



UNIVERSIDAD MOTOLINIA A.C.

ESCUELA DE DERECHO
CLAVE 302809
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**“ANÁLISIS DE LA AUTORÍA MEDIATA
EN LOS DELITOS SEXUALES”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

L I C E N C I A D O E N D E R E C H O

P R E S E N T A :

C Y N T H I A N A V A R R O R U B A L C A V A

DIRECTOR DE TESIS
LIC. JOSÉ ANTONIO ORTÍZ CERÓN



MÉXICO, DISTRITO FEDERAL, MARZO DE 2010



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.

AGRADECIMIENTOS

A MI MADRE: A ti mas que a nadie, porque gracias a ti y a tu apoyo incondicional, hoy concluyo una de mis metas profesionales, te agradezco por ser ese gran ser humano, fuerte y valiente con el que siempre hemos contado y que ha estado en esos momentos necesarios para seguir adelante, gracias por nunca haberte dado por vencida, gracias por luchar por mi y por haberme brindado el cariño y apoyo necesario para salir adelante, gracias por creer en tu hija y haber caminado a su lado, gracias por todas y cada una de las lágrimas, enojos, esfuerzos, sacrificios y desvelos, gracias por ser una madre excepcional, gracias a ti por formar en mi una mujer de bien, como tu.

A MI PADRE: Gracias por tu apoyo, por ser una gran experiencia de vida, un ejemplo a seguir, y aunque ya no estas físicamente aquí para compartir este momento tan importante en mi vida, estás en donde estás te llevo en mi corazón, junto con todos los recuerdos de los momentos maravillosos que pasamos juntos, y espero que desde allá arriba te sientas orgulloso de tu hija.

A MI HERMANO: Gracias por haber llegado a éste mundo, y a esta familia a hacerme compañía, gracias por ser mi amigo, por hacer fáciles los momentos difíciles, por ser nuestro motor y el hombre de la casa, gracias porque sin ti mi vida no sería lo mismo, gracias por esa luz que trajiste a la casa y a nuestras vidas.

A CLAUDIA MELENDEZ: Porque mas que ser una tía para mi eres mi hermana y una amiga, la que me ha brindado consejos, cariño y apoyo incondicional, gracias por mantener unida a la familia, y porque ante todo se que cuento contigo en los buenos momentos y en los difíciles, y que de la misma forma cuentas conmigo siempre.

A MI TIO EL DOCTOR ALBERTO RUBALCAVA: Por brindarnos siempre tu apoyo y cariño, por inculcar en mí el amor por esta profesión, por ser un gran ejemplo para mi y toda la familia, gracias por ser esa persona exitosa y de la cual todos nos sentimos orgullosos.

A MI PAREJA: A ti Francisco por el apoyo incondicional que me haz brindado siempre, por haberme apoyado en los momentos mas difíciles que se me han presentado, por permitirme compartir contigo los logros y dificultades que se han presentado en tu camino a lo largo de todo este tiempo juntos, por tu paciencia, tu confianza y por enseñarme a creer en mi y a luchar por las metas y compromisos que adquiero, porque antes que nada eres mi amigo, y sobre todo gracias por estar conmigo en este momento tan especial e importante en mi vida.

AL LICENCIADO JOSE ANTONIO ORTIZ CERON: Por aceptar la dirección de esta tesis, por su tiempo y sobre todo por el apoyo que me brindó para la realización y culminación del presente trabajo.

INDICE

INTRODUCCIÓN	VI
CAPITULO I LA AUTORIA MEDIATA	1
1.1 ANALISIS DE LA AUTORIA MEDIATA EN LOS DELITOS SEXUALES	1
1.2 EXISTE ALGUNA DEFINICIÓN DE UN DELITO DE PROPIA MANO	2
1.3 EL ORIGEN DEL CONCEPTO	5
1.4 LA DUREZA DE LA TRADICION ¿A QUE SE ENFRENTA UNA HIPOTESIS?	9
CAPITULO II PRINCIPALES TEORIAS	13
2.1.- ¿QUÉ SE HA DICHO A FAVOR DE LOS DELITO DE PROPIA MANO?	13
2.2.- POSTURAS FORMALES	14
2.2.1 EL TENOR LITERAL DE LOS TIPOS PENALES	14
2.2.2 LA FALTA DE RESULTADO MATERIAL	17
2.3.- POSTURAS MATERIALES	23
2.3.1 INJUSTO ESPECIAL	23
2.3.2 FALTA DE BIEN JURIDICO PROTEGIDO	27
2.3.3 LA PROHIBICIÓN DE UNA FORMA DE VIDA	29
2.3.4 LA EXISTENCIA DE UN DEBER EXTRAPENAL	30
2.3.5 SINOPSIS	32

CAPITULO III JURISPRUDENCIA Y DELITOS DE PROPIA MANO	35
3.1 LOS DELITOS DE PROPIA MANO EN LA JURISPRUDENCIA	35
CAPITULO IV CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS DELITOS SEXUALES	41
4.1 DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL ¿ALGUNA RAZON PARA FORMAR UN GRUPO?	42
4.2 RELIGION ¿CUNA DEL RECHAZO A LA SEXUALIDAD?	47
4.3 PECADO Y DELITO ¿CONCEPTOS EQUIVALENTES, ACCESORIOS U OPUESTOS?	51
4.4 DERECHO Y MORAL. ¿ALGUNA RELACIÓN?	55
CAPITULO V LOS DELITOS SEXUALES EN PARTICULAR	61
5.1 CARACTERISTICAS TIPICAS BASICAS	61
5.2 DELIMITACION	63
5.3 VIOLACIÓN	67
5.4 ESTUPRO	70
5.5 ABUSO SEXUAL	73
CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFÍA	94

INTRODUCCIÓN

Es necesario precisar, para efectos del desarrollo de éste tema, que se considera autor mediato a quien dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría se sirve de otra persona denominada instrumento para la ejecución de la acción típica, considerando lo anterior, podemos entender que la autoría mediata es aquella en la que el autor llamado *hombre de atrás*, no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona (instrumento), generalmente no responsable ni conciente de la conducta, es quien lo realiza.

Para poder entender el desarrollo de ésta tesis debemos tener presente, que los delitos sexuales son considerados de propia mano, es decir que el sujeto que ejecuta el ilícito es el único imputable ante la ley; en otras palabras la responsabilidad es exclusiva de quien comete el delito. Sin embargo dentro de la doctrina, los delitos de propia mano son dotados de características específicas, las cuales serán el centro de esta obra, puesto que algunos de los delitos de índole sexual no cuentan con las particularidades necesarias para poder afirmar que son delitos de propia mano.

Los delitos sexuales en nuestra legislación, al ser considerados de propia mano, solo castigan la conducta del sujeto activo, buscando proteger únicamente la integridad física y el normal desarrollo psicosexual de la víctima; pero considerando que en éste tipo de delito puede existir, conforme a la doctrina y el desarrollo de ésta tesis, la autoría mediata, surge la necesidad de buscar un criterio que permita castigar al autor real y no a su instrumento; puesto que la integridad física y el normal desarrollo psicosexual del sujeto utilizado como medio para cometer el ilícito, quedan en total desprotección, sin existir castigo alguno para aquel que consideramos como autor mediato.

Naturalmente, la lógica nos llevará a pensar que en los delitos sexuales, al ser considerados de propia mano, no cabe la existencia procesal de la autoría mediata, sin embargo, en la exposición de esta tesis se tratara de demostrar la existencia de la autoría mediata en los delitos sexuales, mediante el desarrollo de teorías y criterios doctrinales; sin limitarnos a la legislación y a lo que ante el conocimiento jurídico, pareciera no existir. Sin olvidar que todas nuestras normas se basan en la conducta individual y ésta depende del entorno social en el que se desarrolle, debemos estudiar y analizar cada una de ellas sin importar cual insignificante parezca; por lo que al término de esta investigación podremos confirmar la existencia de la autoría mediata en los delitos sexuales.

CAPITULO I. LA AUTORIA MEDIATA

1.1.- ANALISIS DE LA AUTORIA MEDIATA EN LOS DELITOS SEXUALES

El obstáculo de la autoría mediata.

Cuando se cuestiona la posibilidad de cometer un delito de naturaleza sexual a través de un tercero, inmediatamente se responde que ello es imposible porque, se dice, tal clase de ilícitos forman parte de aquellos que, por demandar la ejecución directa de la conducta típica, se conocen como **delitos de propia mano**. Por ese motivo, no resulta concebible imaginar que alguien, mediante la instrumentalización de un tercero, pueda actualizar la hipótesis de sanción de un delito como, por ejemplo, la violación, pues para ello es indispensable copular con la ofendida, lo cual, como nunca lo hace el sujeto de atrás (autor mediato), inevitablemente priva de toda relevancia penal a su indirecta y secundaria intervención.

Como se puede fácilmente advertir, no es la naturaleza sexual del delito lo que en forma directa impide su comisión en autoría mediata sino, supuestamente el contar con alguna característica que hace inevitable su clasificación como **delito de propia mano**. Para poder constatar la validez de ese postulado, resulta indispensable delimitar, en primer término, cuáles son las razones que existen para clasificar un delito como de propia mano, para entonces sí, estar en aptitudes de verificar la estructura de los delitos de naturaleza sexual, si realmente se encuentra alguna de esas características y por consecuencia, concluir si permiten o no su comisión a través de un tercero. Esta es, sin ninguna otra cuestión accesoria, la tarea de este trabajo.

1.2.- ¿EXISTE ALGUNA DEFINICIÓN DE UN DELITO DE PROPIA MANO?

