre él mismo, sobre sí misma o sobre un tercero-, vulneran la libertad sexual o indemnidad sexual de la víctima -según sea el caso-, se descubre que merecen previsión y regulación por parte del ordenamiento jurídico penal, máxime si el Derecho Penal debe poseer un carácter previsorio, para que los vacíos en la legislación no sirvan de pretexto a la impunidad de actos gravosos contra la libertad e indemnidad sexual.

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Cogito, ergo sum

Conclusiones

1. Los fundamentos de la protección penal contra delitos sexuales es el de lograr la prevención general positiva, y, al no lograrse, conminar y castigar para que las personas puedan confiar en que no serán desamparados en su libertad y normal desarrollo psicosexual, y que pueden contar con ello al conducirse en la vida social.
2. Por la ubicación que le corresponde a los “Actos Libidinosos” en el catálogo de delitos, Subtítulo cuarto, Delitos contra la libertad sexual, del Código Penal del Estado de México, se concibe que el bien jurídico que el legislador mexiquense quiso salvaguardar al sancionar esta conducta es la libertad sexual; no obstante, si se trata de sujetos pasivos menores de edad, que se hallen en la etapa de la pubertad o antes de que esta ocurra, se deduce que aun no tienen la madurez suficiente como para poder ejercer esa libertad sexual, por lo cual es el bien que menos sería afectado con el delito. En todo caso, los bienes que resultan más perturbados son el normal desarrollo psicosexual, la intimidad, e indemnidad del menor, o en última instancia el valor ético del pudor y honestidad.
3. El “acto Libidinoso” implica la realización de un acto erótico-sexual sobre el cuerpo de la víctima. Sin embargo, no existe una descripción de la conducta que se pretende tipificar, de tal manera que provoca confusión e inseguridad, ya que actos de esta naturaleza pueden quedar impunes por aplicarse bajo un juicio subjetivo.
4. El sujeto activo del delito “actos libidinosos” puede serlo cualquier persona, pero si se trata de quien tenga una relación de parentesco consanguíneo directo y colaterales hasta cuarto grado con la víctima impúber la pena se verá agravada. El parentesco por afinidad y civil, o la persona encargada de la custodia, tutela o cuidado del impúber, no está normado como agravante del sujeto activo.
5. El sujeto pasivo caracterizado para este delito es impreciso, porque señala que puede serlo la persona púber o impúber, independientemente de su sexo. No comprende por tanto, a todos los menores de edad en general, sino a quienes se encuentren en esa etapa del desarrollo, la cual es variable de una persona a otra, razón por la cual, es importante un dictamen. Esto se traduce en inseguridad jurídica, ya que al no establecerse la edad concreta del sujeto pasivo, puede darse el caso de que exista una persona púber precoz y que por ese solo hecho quede fuera de su tutela; o tratarse de persona de edad adulta

pero con pubertad tardía, y en este caso surge duda respecto si es sujeto de protección o no.

6. El artículo 270 no regula el consentimiento viciado para la persona que esté en condiciones que impliquen desventaja con respecto a su victimario por estar incapacitado física o mentalmente para repeler la conducta del agente, o la falta de capacidad de comprensión del significado del acto, en el sujeto pasivo púber con enajenación mental u otros trastornos similares.
7. La única modalidad comisiva del delito es la realización de un acto erótico-sexual por parte del sujeto activo sobre la víctima, no pudiendo enmarcarse en los parámetros del artículo 270 ninguna otra conducta, al no hallarse tal modalidad expresamente prevista, como lo establece el principio de legalidad.
8. Por lo abordado a lo largo de esta investigación y las conclusiones anteriores, se considera que la premisa **existen falencias técnicas en la regulación de los denominados actos libidinosos en el Código Penal del Estado de México**, queda demostrada.

Propuesta

De lege data

Artículo 270.- Al que sin consentimiento de una persona púber ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, se le impondrán seis meses a dos años de prisión y de treinta a sesenta días de multa.

Si el ofendido es impúber, aun cuando otorgue su consentimiento, se impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cuarenta a cien días de multa.

Si se hiciere uso de violencia física o moral se impondrá además la pena de uno a cuatro años de prisión.

Si los actos a que se refiere este artículo los cometiera un familiar consanguíneo directo y colaterales hasta el cuarto grado, en agravio de persona impúber se impondrá de cuatro a diez años de prisión y de cien a quinientos días de multa.

De lege ferenda

Artículo 270.- Al que sin consentimiento de una persona ejecute en ella, *o la obligue a ejecutarlo* un acto erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, se le impondrán seis meses a dos años de prisión y de treinta a sesenta días de multa.

Si el ofendido es *menor de catorce años, o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o que por cualquier causa no pueda resistirlo*, aun cuando otorgue su consentimiento, se impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cuarenta a cien días de multa.

Si se hiciera uso de violencia física o moral se impondrá además la pena de uno a cuatro años de prisión.

Si los actos a que se refiere este artículo los cometiera un familiar consanguíneo directo y colaterales hasta el cuarto grado, *hermano por afinidad, padrastro o madrastra, adoptante o adoptado, o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima*, se impondrá de cuatro a diez años de prisión y de cien a quinientos días de multa.

Para los efectos de este artículo se entiende por acto erótico-sexual, los tocamientos, manoseos, frotamientos lascivos, con cualquier parte del cuerpo y en cualquier parte del cuerpo.

Como se ha observado, la legislación penal vigente en el Estado de México, exhibe serias falencias técnicas en la regulación de conductas del artículo 270, que podrían lesionar bienes jurídicos importantísimos como son la libertad e indemnidad sexual.

La cuestión no consiste en “ensanchar” los posibles sentidos interpretativos de las normas vigentes, sino realizar una modificación de la regulación legislativa que ofrece actualmente el mencionado artículo.