Es conveniente advertir, en primer término, que el significado de la palabra “definición”, no es cuestión pacífica, pues existen formas muy diferentes de entender lo que aquel vocablo y sus diversos usos implica; no obstante, al parecer existe acuerdo en el sentido de que el vocablo *definir* supone el ejercicio de una operación mediante la cual se describe, específica o aclara el significado de una expresión lingüística¹

El uso que los juristas hacen de las definiciones puede entenderse en tres nociones o concepciones distintas, a saber: **a)** como técnica para describir, introducir, modificar o precisar el significado de cierta expresión, **b)** como herramienta de análisis conceptual, o **c)** como forma o vía para referirse a las entidades u objetos que están detrás de las palabras.

Si todo eso lo trasladamos a la pregunta que debería responderse en un inicio, es decir, la de: ¿cuál es la definición de delito de propia mano?, se puede entonces contestar que la definición de delito de propia mano puede verse: **a)** como una operación lingüística consistente en mostrar –aclarar- los diversos usos de esa expresión, **b)** como una indagación de carácter teórico- conceptual, o **c)** como una investigación dirigida a encontrar la verdadera esencia, esto es, la realidad de lo que, se supone, es un delito de propia mano.

Es de singular importancia destacar que, para los fines de este trabajo, únicamente reviste el tipo de definición enunciado en el inciso c), pues las nociones con las cuales hasta ahora ha operado un sector dominante de la doctrina, adolecen de una serie de errores e imprecisiones que, en mi opinión, es necesario develar, pues de no

¹ Vid. Atienza, Manuel, El sentido del Derecho, México, Distrito Federal, Ariel, 2001.

hacerlo, se caería en el error de asimilar, arbitrariamente, el concepto óntico de aquellos delitos, con una de sus características negativas, a saber, la de que no admiten la autoría mediata.

Creo, por tanto, necesario establecer como principio ineludible para estar en condiciones de elaborar alguna definición, que el significado de un concepto se determina estableciendo su **intención y extensión**. La intención de un concepto es el conjunto de propiedades que lo caracterizan, y su extensión, en cambio, es el campo de aplicabilidad. Veamos, para explicar lo anterior, un ejemplo ofrecido por ATIENZA:

[. . .] la **intención** de juez es un conjunto de propiedades (funcionario público, que tiene a su cargo la aplicación de las normas jurídicas, etcétera), y su **extensión**, el conjunto de personas (pasadas, presentes o futuras) que han sido o serán jueces [. . .] una extensión puede estar vacía (por ejemplo juez infalible) [. . .] hay **vaguedad extensional**, cuando la indeterminación afecta el campo de aplicación del concepto.²

No está por demás destacar, a la luz de la explicación ofrecida por otro gran jurista, la problemática que se puede provocar en un concepto, cuando su intención o extensión no son bien delimitados, pues solo mediante la reiteración estaremos en condiciones de cuestionar la solidez de las diferentes definiciones que, en torno a los delitos de propia mano, se han elaborado por la doctrina dominante. Me refiero, a FERRAJOLI, quien, expresa:

[. . .] diremos que un término es vago o indeterminado si su **intención** no permite determinar su **extensión** con relativa certidumbre, es decir, si existen objetos que no

² Atienza, Manuel, op. cit.,p.55

están incluidos claramente en su extensión: adulto, por ejemplo, es un término vago, al estar incluidas ciertamente las persona ancianas y excluidos los recién nacidos, pero resulta incierto, **en ausencia de una definición,** si están incluidos o excluidos los veinteañeros³.

Es fácil concluir, con apoyo en las anteriores explicaciones, que pese a la multiplicidad de motivos y fundamentos, que en opinión de un sector de la doctrina, justifican la existencia de los delitos de propia mano, las nociones que en torno a tales delitos se han esgrimido cuentan con una **vaguedad intencional**, pues lejos de lograr una descripción clara de sus caracteres ontológicos, optan por definirlos de manera positiva mediante la afirmación de que demandan la ejecución directa y personalísima de su autor, o en forma negativa, en el sentido de que no admiten la autoría mediata, ello, en el entendido de que algunos autores adoptan una postura ecléctica, es decir, se apoyan tanto en el criterio de carácter pasivo como en la fórmula de orden negativo, para capturar a los delitos de propia mano.

En descargo del sector de la doctrina que se ha visto en la necesidad de utilizar alguna de las dos vías anunciadas, habría que reconocer que la expresión: delitos de propia mano, no se refiere, en sí misma, a una categoría del ser, es decir, a una conducta específica con un grupo o conjunto de rasgos definitorios propios, sino a una valoración o característica supuestamente inherente a varias figuras delictivas lo que, sin duda alguna, dificulta la posibilidad de elaborar una definición que satisfaga los cánones a los que con anterioridad me referí.

En cualquier caso, importa señalar que las dos vías de definición, es decir, las que enuncian que los delitos de propia mano, se caracterizan

³ Ferrajoli, Luigi, *derecho y Razón, Teoría del galantismo penal*, 6ª ed., Madrid, España, Trota, 2004, p.50.

positivamente por exigir una intervención personalísima del autor, y negativamente, por no admitir la autoría mediata, constituyen el punto de partida de este trabajo, y con base en ellas se pretende justificar que ambas características no le son inherentes a los delitos de carácter sexual.

1.3.-EL ORIGEN DEL 'CONCEPTO'.

Con el propósito de no caer en repeticiones que puedan afectar la redacción del presente trabajo, en lo sucesivo me referiré a los *delitos de propia mano*, mediante el empleo de las siglas: **DPM**

Antecedentes de los DPM.

La construcción dogmática de los DPM, se atribuye al penalista alemán KARL BINDING, quien a principios del siglo pasado, señaló:

[...] existen hechos penales en que la acción está tan individualmente vinculada a la personalidad que delinque, que ésta tiene que realizarla de **propia mano** [...] el juez que quiere prevaricar tiene que dictar una sentencia por sí mismo, el desertor huir con sus piernas, el hermano que quiera cometer incesto, realizar por sí mismo el coito con la hermana, el testigo perjuro haber hablado y expresado su testimonio bajo juramento⁴.

La simple lectura del párrafo transcrito, revela, por lo menos a nivel superficial, es decir, a partir de su sentido estrictamente literal, que BINDING no se refería a los DPM, sino a los especiales, pues todos los supuestos típicos en los cuales se apoyó para corroborar la veracidad

⁴ Cit. Por. Maqueda Abreu, Maria Luisa. *Los delitos de propia mano*, críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal, Madrid, España, Tecnos, 1992.

de su conclusión, se caracterizan por exigir calidades específicas en el sujeto activo.

Ahora bien, la supuesta nota distintiva de los DPM, como ya se adelantó, consiste esencialmente, en la demanda de ejecución personal e inmediata de la conducta nuclear del tipo delictivo, pero a diferencia de los delitos especiales –en los que el círculo de autores está restringido-, en los DPM cualquiera puede ser autor, a condición de que la ejecución del delito de que se trate, se realice en forma directa, inmediata o personalísima.

Esa es -si se permite la expresión-, una regla que por no ser materia de disputa, deberá recordarse a lo largo del presente trabajo, con el fin de lograr, en la medida de lo posible, un mejor entendimiento del tema controvertido, así como para poner en entredicho, desde ahora, la validez de citar las palabras de BINDING, como una expresión manifiesta del descubrimiento de una nueva clasificación de delitos.

ZAFFARONI, en relación a la diferencia entre DPM y especiales, ofrece una mejor explicación:

[...] son delitos de propia mano los que deben ser realizados en forma corporalmente inmediata por el autor [...] los arable propia son los delitos de autor calificado, que suelen también llamarse delitos especiales, y se subdividen en delitos especiales propios (cuando la calidad es requerida en el tipo básico) e impropios (cuando es requerida para un tipo calificado)⁵.

En sus orígenes. Los DPM se desarrollaron ampliamente a la luz del concepto objetivo- formal de autor, pues al tener como supuesta nota distintiva la vinculación de la autoría a la ejecución directa, lograron

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal*, México, Porrúa, 2001, p. 754.

completa compatibilidad e identidad con los fundamentos de dicha teoría. GARCIA CONLLEDO, en referencia a ésta corriente, expone:

[...] haciendo una abstracción de las dos principales versiones de la teoría objetivo-formal, y prescindiendo de los delitos propios de la construcción de cada autor, se puede definir esa teoría por definir al **autor como aquel sujeto que ejecuta (total o parcialmente) la acción descrita en los tipos de la parte especial**⁶.

Una vez desarrollado el concepto extensivo, los DPM resultaron, sin mas, inaceptables, pues según los postulados de tal corriente de opinión, cualquier conducta causante del resultado típico o, que en su caso, realice el delito a través de la lesión de un interés valioso, resultaba reprochable. En pocas palabras, se argumentaba que la autoría en los DPM no difería de la del resto de los lícitos, porque sólo la ley postula, de lege lata, la viabilidad de la autoría mediata en cualquier clase de delitos.

El interés y preocupación en torno a las características de los DPM se ha visto reflejado, en mayor medida, en los trabajos referentes al concurso de personas en el delito –autoría y participación-, y se acrecentó con el desarrollo de la teoría denominada: dominio del hecho, pues aunque ésta es una de las sistematizaciones más aceptadas en nuestro país, los principios con los cuales se rige no lograron resolver la problemática en torno a la figura del autor mediato en relación a los DPM, incluso, hay quienes han desistido de toda propuesta de solución⁷.

⁶ Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, España, PPU, 1991 p.411.

⁷ Es el caso de Hans Welzel, quien en su obra *Derecho Penal Alemán, 4ª ed.*, Chile, Ed. Cárdenas Jurídica de Chile, 1997, trads. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, afirma que lo determinante en la relevancia de los delitos de propia mano no es la producción del resultado, sino su ejecución corporal.

Basta reconocer, para ser partidario de lo dicho en el párrafo anterior, que algunos autores contemporáneos, excusados en el dogma de que los DPM demandan una ejecución inmediata de los elementos del tipo penal, no destinan siquiera un par de líneas de sus invaluable y reiteradas publicaciones a ofrecer una explicación convincente al respecto, sino simple y sencillamente señalan que la figura del autor mediato es inaceptable en alguna clase de ilícitos (principalmente los de índole sexual).

Lamentablemente, desde la creación de dicha clasificación de delitos – DPM-⁸, es prácticamente nulo el avance alcanzado en cuanto a su justificación y utilidad dogmática o político criminal⁹, pues no ha podido negarse convincentemente que tal clase de ilícitos no tiene una relevancia específica y que, tal vez por la excesiva amplitud que se les reconoce, constituyen un obstáculo para algunas de las teorías referentes al concurso de personas en el delito.

Como ya se dejó ver en un principio, no hay consenso en cuanto al alcance, esencia, utilidad ni certeza de la existencia de los llamados DPM, lo que provoca que la mayoría de los penalistas tropiecen con las mismas dificultades, al intentar justificar la responsabilidad de quienes cometen un DPM a través de un tercero. Esa problemática nos revela que, en vez de gastar esfuerzos en reestructurar, redefinir o redimensionar el fundamento de los así llamados DPM, la solución de los conflictos que éstos generan parece mas bien encontrarse en su desarticulación; sin embargo, esa es una tarea que desborda o, mejor dicho, sobrepasa los límites dados a este trabajo de investigación, pues como ya se advirtió, sólo pretende verificar si los delitos de naturaleza sexual son, como históricamente se ha dicho, DPM.

⁸ Su creación se atribuye a Binding.

⁹ De la misma opinión, Hernández Plasencia, José Ulises, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada España, Comares, 1996.

En efecto, lo que se pretende aquí no es ensanchar la figura del autor mediato a fin de que, mediante nuevas vías de instrumentalización, lograr hacer frente a los problemas de impunidad generados por el reconocimiento de los DPM sino, se insiste, simplemente verificar si los delitos sexuales son realmente DPM y con ello, estar en aptitud de concluir si pueden o no cometerse a través de un tercero.

Ese límite en la investigación se adoptó por el simple hecho de que en nuestro país, además de existir un alto índice de comisión de delitos de naturaleza sexual, es a éstos a los que en forma casi mecánica, por no decir estólida, se les atribuye del título de ser los DPM por excelencia. No obstante no se esquivo que pueda existir otro tipo de figuras típicas que demanden una atención pormenorizada, pero ello se dejará en manos de quienes, por contar con una opinión realmente autorizada, puedan ampliar el sentido del presente trabajo a otros delitos o, en caso de encontrar en él alguna anomalía, falta de rigor científico o deficiencia en la argumentación, lo cual es muy posible, noticien inmediatamente su inutilidad.

1.4 LA DUREZA DE LA TRADICIÓN. ¿A QUÉ SE ENFRENTA UNA HIPÓTESIS?

Previa enunciación de las muy diversas y contrapuestas teorías que han intentado justificar la existencia de los así llamados DPM, me parece conveniente realizar algunas advertencias y precisiones en relación a lo comúnmente llamado: *conocimiento científico*. El cuestionamiento o duda sobre la importancia de incluir este apartado es, en mi opinión, la mayor y mas amplia de sus justificaciones.

Lo primero por destacar es que el llamado conocimiento científico, es decir el que hace uso de un método en particular para justificar o hacer una hipótesis, no es eterno ni mucho menos absoluto. La ciencia, como la conocemos, es solo un producto humano que evoluciona de la misma

forma que la cultura. Los principios con los cuales se rige determinada teoría son, tan solo, modelos que durante un tiempo determinado logran explicar los fenómenos observados, pero que tarde o temprano, aunque su elaborador se oponga, se tornan lábiles para hacernos entender otros similares, y ese es, precisamente, el momento en el cual deben surgir nuevas sistematizaciones.

El análisis de un objeto, conducta, juicio de valor, etcétera, casi siempre se hace a través de principios creados a priori, esto es, de estructuras adoptadas a lo largo del tiempo que, en la mayoría de las ocasiones, no se cuestionan por la simple autoridad de su emisor, pero que, lamentablemente, todo lo que con base en ellas se postula no resulta mas que un perenne discurso cuya fuerza expositiva no se apoya en razones sino, tristemente, en la autoridad de su emisor. Como por ejemplo en relación a los delitos sexuales y su antiquísima clasificación como DPM, basta pensar en las innumerables conjeturas hechas a partir de la frase de BINDING:

[. . .] me gustaría saber si aquel que ha inducido a una violación se jactaría de haber gozado a la víctima¹⁰

El conocimiento, ya sea en el campo de derecho penal, civil, administrativo, etcétera, no sólo es producto de la aplicación de un método, sino también de la realidad y de los valores que inevitablemente intervienen en toda investigación. Más aún, no puede negarse que la teoría y el método permanentemente se confrontan con el objeto de estudio en su quimera ambición de intentar explicarlo a plenitud, lo cual, acéptese o no, son incapaces de hacer, pues incluso el trabajo mas celosamente apegado a un procedimiento preestablecido de investigación, en la mayoría de las veces sólo nos da indicios,

¹⁰ Cfr. Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, 7ª ed. Barcelona, España, Marcial Pons, 2000, trad. Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez. .p438.

alternativas o pistas a seguir, y sólo en algunos casos, nos revela con claridad nuevos caminos o conocimientos que, a pesar de su valía, sólo nos servirán por un tiempo determinado.

Lo hasta aquí expuesto se puede resumir en las siguientes palabras de FERRAJOLI:

La verdad de una teoría científica, y mas en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, **una verdad no definida sino contingente,** no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas del que habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la *verdad* de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos.¹¹[. . .] lo mismo vale también para la investigación científica, que contra la ilusión metodológica de la tabula rasa sugerida por Bacon, también parte de hipótesis de trabajo que guían sus itinerarios de investigación y, sobre todo, **está condicionada** por el enorme bagaje de teorías preexistentes que suelen oponer una tenaz resistencia a ser desmentidas por nuevas observaciones.¹²

La finalidad de las anteriores aclaraciones, es, por un lado, invitar al lector a despojarse de aquellos principios convincentes que durante mucho tiempo han generado incertidumbre en torno a la esencia de los así llamados DPM y, por el otro, solicitar en forma expresa flexibilidad y apertura en la aceptación de nuevas propuestas que, con independencia de su rigor científico o metodológico, tienen como loable intención proporcionar interés en el tema invocado, aunque no logren explicarlo debidamente.

¹¹ Ferrajoli, Luigi, op, cit., p.50

¹² Ferrajoli, Luigi, op, cit., p.57

Piéñese en que, para todo el que se aventura a brindar una opinión en torno a un problema no resuelto, no queda otro camino que enfrentar, sino es que hasta contradecir, posturas y aseeriones hechas por quienes gozan de una gran trayectoria y autoridad científica como juristas; por ello, si no se quiere que el conocimiento jurídico se monopolice por un grupo de doctrinarios reconocidos, lo dicho a lo largo de la historia del conocimiento jurídico no debe ser un obstáculo para la elaboración de propuestas de solución por noveles, pues la mayoría de las veces aquéllas se aceptan en nuestro país a pesar de haber sido elaboradas a la luz de una realidad social diversa, lo que, les resta aplicabilidad.

Así pues a lo largo de este trabajo se intentará analizar la esencia de los llamados DPM, sin favorecer o desairar anteriores opiniones por la simple calidad o jerarquía de sus sustentantes *–que no por ello dejará de reconocerse–* ni menos aún por la mayor o menor cantidad de partidarios con que cuenten sino, mas bien, con estricto apego a la posibilidad de constatar algún dato o circunstancia que justifique la existencia de tal clase de ilícitos, por lo menos en lo que respecta a los de naturaleza sexual.

No se trata, lo aclaro, de aventurarse a criticar sin apoyo en razón alguna ni de obstinarse a aceptar como válido o aceptable únicamente lo que tenga como fuente postulado local, sino mas bien se busca desplegar un esfuerzo que aunque no lograrse dar respuesta clara a los cuestionamientos relacionados con la existencia de los DPM de naturaleza sexual, deje en claro que lo mas valioso es pensar sin inhibiciones, trabas o miedo al equívoco; ello, por supuesto, sin perder de vista el derecho de todos a la crítica, como base necesaria de todo discurso democrático.

CAPITULO II PRINCIPALES TEORÍAS

2.1.- ¿QUÉ SE HA DICHO A FAVOR DE LOS DPM?

La existencia de los así llamados DPM se ha intentado justificar con base en muy distintos fundamentos, y éstos, a su vez, clasificado de diversas formas. Todas las opiniones, a pesar de presentar diferencias entre sí, coinciden en que el matiz exclusivo de dicha clase de ilícitos, es la demanda de ejecución personal; lo cual revela que los DPM no tienen por finalidad, si por incómoda consecuencia, la exclusión de la autoría mediata.

La abundancia e incompatibilidad de tales criterios, aunada al hecho de que la mayoría de los autores indebidamente asimilan los llamados DPM con aquellos comúnmente conocidos como especiales, provoca una gran dificultad para exponer ordenadamente lo dicho por quienes insisten en defender la existencia de los DPM, pues existen grupos de opiniones que parten de los fundamentos pero que, a pesar de ello, llegan a conclusiones disímiles.

CLAUS ROXIN, por ejemplo, al abordar el análisis de los DPM cita las opiniones esgrimidas a favor de estos en grupos llamados: *teoría del tenor literal, del movimiento corporal, la intensidad, etcétera*. HERNÁNDEZ PLASCENCIA, en cambio, menciona corrientes como: la literalidad de los tipos penales, la transmisión de la literalidad a los delitos de mera actividad, la inmoralidad, la copropiedad de la acción típica y la infracción de deberes altamente personales¹³.