Dicha reforma consiste en una supresión y una génesis legislativa: en principio, una adenda de las modalidades omitidas; la supresión de los vocablos púber e impúber

sustituyéndolos por edades concretas; se incorpora como sujeto tutelado a la persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que no pueda resistirlo, sin importar su edad; se aumenta la responsabilidad penal específicamente agravada al parentesco por afinidad, civil y otras tutelas que concurren en una relación familiar; se agrega una descripción de la conducta típica.

REFERENCIAS

Iustitia est constants et perpetua voluntas

ius suum cuique tribuere

- Abbagnano, N. (1980). *Diccionario de Filosofía*. México: FCE.
- American Psychiatric Association (1995).. *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM IV: España*: Masson.
- Barudy, J. (1998) *El dolor invisible de la infancia*. Editorial Paidós Ibérica.
- Bazant, M. (2002). *Bestialismo, el delito nefando, 1800-1856* [versión electrónica]. Documentos de investigación. México: El Colegio Mexiquense, A.C.
- Bee, H. (2004). *El desarrollo del niño*. México: Harla.
- Bobbio, N. (1960). *Teoría General del Derecho*. Argentina: Editorial Universitaria.
- Carrara, F. (1999). *Derecho Penal*. En Biblioteca Clásicos de Derecho (Vol.3). México: Oxford.
- Código Civil del Estado de México.
- Código Penal del Estado de México.
- Código Penal del Estado de Aguascalientes [versión electrónica].
- Código Penal del Estado de Baja California [versión electrónica].
- Código Penal del Estado de Baja California Sur [versión electrónica].
- Código Penal del Estado de Coahuila [versión electrónica].
- Código Penal del Estado de Chiapas.
- Código Penal del Estado de Guanajuato [versión electrónica].
- Código Penal del Estado de Tabasco [versión electrónica].
- Código Penal Federal.
- Código Penal de la República de Chile [versión electrónica], en:
<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/cl/cpchindx.html>
- Código Penal Español [versión electrónica], en:
<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/es/cpespidx.html>
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Consultado el 25 de septiembre de 2007 en
 Página Web:
[http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/\(PSearch\)?SearchView&Query=violencia%20AND%20sexual&searchWv=1&searchFuzzy=1&SearchOrder=1&SearchMax=0&style=Custo_results_search2](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/(PSearch)?SearchView&Query=violencia%20AND%20sexual&searchWv=1&searchFuzzy=1&SearchOrder=1&SearchMax=0&style=Custo_results_search2)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Del Valle, Servicio de crisis para mujeres, consultado el 15 de marzo de 2007 en: página
Web: http://www.mvwcs.com/s_sitemap.html
- Díaz de León, M. (2000). *Código Penal Federal con comentarios, parte especial*. México: Porrúa.
- Díaz de León, M. (2004). *Diccionario de derecho procesal Penal*. México: Porrúa.
- Enciclopedia de la Psicología (1985), *Pubertad y cambio*. (t. 3). España: Océano.
- Floris, G. (1997). *Introducción a la historia del derecho mexicano*. México: Esfinge
- García, M. (2000). La Delincuencia Informática en el Ordenamiento Jurídico Penal Peruano, en: *Gaceta Jurídica, tomo 78-B*, Perú.
- Hernández, M. (2001). Los cuarenta y uno, cien años después. *La jornada semanal, Núm.*
353. Extraído el 3 de marzo de 2007 desde:
<http://www.jornada.unam.mx/2001/12/09/sem-hernandez.html>
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (2005). *Datos nacionales: INEGI*
- Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresas (2001). *Acoso Sexual en la Empresa: como prevenirlo*. México: Universidad Panamericana
- Jiménez de Asúa, L. (1999). *Lecciones de Derecho Penal*. En Biblioteca Clásicos de Derecho (Vol.7). México: Oxford.
- Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
- Lomelí, M. y García, B. (2000). Delinquentes sexuales que llegan a un CERESO y su tipificación [versión electrónica]. *Revista Fac Med UNAM*, 43(6), 220-225.
- López, E. (2005). *Delitos en particular*. México: Porrúa.
- Maggiori, G. (1954). *Tratado de Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo 1V Colombia: Themus.
- Maldonado, E. (1999). *Lex iulia de adulteris coercendis del emperador César Augusto (y otros delitos sexuales asociados)* [versión electrónica]. Anuario mexicano de historia del derecho. Consultado el 18 de septiembre de de 2007 en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/17/dr/dr12.htm#P4>
- Marchiori, H. (1990). *La víctima del delito*. Argentina: Marcos Lerner.
- Muñoz, F. (1999). *Teoría General del delito*. España: Themis
- Navarrete, R. (2007). *Nuevo Código Penal para el Estado de México con comentarios, parte especial*. México: Edmund Mezger.

- Newman, E. (1989). *Victimología*. México: Cárdenas, Editor y Distribuidor, S.A.
- Organización Mundial de la Salud (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Ginebra: OMS.
- Organización de las Naciones Unidas (1985). Informe final, VII Congreso: Milán: ONU
- Rodríguez, L. (1989). *Victimología*. México: Porrúa.
- Rodríguez, V. (2003) *Mujeres forzadas. El delito de violación en el Derecho castellano (siglos XVI – XVIII)*. Universidad de Almería. España: Servicio de Publicaciones Almería.
- Soberanes, J. (2003). *Historia del Derecho Mexicano*. México: Porrúa.
- Tamayo, G. (2000). *Balance regional y desafíos sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*. Trabajo presentado al Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Perú: CLADEM.
- Warren, H., et al (2003). *Diccionario de Psicología*. México: FCE.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal: parte general*. (Trd. Fontan, C.). Argentina: Roque de Palma