A causa de ese abrumador panorama, el estudio y exposición de los diferentes fundamentos de los DPM, se harán en dos grupos **formales y materiales**. En el primero se incluirán todas aquellas concepciones que, de una u otra manera, recurren a la descripción, forma o contenido

¹³ Vid. Roxin Claus, op. cit. y Hernández Plasencia

de los tipos penales para defender la existencia de los DPM, y en el segundo, en cambio, se presentarán las opiniones de quienes sostienen la existencia de aquellos por el contenido o valoración especial del injusto o, dicho en términos más aseguibles, la de quienes demandan la ejecución personal de ciertos delitos por considerar que sólo en ese caso se altera el orden social. En síntesis, lo que se pretende es, por un lado, agrupar las opiniones de todos aquellos que basan la existencia de los DPM en la redacción de los tipos penales o, en su caso, en la supuesta técnica legislativa empleada en la elaboración de las descripciones delictivas, para formar un primer grupo denominado: **posturas formales** y, por el otro lado, considerar las opiniones de quienes para defender los DPM, recurren a temas como: distinción entre delitos de resultado material y de mera conducta, inmoralidad, desatención a deberes indelegables a terceros, etcétera, para formar un segundo grupo, el de **posturas materiales**.

2.2 POSTURAS FORMALES

2.2.1 El tenor literal de los tipos penales

Como se puede advertir fácilmente a partir del título de este apartado, la primera de las corrientes de opinión a favor de la existencia de los llamados DPM, y posiblemente la mas antigua de todas, es aquella que parte del análisis gramatical de los tipos penales con la finalidad de determinar, en cada caso en particular, si el comportamiento descrito por el legislador puede o no ser realizado a través de un tercero - instrumento-.

La regla consiste, según ésta postura, en que un delito debe clasificarse como de propia mano cuando, a partir de una interpretación literal del tipo penal en el cual se prevea, no pueda vislumbrarse como posible la ejecución de la acción descrita si la ha realizado un actuante mediato. Vemos, pues, la opinión de algunos de sus seguidores:

DAZA GOMEZ, señala:

La especificidad de estos delitos *–propia mano–*, reside en que el sujeto activo tiene que realizar personal o físicamente el tipo penal en, [. . .] **esa exigencia está implícita en la propia descripción de la conducta** que debe ser ejecutada corporalmente¹⁴.

CARMONA SALGADO, en relación al delito de abusos deshonestos, contemplado en la legislación española, hace una explicación que se apoya, aunque en forma velada, en un argumento coincidente con la postura que aquí se expone; ello, de la siguiente manera:

[“. . .] es un delito de propia mano, en cuanto a que el tipo define un acción *–abusar deshonestamente–*, que significa que dicha infracción sólo puede realizarla el autor por sí mismo, [. . .] **el carácter de propia mano de origina fundamentalmente [. . .] de las peculiaridades que conforman la estructura del tipo**¹⁵.

En relación al delito de atentados al pudor, GONZALEZ BLANCO, expone:

No cabe tanto en el delito de atentados al pudor coautoría *–tampoco el autor mediato–*, toda vez que, en la exteriorización real de la figura, **los elementos de ésta** no puedan ser realizados por varios sujetos. En

¹⁴ Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito, México, distrito Federal, Cárdenas, p.87.*

¹⁵ Carmona Salgado, Concha, *Los delitos deshonestos*, Barcelona, España, Bosch, 1981. p. 203.

este caso de que dos o más individuos realizaran tocamientos lúbricos somáticos sobre la persona ofendida, cada uno de dichos tocamientos hechos por sujeto distinto diferente e independiente¹⁶

Citar tres autores pudiera tildarse de excesivo; sin embargo, si se toma en cuenta que la mayoría de quienes han hecho alusión a los DPM, se ubica en esta primer corriente de opinión –tal vez por ser la menos elaborada y de más fácil exposición-, se puede concluir lo contrario.

Hecha la anterior advertencia, nótese como quienes son partidarios de esta primera línea de argumentación a favor de los DPM, tienen como característica común el remitirse a la descripción legal o, mejor dicho, a cada uno de los tipos penales en particular, para determinar si la redacción y contenido semántico de éstos reconoce la ejecución mediata del delito; dicen, en pocas palabras, que es en la redacción y contenido de los tipos penales en donde se encuentra el fundamento de los DPM. Estos autores, pues, vislumbran el contenido lingüístico de cada tipo penal, como un molde con límites preestablecidos en el que, dada su consustancial estrechez, no puede sumergirse mas que el autor inmediato.

Aunque no es este el momento adecuado para enderezar una crítica en contra de esa postura, vale la pena adelantar que el problema a que tiene que sobreponerse es el de precisar, en cada caso en particular, el significado y límite de lo que es posible o comúnmente aceptado en el uso y la interpretación del lenguaje, pues muy regularmente, por no decir siempre, el uso normal de las palabras no coincide con el que de ellas hace el legislador ni con el sentido que cumplen en la descripción típica ya que, en la mayoría de las veces, es sólo una aparente técnica

¹⁶ González Blanco, Alberto, *Delitos Sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano*, México, Aloma, p.80.

legislativa y un gusto estético lo que determina una redacción en particular ¹⁷.

Como el lenguaje o, mas precisamente, el signo lingüístico, es por naturaleza arbitrario y ambivalente, hacer depender de la descripción típica y de su interpretación por cada intérprete, la decisión acerca de limitar o no los alcances de la autoría mediata, no sólo resulta injustificado, sino posiblemente inconstitucional, pues tal forma de proceder atenta con el principio de seguridad jurídica, ya que no existen palabras cuyo significado sea universal sino, a lo mucho, parcialmente delimitado en relación al lugar y tiempo en la cual se utiliza.

Sería muy provechoso para los fines de este trabajo señalar con precisión qué tipo de adjetivos, adverbios, pronombres, calificativos o cualquier otro elemento integrante de las redacciones típicas, es el que, supuestamente, revela en forma indubitable la intención del legislador de sancionar exclusivamente la ejecución directa o inmediata de algunos delitos; sin embargo, ninguno de los autores que defienden la corriente de opinión en análisis ofrece una explicación al respecto. No obstante, lo dicho en párrafos anteriores representa, en toda su amplitud, la esencia de la postura en comento.

2.2.2 LA FALTA DE RESULTADO MATERIAL

Otro punto de vista, también integrante de las posturas formales, es el de quienes, además de apoyarse en la descripción típica, recurren a la distinción entre los delitos de mera actividad y de resultado material, para defender la existencia de los DPM. Este distingo, cabe señalarlo, tuvo en sus comienzos una íntima y estrecha relación con el desarrollo de la tesis objetivo- formal del autor y, mas específicamente, con los

¹⁷ Vid, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003. Así como Desassure, Ferdinand, curso de Lingüística General, 12ª ed., México, Distrito federal, Fontamara, 1998.

intentos de limitar la punición del autor mediato¹⁸. Para la tesis objetivo-formal de autor, éste lo es únicamente quien ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en los tipos penales, todos los demás, se aseguraba, son sólo simples inductores o cómplices – partícipes en sentido estricto-.

El argumento de apoyo de la teoría formal aquí presentada, lo es un silogismo en el que la premisa mayor, dotada de contenido por la tesis objetivo-formal de autor, es **(PM)**; autor solo es quien ejecuta la acción típica, la premisa menor, tomada directamente de los tipos penales es **(Pm)**: la ejecución y consumación de algunos delitos sólo demanda el despliegue de una conducta y, por último, la ingente conclusión **(C)**: sólo puede ser autor quien ejecute por sí mismo la conducta, si el delito no prevé resultado material alguno.

Ese razonamiento, dotado por algunos de un contenido más elaborado, se tradujo en que: la conducta o verbo nuclear típico es lo que acapara en su integridad el disvalor del hecho ilícito y, por ello, no ejecutarla personalmente, sino a través de otro, origina que sea éste quien, en caso de haber actuado con un mínimo grado de libertad, deba responder por la comisión del delito. Esta es, en toda su amplitud, la esencia de la corriente e opinión aquí expuesta.

Ante cualquier otro delito que subordine la imposición de la sanción a la producción de un resultado material, la opinión de los partidarios de la teoría en análisis se torna divergente, pues al no existir ningún motivo para atribuir a la conducta toda la relevancia penal, admiren la idea de sancionar a quienes produzcan el resultado típico a través de otra persona.

¹⁸ Para una mejor comprensión de los conceptos objetivo-formal y restrictivo de autor, Vid. Díaz y García Conlledo, Miguel, op cit.

Esta teoría, que también se conoce como: *el movimiento corporal*, comparte con la comentada en el apartado anterior, la afirmación de que el análisis gramatical de los tipos penales es suficiente para poner de manifiesto, así se dice, que en los delitos de simple actividad la formulación de la amenaza penal alcanza sólo al actuante inmediato –a quien ejecuta, es decir, al autor material-, pero en los de resultado material cabrían, como ya se dijo antes, quienes actúan a través de otro. Los primeros pues, serían los DPM.

GIMBERNAT, para consolidar la tesis de que en los delitos de resultado material no existe ningún motivo u obstáculo para negar el acceso a la figura de autor mediato, insiste:

[...] porque el legislador se ha limitado a prohibir la causación de un resultado sin determinar como ha de causarse. Pensemos en el que dice a un miope que dispare contra un árbol, ignorando el autor inmediato, pero sabiéndolo el mediato, que el objetivo no es un árbol, sino un hombre. Aquí nada se opone a decir que el convenció al corto de vista ha matado, ni a subsumir la conducta del autor mediato directamente en el tipo de homicidio o de asesinato. Del mismo modo, se puede decir, que ha matado a la víctima el médico que engaña a la enfermera y le dice que la inyección que aplica al paciente contiene una medicina, cuando lo que en realidad contiene es un veneno. Directamente subsumible en matar es, así mismo, la conducta del que instala un mecanismo conectado a la puerta de su vecino, para que el primer inconsciente visitante que oprima el timbre haga saltar por los aires la sala de estar donde se encuentra el odiado enemigo; y se puede decir, que ha matado aunque para ejecutar el delito se haya valido de otra persona¹⁹.

¹⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Madrid, España, 1966, p.222. La mayoría de los autores que hacen referencia a la distancia entre delitos de mera actividad y de resultado, proponen que sea el propio tipo el que señale si su ejecución demanda la intervención directa.

La afirmación de que en los delitos de mera actividad no cabe la autoría mediata, no ha sido una opinión exenta ni libre de ataques, pues su punto de partida ha sido motivo de incesantes cuestionamientos. Así es, no han faltado los reclamos en el sentido de que nadie ha dado una respuesta satisfactoria a la pregunta: ¿Porqué o de qué forma, la letra de la ley es, sin hacer ningún tipo de valoración complementaria, suficiente para impedir el acceso a la figura del autor mediato en los delitos de mera actividad?²⁰, así como también se le ha reclamado el ser incapaz de ofrecer una razón convincente para pregonar que, a un movimiento corporal en sí mismo, tenga que corresponder, en todos los casos, el desvalor específico determinante de las formas de autoría posibles, sin caer con ello en un naturalismo positivista sin sentido ²¹, esto es, en el error de limitar ciegamente la óptica para mirar únicamente lo que puede apreciarse a través de los sentidos (acción del instrumento).

Un reclamo o, mejor dicho, una advertencia a los partidarios de esta corriente de opinión, que al parecer los dejó sin posibilidad alguna de defender sus postulados, lo es que todos ellos aceptan o declaran viable la posibilidad de reprochar la autoría mediata en los casos de tentativa, así como los delitos de peligro abstracto, cuyos tipos penales son, generalizadamente, catalogados como de simple actividad. A lo cual se añade la pregunta: ¿Por qué si en los delitos de simple actividad el injusto decisivo se encuentra en la conducta ya que, según se dice, su ejecución implica de por sí la puesta en peligro del bien jurídico, no es posible realizarla en autoría mediata, esto es, denominarla?

²⁰ La principal crítica de Roxín a dicha posición, es en sentido de que es absurdo sostener que solamente los resultados son denominables y las conductas no.

²¹ Así, expresamente, Roxín Claus, op. cit., p.442.

En relación a los delitos de peligro abstracto, representantes por excelencia de los delitos de mera actividad, ROXIN reconoce:

[...] **es absolutamente pertinente castigar como autor mediato** a aquel que, informando incorrectamente a un extranjero, lo induce a circular por la izquierda, pues **al propio acto** de conducir como tal, **no le corresponde desvalor alguno**: la pena recibe su sentido sólo del que al desviarse el sujeto de los preceptos de la circulación genera peligro de accidentes. Carece de trascendencia para el injusto el que esto ocurra de propia mano o a través de un tercero sometido a error²².

Esa serie de cuestionamientos y advertencias son, tal vez, el motivo por el cual nació una nueva variante de la tesis en análisis, según el cual; no solo los delitos de mera actividad son DPM sino, mayormente, los propios de omisión, pues en estos la inactividad está estrechamente vinculada al autor, no obstante, tal variante no amerita siquiera dedicarle un par de líneas más a su exposición, pues no superó el primer ataque, que lo fue el no reconocer que aún cuando se omite a través de un tercero, contemporáneamente se omite en persona, pues aunque se orille a otro a impedir un resultado en particular, la omisión de quién instrumentaliza es, sin duda alguna igualmente relevante.

El siguiente ejemplo planteado por GONZALEZ CAUSSAC, en relación al delito de omisión del deber de socorro, conocido en México como abandono de personas, clarifica la crítica referida en el párrafo anterior:

[...] en relación a la autoría y a la participación, no son posibles, [...] puesto que existirían tantos delitos en régimen de autoría, **como número de omisiones que se**

²² Claus Roxin, op. cit, p. 442.

produzcan. Al tratarse de un delito de mera actividad-o mejor dicho de inactividad-. La consumación acontece cuando no se lleva a cabo la acción esperada, esto es, desde el momento en que deja de prestarse el socorro a la víctima²³.

Como se ve, la simple diferencia entre delito de mera conducta u de resultado material, no parece ser la vía idónea para defender la existencia de los delitos de propia mano, pues al basarse en tal distingo se ponen en entredicho un sin número de afirmaciones teóricas relacionadas con la figura de la tentativa. Tal vez por ello, existen quienes han refinado un poco más sus postulados y afirman que, ante la diferencia entre los delitos de mera actividad y de resultado material, la relevancia del injusto se actualiza únicamente ante la ejecución directa de aquella pues, aclaran, sólo así se materializa la conducta concebida por el legislador, ya que el resultado no tiene importancia alguna. Esa es, precisamente, la opinión de MAURACH, véase:

Hay determinados tipos que son necesariamente concebidos, conforme a su contenido de ilícito, de tal modo que sólo puede ser autor de ellos quien esté en condiciones de llevar a cabo, por sí e inmediatamente, la acción prohibida. El círculo de los autores es por ello limitado. **Los delitos de propia mano son, por lo regular, de resultado, sino simples delitos de actividad, en los cuales el desvalor de la acción se halla en primer plano; el resultado es, preponderantemente neutro frente al derecho;** el desvalor se constituye, precisamente, porque al autor le está prohibida la acción. A la categoría de los delitos de propia mano **pertenecen especialmente los delitos carnales**, tales como el incesto²⁴

²³ González Cussac, J. L, y otros, Derecho Penal parte especial, 2ª ed., Tirant lo Blanch, p.284.

²⁴ Reinhart, Marurach, *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1994, p.368, trads. Jorge Bifill Genzsich y Enrique Aimone Gibson.

Como se puede percibir, MAURACH añadió conceptos o afirmaciones como: desvalor de la acción, resultado neutro, etcétera, que sin duda alguna desbordan el tema común en las teorías de corte formal, es decir, la redacción típica. En esas circunstancias, a partir de aquí debemos abandonar y dar por terminada la exposición de las teorías de corte formal, para pasar, por necesaria consecuencia, a las posturas materiales, pues como ya se adelantó, son estas las que buscan justificar la existencia de los DPM, con apoyo en el contenido o valoración del injusto.

2.3 POSTURAS MATERIALES

2.3.1 INJUSTO ESPECIAL

Hay delitos, según una específica corriente de opinión, cuyo injusto decisivo no se puede explicar únicamente a la luz de la lesión producida al bien jurídico; esos ilícitos, explica MURACH, son delitos de **actividad** en los que el **desvalor de la acción** ocupa un primer plano²⁵, por ello, los DPM vendrían a ser una categoría especial de los de simple actividad. Se trata de tipos penales en los que, se piensa, el correspondiente bien jurídico tiene que ser protegido sólo frente a la lesión realizada personalmente por el autor, pues el perjuicio social del hecho no se encuentra en el resultado de la lesión al bien jurídico sino, más bien, en la lesión inmediata a través del autor mismo.

Como se ve, no es simplemente el distingo entre los delitos de mera actividad y de resultado material lo que, como se vio anteriormente en las teorías formales, sirve ahora como supuesto fundamento de la existencia de los DPM, sino el hecho de que la acción, dadas sus características reprobables, inmorales o impuras, supuestamente priva de toda relevancia penal al resultado material, en caso de ser éste,

²⁵ Vid, Maurach, op.cit., p.368

claro, una exigencia del tipo. Toda acción humana explica WELZEL, está sujeta, para bien o para mal, a dos aspectos valorativos diferentes, puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material) o, en su caso, independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor del acto). Así, pues, el desvalor de la acción puede fundarse en que el resultado que ocasiona sea valorativamente reprochable, o por estar dirigida a propiciar un resultado reprobado aunque éste no se produzca.

Con apoyo en lo anterior, WELZEL, al igual que MAURACH, afirma que hay cierta clase de ilícitos, como por ejemplo los de *delicta carnis*, cuya prohibición tienen como fundamento la contrariedad de la acción con la ética social –desvalor de la acción–, esto es, delitos en los que, supuestamente, el resultado es neutro e irrelevante pues, según ellos, lo único que en realidad provoca la citada afectación de la **impureza** del acto. Véase:

Hay delitos en los cuales **el injusto determinante no es la producción de un resultado** controlado por un actuar final, sino la ejecución corporal de un acto reprobable como tal. El acto como tal, es incorrecto o reprobable desde el punto de vista **ético social**. De ahí que **sólo pueda ser autor el que efectúa corporalmente ese acto, la perpetración mediata del hecho queda aquí excluida [. . .) delicta carnis, en los que el acto carnal impuro constituye el fundamento de la pena²⁶.**

Es lógico que WELZEL haya recurrido a conceptos o criterios relacionados con la ética social, pues para él la misión principal del derecho penal no es, como sostenía anteriormente, de índole preventiva, sino precisamente **ético-social**. Para él, el amparo y protección de los bienes jurídicos tiene un objetivo negativo-preventivo,

²⁶ Welzel, Hans, op. cit.p. 128.

policial-preventivo, mientras que la misión central del derecho penal es de naturaleza positiva, o sea, **ético social**; por ello, concluyó, por un lado, que la pena debe aplicarse como por ejemplo en relación a los DPM, sólo contra acciones reprobables desde el punto de vista ético-social y, por otro lado, que el presupuesto de la pena deba ser la culpabilidad y no la peligrosidad del sujeto activo, pues ésta es, aclaró, éticamente neutral.

En síntesis, lo importante para esta opinión es que sólo la ejecución de la acción prohibida puede producir el injusto decisivo en los DPM, por ser la única que, se piensa, se opone a una serie de valores éticos. La inviabilidad de la autoría mediata en los DPM, se defiende, en resumidas cuentas, con la afirmación de que si se separa la acción de ejecución de la persona del autor, falta la potencia criminal que la ley amenaza con pena y, por consecuencia, el desvalor característico del tipo penal.

GOMBERNAT, en relación al famoso caso de la dueña del burdel de Hamburgo, denominado el placer, que une sexualmente a un marinero con su hermana, sin que estos conozcan su parentesco, hace explicaciones que lo ubican como partidario de la postura en análisis:

[. . .] sólo un intérprete que trabaje exclusivamente con criterios gramaticales puede afirmar [...] en el caso [. . .] un incesto. En sentido jurídico penal, el incesto supone algo más que la unión carnal de dos parientes; lo injusto de tal delito, el motivo por el que está tipificado, reside en que un padre o un hermano deciden yacer con su hija o con su hermana, despreciando las barreras que un **código moral milenario** ha levantado contra el comercio sexual entre parientes. Y, para despreciarlas, es precisa una energía criminal considerable. Si el hermano desconoce

el parentesco que le une con la mujer que yace no desprecia esas barreras, ni precisa de una especial energía criminal para realizar la unión carnal [. . .] Ciertamente que su acción –dueña del burdel- contiene un injusto completamente distinto de aquel en que pensaba la ley al tipificar el incesto [. . .]²⁷.

Nótese como al incluir en la justificación de los DPM, conceptos o principios pertenecientes a la moral, GIMBERNANT transportó el tema de la justificación de la existencia de los DPM a un área en la que, por lo menos así parece, aún no se han disuelto las diferencias entre quienes sostienen una teoría de la separación entre el derecho y la moral-positivistas-, y aquellos otros que, como partidarios de una teoría vinculante -iuspositivistas-, no vislumbran la existencia del derecho sin la ingerencia de la moral.

Aunque ello será materia del último apartado de este trabajo, en el que precisamente se intentará enderezar una crítica a cada una de las posturas que defienden la existencia de los DPM (sólo en lo relativo a los delitos sexuales), resulta conveniente adelantar, desde ahora, que quienes han recurrido a principio o conceptos: ético- sociales, morales, de impureza tabúes, etcétera, para intentar justificar la existencia de los DPM, no sólo parecen haber redimensionado la problemática en torno a ese tema, de menor envergadura de las posturas formales, sino que, lo más grave, nulificaron la posibilidad de aceptar o negar la existencia de tal clase de ilícitos, sin tener que confrontarse con ello con un derecho penal garantista, en el que como explica claramente FERRAJOLI, no caben ese tipo de postulados. Así es, a partir de las corrientes de opinión expuestas en este apartado, el análisis de los fundamentos de los DPM, ya no sólo demanda un pronunciamiento en cuanto a la forma, redacción o contenido de los tipos penales en

²⁷ Gimbernant, Ordeig, Enrique, op. cit, p. 248.

particular sino que, además, implica que cualquier opinión, ya sea a favor o en contra de tal clase de ilícitos, tenga que hacer frente a otros tópicos en los que, a pesar una larga discusión entre juristas, tampoco existe consenso, siendo el principal de ellos, la relación entre derecho moral. Por ello más adelante se decidirán unas cuantas líneas, a precisar los límites y esencia de lo que ha sido la disputa entre positivistas y no positivistas –iusnaturalistas-.

2.3.2 FALTA DE BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Otra de las posturas que defienden la existencia de los DPM, es aquella que, además de apoyarse en la distinción entre delitos de mera actividad y de resultado material, asegura que cuando falta el bien jurídico protegido un delito en particular resulta ser DPM ya que, se dice, en esos casos resulta indispensable la ejecución directa o personal de la conducta típica.

ROXIN es quien con mayor fervor sostiene la existencia de hechos en los cuales el elemento fundamentado de la autoría es una inmoralidad conectada al hacer típico. Se trata, en opinión de ese autor, de delitos donde se castiga un comportamiento moralmente reprobable en su voluntad misma ²⁸. El principal riesgo de su opinión reside en afirmar que, en esos tipos penales, falta un bien jurídico que proteger, entendiendo por bien jurídico:

[. . .] estados valiosos, perfilables, materializados en la realidad y, por eso susceptibles de menoscabo mediante un actuar externo, como la vida, la salud, la propiedad, la libertad de formación de voluntad, el adecuado funcionamiento de los órganos estatales y similares. Conceptos tales como los de las buenas costumbres, el

²⁸ Claus, Roxin, op cit., p.448.

bien común, la conciencia del pueblo, el ordenamiento ético y la dignidad genérica de la persona no constituyen estados perceptibles y aprensibles, ni bienes jurídicos²⁹

En opinión del citado autor alemán, para declarar la existencia de un DPM, no basta la ausencia de bien jurídico protegido sino, además, es necesario que se trate de delitos vinculados sólo a una conducta. Luego, sólo podría afirmarse la existencia de un delito de esa naturaleza cuando, además de que la descripción típica no tenga relación alguna con aquellos estados valiosos, la pena esté dirigida exclusivamente a un comportamiento.

Según el autor en comento, la lesión del bien jurídico falta en los delitos sexuales y, como ejemplo, pone el siguiente:

[. . .] Si dos varones adultos practican entre si actos lúbricos, nadie ni nada resulta menoscabado o dañado, salvo las buenas costumbres³⁰.

En resumen, la existencia de los DPM se justifica en la medida en que, por faltar un bien jurídico en particular que proteger, la única vía para la imposición de la sanción se traduce en la ejecución directa e inmediata de la conducta típica, pues ésta, según se dice, es la única que está impregnada de las características que hacen reprochable el hecho, en lo cual supuestamente, no contribuye el resultado formal producido.

²⁹ Ibidem, p. 450.

³⁰ Roxin, Claus, op. cit.,p450. es conveniente poner de manifiesto, que las relaciones sexuales entre dos personas del mismo sexo no es un delito, salvo que medie violencia en su ejecución , razón por la cual estimo inaplicable el ejemplo.

2.3.3 LA PROHIBICIÓN DE UNA FORMA DE VIDA.

A la par de los delitos referidos a una conducta, para ROXIN existe otra categoría de propia mano también caracterizada por la ausencia de lesión a un bien jurídico pero que, además de ello, sale de la órbita de un derecho penal de hecho, para entrar en la de un derecho penal de autor. Esos son, según él, los delitos en que:

[. . .] los tipos jurídicos penales de autor no describen una determinada acción, **sino una forma de existencia**, una personal actitud o un tipo de personalidad que podría calificarse de asocial³¹

Uno de los ejemplos ofrecidos por el autor invocado, es el de quienes ofrecen protección a prostitutas a cambio de dinero, pues en esos casos, explica, no basta la aceptación de una cierta cantidad de numerario para que la conducta resulte ilícita, sino que además se requiere una estrecha relación personal entre el autor y la prostituta. Ese ejemplo lo plantea en la siguiente forma: si A fuerza a B, o lo determina mediante engaño a proteger o tomar dinero de una prostituta, este acto no daría lugar a la materialización del delito, pues faltaría la *necesaria* relación personal estrecha, la cual, como elemento fundador del injusto, se sustrae ala posibilidad del dominio.

Lo importante para esta teoría es, en suma, destacar la existencia de ciertos tipos penales en los que, supuestamente, el legislador no describió una conducta en particular, sino mas bien una forma determinada de vida o comportamiento en sociedad, la cual, se agrega, es de imposible ejecución a través de un tercero, pues en esos casos faltaría el comportamiento que supuestamente altera el orden social ya que, así se dice, lo único que interesó al legislador fue proscribir la

³¹ Ibidem, p.446.

adopción libre y espontánea de esa forma de vida, pero no su ejecución obligada.

2.3.4 LA EXISTENCIA DE UN DEBER ESPECIAL EXTRAPENAL

Según esta otra postura, la existencia de los DPM se justifica porque, en ciertos casos, la hipótesis normativa de algunos tipos penales sólo se actualiza ante la lesión de un deber altamente personal, lo cual no es susceptible de realizarse a través de un tercero.

Dejemos que RIXIN haga la explicación:

[. . .] existen delitos en los que el deber fundamentador de la autoría es de tal índole que sólo puede resultar vulnerado efectuándose la acción típica de manera directamente personal. Debido a esta particularidad **no es incorrecto hablar aquí de delitos de propia mano, pues la comisión en autoría medita, efectivamente, es imposible.** Pero lo decisivo para la autoría es aquí la vulneración de un **deber especial extrapenal** y no un comportamiento determinado³².

JIMÉNEZ HUERTA, en relación al delito de injurias, ofrece un ejemplo que, por atribuir la responsabilidad al instrumento utilizado por el autor mediato, guarda cierta identidad con la postura expuesta en este apartado:

[. . .] la lectura por un tercero ante la persona ofendida, de los escritos injuriosos dejados por un difunto, es constitutiva de ese delito, [. . .] en este caso, el tercero – *lector*- comete el delito de injuria, pues profiere

³² Roxin, Claus, po. Cit.,p. 427.

expresiones para otro ofensivas, sin que el hecho de que las mismas no fueren originales sino repetición audible de lo que el difunto escribió, impida el nacimiento de su responsabilidad, habida cuenta de que el tipo de injurias no exige que el sujeto activo sea el creador de las expresiones injuriosas³³.

Vale señalar, aunque sólo brevemente, que la problemática en el ejemplo citado para declarar la existencia de un autor mediato, no sería tanto si el delito cometido es de mera actividad o demanda la desatención de un deber personal sólo a su titular sino, mas bien, que el dominio de la ejecución de un delito no puede llevarse a cabo por una persona sin vida.

ROXIN, clasifica como DPM inauténticos, aquellos en los que la exigencia de ejecución directa deriva de un deber y no de la ausencia de un bien jurídico protegido, para lo cual cita como ejemplo el delito de deserción, en el que, considera, la finalidad del legislador fue evitar el debilitamiento de la fuerza defensiva. Y en apoyo de su opinión, hace la siguiente explicación:

[. . .] nadie los concibe como un grupo autónomo, experimentando a lo sumo bajo la rúbrica d los delitos especiales una valoración insuficiente, la doctrina prácticamente dominante ha adoptado el expediente de estimar un delito de propia mano³⁴.

Otro de los ejemplos ofrecidos por el ciado autor, quizá el de mayor importancia, es el del procesado que declara falsamente junto con un testigo, pues aunque existiera un condominio funcional del hecho,

³³ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, 6ª ed., México, Distrito Federal, Porrúa, 2000, p.51.

³⁴ Claus Roxin, *op.cit.*,p.431.

asegura que aquél no podría ser responsable de la comisión de ningún ilícito, pues no le corresponde ningún deber de veracidad.

En pocas palabras, el punto de partida de esta teoría es la existencia de ciertos tipos de delitos – *de propia mano*-, en los cuales la hipótesis de sanción se actualiza, únicamente, ante la desatención o incumplimiento de cierta clase de deberes personales, por lo que el obligar a un tercero a realizar la conducta típica no da lugar a una autoría medita ya que, se asegura, el ejecutor no puede incumplir un deber ajeno.

2.3.5 Sinopsis

Como ya se vio en los apartados anteriores son muchas y muy variadas las opiniones en cuanto a la supuesta naturaleza y fundamento de los DPM. La más antigua de todas defiende la existencia de ese tipo de ilícitos a través del contenido gramatical de los tipos penales pues, así lo afirman sus seguidores, cuando la interpretación del texto legal no permite vislumbrar la ejecución de la acción descrita verbalmente, por haberla realizado un actuante mediato, innegablemente se está en presencia de un DPM.

Esa postura inicial, como ya se vio, tiene como principal característica el remitirse a la descripción legal o mejor dicho, al contenido lingüístico de cada uno de los tipos penales, para determinar, en cada caso en particular, si su reducción y contenido semántico permite o no al actor realizar el delito a través de un tercero. Esta es, como ya se dijo, **una postura formal** caracterizada por la remisión al **contenido literal de los tipos penales**.

La siguiente **postura formal** que defiende la existencia de los DPM, lo hace en apoyo en el argumento de la **falta de resultado material**, es en realidad un criterio que representa una evolución de la anterior, pues

también parte del análisis de los tipos *penales* para distinguir entre delitos de mera actividad y de resultado material, pero basa sus postulados sólo en hecho de que, si autor es quien ejecuta la acción típica, por consecuencia únicamente puede serlo quien la ejecute por sí mismo, pues en cualquier otro caso, así lo explican sus partidarios, no se llevaría a cabo la acción que realmente cobra relevancia penal.

En los apartados anteriores se explicó que esa teoría presenta una variante, aquella que asegura que todo delito de omisión es de propia mano, pero también se advirtió que es endeble por no advertir que, como en los delitos de omisión la inactividad está estrechamente vinculada al autor, no es posible omitir a través de un tercero sin omitir en persona. Esta corriente de opinión, al igual que aquella mediante la cual afirma que la relevancia del injusto está únicamente en la ejecución de la conducta típica –*desvalor de la acción*–, representa el límite entre las posturas formales y materiales.

En el terreno de las **posturas materiales**, la primera opinión defensora de los DPM, es aquella mediante la cual se asegura que el *injusto decisivo* en este tipo de ilícitos no se puede explicar a la luz de la simple lesión producida al bien jurídico pues, así se cree, el desvalor se concentra totalmente en la acción ya que el resultado es irrelevante. La evolución teórica nos presentó, enseguida, la opinión de quienes aseguran que la característica de algunos DPM, es que no provocan la lesión de bien jurídico alguno y que justifica la imposición de la pena.

Las posteriores corrientes de opinión, es decir, las relacionadas con una forma de existencia particular y la lesión de deberes altamente personales, incluso así lo reconocen sus partidarios, se ubican en un derecho penal de autor, y no de hecho, pues las razones para declarar la existencia de un DPM, ya no las encuentran en el tipo penal sino en las características del sujeto activo.

Pese a la gran variedad de opiniones en cuanto a la supuesta esencia de los así llamados DPM, la constante evolución doctrinaria llevó implícito el reconocimiento de la existencia de interrogantes aún sin solución, lo que, sumado a la dirección que han adoptado los trabajos más recientes –*posturas materiales*–, parece flexibilizar la opinión de aquellos que se niegan a renunciar al reconocimiento de ese tipo pues, acéptese o no, cada vez resulta más difícil su justificación.

Ello, porque como ya se adelantó en líneas precedentes , quienes para defender la existencia de los DPM, apelaron a principios o conceptos: éticos, sociales, morales, de impureza, tabúes, etcétera, mutaron de tal forma el inicial fundamento de tales ilícitos, que nulificaron toda posibilidad de esgrimir una opinión en torno a su supuesta existencia, sin tener que explicar por qué con ellos no se desconocen los principios que deben regir un derecho penal garantista en el cual, como ya se advirtió, no caben en este tipo de postulados.

Tal problemática, por lógica consecuencia, disminuyó la amplitud del grupo inicialmente conformado por los DPM, pues por lo menos en lo que al derecho penal mexicano se refiere, son casi nulos los criterios jurisprudenciales que afirman la existencia de delitos en los cuales: falte un bien jurídico, se proscriba una forma específica de vida, el resultado material no tenga relevancia alguna para el legislador o se sancione el incumplimiento de un deber altamente personal. No obstante, en el siguiente capítulo se hará un paneo de esos criterios jurídicos.

CAPITULO III JURISPRUDENCIA y DELITOS DE PROPIA MANO

3.1 LOS DPM EN LA JURISPRUDENCIA

A lo largo de los innumerables criterios jurisprudenciales pronunciados por los tribunales federales, en muy pocas ocasiones se ha hecho referencia expresa a la supuesta existencia de los Delitos de Propia Mano (DPM), además, que en la jurisprudencia tampoco existe uniformidad de criterios en cuanto al contenido y características de dicha clase de ilícitos.

En algunas tesis aún se comparan los delitos especiales con los DPM, lo cual, como ya se dijo, implica desconocer que aquellos están dirigidos a un grupo de personas en especial, como pueden ser: funcionarios públicos, extranjeros, cónyuges, etcétera, mientras que los DPM admiten como sujeto activo a cualquier persona, con la única demanda, claro está, de que ejecute personalmente el delito.

Efectivamente, existen criterios judiciales en los cuales, por el simple hecho de que en algunos delitos la hipótesis de sanción únicamente se actualiza ante el actuar de sujetos activos con las calidades específicas automáticamente se les cataloga como DPM.

Basta citar, como ejemplo de lo anterior, la tesis clave: I.2º.P49P, pronunciada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, la cual se puede consultar en la página un mil seiscientos sesenta y cinco, del decimocuarto tomo del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a diciembre del año dos mil uno, novena época, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

ABUSO DE AUTORIDAD, DELITO DE. ARTICULOS 293 Y 299 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR. Los citados preceptos que prevén el delito de abuso de autoridad, que forma parte de **LOS DENOMINADOS DELITOS DE PROPIA MANO,** los cuales **SE DISTINGUEN PORQUE LA MATEIRA DE LA PROHIBICIÓN SE DIRIGE A UN GRUPO ESPECÍFICO DE PERSONAS,** de tal manera que la coautoría está excluida en relación con estos tipos penales, debido al **carácter personalísimo de la infracción.** En el supuesto en que varios militares cometan simultáneamente (conjuntamente) el delito de deserción, cabe precisar que no estamos en presencia de coautores del citado tipo, sino que cada uno de ellos es autor del delito de deserción, lo mismo sucede en tipo de mérito que, se insiste, no admite la coautoría, ya que va dirigido a una persona específica, esto es, a una persona específica, esto es, a un superior que infiere una lesión a un inferior. Lo anterior es así porque el dominio material del hecho, e incluso el formal están distribuidos; el resultado es un hecho de varios intervinientes, todos los cuales con plenamente responsables de la obra total en concepto de autores, siempre y cuando puedan serlo, es decir, si ostentan las cualificaciones de autor específicas del delito (superior jerárquico); por ello, es dable concluir que en el caso en que dos o más sujetos priven conjuntamente de la vida a otro, no es aplicable la fracción VII del artículo 299 del Código de Justicia Militar, a pesar de que uno de los coautores sea superior jerárquico de la víctima, pues al ser éste un delito de propia mano y no admitir la coautoría, lo procedente es sancionarlos por homicidio calificado.

Precedentes: Amparo directo 814/2000. 31 de mayo de 2001, Unanimidad de votos. Poniente: Olga Estrever Escamilla. Secretario: Alfonso Pérez Daza.

Como se ve, para clasificar como DPM al previsto en el artículo 293 del Código de Justicia militar –abuso de autoridad-, la tesis transcrita se

apoyó, como primer fundamento, en el hecho de que tal ilícito está dirigido a un grupo en específico de personas –superior jerárquico militar-; son embargo, tal circunstancia, por el hecho de que otros criterios jurisprudenciales se ha aceptado la autoría mediata en ciertos delitos especiales, sólo permitía concluir que tal hipótesis no puede aplicarse a quien no cuente con la calidad allí referida –*extraneus*-, mas no afirmar que quién sí presenta tal característica no puede cometer el delito a través de un tercero, pues al esgrimir ésta última afirmación, se incurrió, al parecer sin darse cuenta, en un positivismo extremo que arbitrariamente limitó los alcances de la prohibición, es decir, se puso toda la atención en la forma en la cual se percibe la comisión del delito, pero no en la trascendencia o relevancia del actuar de los intervinientes.

El segundo de los fundamentos citados en la tesis transcrita, para declarar la existencia de un DPM, es decir, el carácter, personalísimo de la infracción, guarda cierta similitud con la denominación de la tesis de corte material sostenida por ROXIN, presentada como: la existencia de un deber altamente personal; sin embargo, existe una indisoluble diferencia entre ambas posturas, pues mientras el citado autor alemán recurrió a tal tesis para defender la existencia de los así llamados por él: DPM inauténticos, por tener éstos como esencia la infracción de un deber especial extrapenal y no un comportamiento o resultado material específicos, en la tesis transcrita, en cambio, se recurrió a tal fundamento –carácter personalísimo de la infracción- para declarar la existencia de un delito de propia mano, pero se puso principal atención la atribución del resultado material a un específico; razón por la cual, resulta innegable que los fundamentos de la tesis en análisis, no son acordes a la citada opinión material de ROXIN.

Pese a no existir criterios jurisprudenciales en los cuales se aislen las características de los DPM, si los hay en cuanto a los delitos

especiales, uno de ellos es la Tesis pronunciada por la Primera Sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación, visible en la página sesenta y ocho, del segundo tomo del Semanario Judicial de la Federación, segunda parte, sexta época, de rubro y texto:

DELITOS, AUTONOMÍA DE LOS TIPOS: Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón “de su índole fundamental” y por tener plena independencia; los especiales “suponen mantenimiento de los caracteres de tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial”, de tal manera que éste elimina al básico; por último, los tipos complementarios “presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporaran”. Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo básico, el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. **El peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo contiene una referencia al “sujeto activo”, de tal manera que sólo pueden cometer este delito aquellos que reúnan las condiciones o “referencias típicas en el sujeto”;** lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal “calidad”.

Precedente: Amparo directo 6551/55. Rafael Vasconcelos Vázquez 19 de septiembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

No está por demás señalar, sólo para destacar un poco más la inconsistencia del primer criterio jurídico citado en este aparatado, que la tesis antes transcrita ya se había publicado al momento de la emisión

de aquél, por lo que no parece existir razón alguna para que hubiera desconocido las claras directrices en cuanto a las características de los así llamados: *delitos especiales*.

Es conveniente destacar que, aún cuando las tesis en las cuales se ha hecho referencia a los DPM son pocas, en algunas de ellas se dejó ver que no es el distingo entre delitos de mera actividad y de resultado material, lo que permite sostener la existencia de aquellos, pues existen algunos criterios que, pese a referirse a delitos de resultado material, sostienen la presencia de un delito de propia mano. Ejemplo de ello es la tesis:

XII.1º.19 P, emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Decimosegundo Circuito, apreciable en la un mil setecientos sesenta, decimotercero tomo del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a marzo de dos mil uno, novena época, cuyo rubro y texto son:

FRAUDE ESPECIFICO, LIBRAMIENTO DE CHEQUES, NO PUEDE SER COMETIDO POR COAUTORIA DEL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Texto: la fracción III del artículo 252 del Código Penal para el Estado de Jalisco, establece: “Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole, a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden, o al portador, expedido contra una persona física o moral, real o supuesta, que el otorgante sabe que no ha de pagarse a su vencimiento.”. Ahora bien, **este tipo de delitos son conocidos por la doctrina como delitos de propia mano, ya que sólo los puede cometer el autor realizando personalmente la conducta típica,** esto es, sólo puede cometerse en forma directa, pues no puede ser otro el autor que el que realiza la conducta que describe el tipo; por ende, es inadmisibile la coautoría.

Precedente: Amparo en revisión 530/99.29 de septiembre de 2000.
Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba.
Secretaria: Maria Raquel Lomelí Tisnado.

En el criterio jurídico que se acaba de transcribir, se hizo referencia a un delito de naturaleza patrimonial que sí prevé en su conformación típica un resultado material, el cual consiste en la afectación del patrimonio del sujeto pasivo, como producto de la indebida obtención de una cantidad de dinero o cualquier otro lucro por parte del activo, no obstante, en dicha tesis se precisó que únicamente la ejecución personal de la conducta típica goza relevancia penal, esto es, que sólo en ella recae el desvalor del injusto, pero inexplicablemente se olvidó aclarar por que el resultado material debe estimarse intrascendente, ello claro, a fin de encontrar apoyo en alguna de las corrientes de opinión de corte material esgrimidas a favor de los DPM.

Como se ve, los DPM tampoco han sido satisfactoria ni convincentemente definidos en los criterios jurisprudenciales y, por esa razón, si se quiere hacer referencia a tal clase de delitos en una resolución judicial debe buscarse algún otro fundamento, pero no simplemente aceptar ciegamente su existencia, pues tal forma de proceder, lejos de brindar seguridad jurídica, nos aleja de la posibilidad de sancionar a los verdaderos autores de una innumerable cantidad de delitos , sobre todo, los de naturaleza sexual.

CAPITULO IV CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS DELITOS SEXUALES

Confrontar los *delitos sexuales* con cada una de las posturas que defienden la existencia de los delitos DPM, a fin de verificar si entre ellos existe algún punto de coincidencia que impida la comisión mediata de los citados en primer término, es una tarea que amerita destacar, aunque solo de un paso, las más básicas características, naturaleza y fundamento de los delitos sexuales; ello, con la única intención de lograr un cierto grado de familiarización con la esencia e historia de tal clase de ilícitos.

La razón por la cual no es necesario hacer aquí un profundo estudio doctrinal de tal tipo de delitos –*sexuales*–, lo es porque el fin último de este trabajo no es criticar, redefinir ni verificar la validez de los conceptos relacionados con esos delitos, elaborados en un sin número de estudios monográficos sino, mas bien, tomar como *lege lata* los criterios jurisprudenciales emitidos por los Tribunales Federales, en los que se han precisado las características de los delitos sexuales, los cuales son de atención obligada al emitirse una resolución judicial, a fin de llegar a la conclusión buscada.

Es conveniente, sin embargo, hacer una pausa para señalar, de una manera sintética claro, el sentido de algunos conceptos estrechamente vinculados con los delitos sexuales, como son, entre algunos otros: *sexo, pecado, religión, libertad sexual, etcétera*; ello, se insiste, con la única intención de lograr un mínimo grado de familiarización con la identidad y origen de los ilícitos en comento, para con ello, a la postre, hacer más asequible la confrontación referida de este apartado.

4.1 DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL ¿ALGUNA RAZÓN PARA FORMAR UN GRUPO?

Un correcto punto de inicio en el análisis de un grupo de delitos reconocido en el ordenamiento legal vigente, lo es el preguntarse si existió alguna razón o fundamento para haber hecho esta agrupación, es decir, verificar cuál fue el motivo, en caso de existir, que determinó al legislador a atribuir una misma denominación a una serie de delitos en particular, como lo es la de: *delitos contra libertad y el normal desarrollo psicosexual* (Libro Segundo Título Decimoquinto del Código Penal Federal), pues de lograr identificar alguna característica que identifique a los delitos integrantes de un grupo, se hará más fácil entender el verdadero sentido de la prohibición contenida en cada uno de ellos.

La clasificación u ordenamiento de las figuras típicas puede depender: **A)** de la identidad del sujeto pasivo, **B)** del alcance y dirección de la tutela penal ó **C)** de la unidad o pluralidad de los bienes jurídicos.

A) Clasificación por identidad de sujeto pasivo. La mayoría de las veces, las figuras típicas son ordenadas o agrupadas en la Parte Especial del Código Penal, por la naturaleza del bien jurídico tutelado; sin embargo, como lo señala Jiménez de Asúa: no basta atender tan solo a los bienes e intereses jurídicos que lesionan, sino es necesario referirse, primero, en una seriación, al sujeto pasivo de los delitos: el **individuo, la familia, el estado y la sociedad**, pues dentro de estas grandes categorías se catalogan las infracciones conforme a su objetividad jurídica ³⁵.

Esa aclaración nos ayuda a comprender que, como todo interés jurídico tiene un titular y no es concebible la existencia de un bien jurídico que

³⁵ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, 1964, t. III, p. 251

no pertenezca a alguien, en el Código Penal Federal se hayan incluido clasificaciones o grupos de delitos como: contra la autoridad (Estado), contra la moral pública y las buenas costumbres (sociedad), contra la vida y la integridad corporal (individuo), contra el estado civil o la bigamia (familia). Además como los portadores de los bienes jurídicos no lo son de uno solo sino de una pluralidad, ello también nos explica la existencia de grupos específicos de delitos como: Delitos contra la administración de la justicia, contra la salud pública, contra el patrimonio de las personas etc. mediante los cuales se protege un interés particular del Estado, familia, sociedad o individuo.

B) Clasificación en torno al alcance y sentido de la tutela penal. El legislador , en su incesante tarea de elaborar las figuras típicas, no solo se basa en las conductas que, probadamente, producen un daño al objeto materia u objeto que representa al bien jurídico protegido sino, además de ellas, toma en cuenta aquellas otras cuya comisión implica la probabilidad de que dichos bienes protegidos puedan ser dañados; de ahí que. El concepto “peligro” nos auxilie a entender la existencia de dos tipos principales de delitos: de daño y de peligro. En algunos casos, una misma figura típica puede proteger, conjuntamente, a un bien jurídico tanto del daño que se le pueda causar como del peligro en el cual se le pueda poner; como ejemplo, basta citar el delito previsto en el artículo 397 del Código Penal Federal, en el cual se establece:

Se impondrá pena de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos, a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro de: [...]

Los tipos de peligro se subdividen en: de peligro efectivo y de peligro presunto o abstracto³⁶; en los primeros, la realidad del peligro es, en todos los casos, una situación verificable, por lo que debe presentarse y demostrarse para declarar la tipicidad de un hecho en particular, en los segundos, en cambio el peligro se considera abstractamente supuesto en la conducta descrita por el legislador, por lo que ningún caso demanda prueba directa. Así pues, esto nos ayuda a comprender, por lo menos en cierta medida, la existencia de grupos de delitos como el contenido en el Título Séptimo del Código Penal Federal, denominado: *Delitos Contra la Salud*, formado por el legislador con figuras típicas que no demandan la producción de un resultado material sino, únicamente, la puesta en peligro del bien jurídico.

C). Clasificación basada en la unidad o pluralidad de los bienes tutelados. No todas las figuras típicas se crearon para proteger un solo bien jurídico pues, en algunos casos, su inclusión en el Código Penal sirve para salvaguardar a varios de ellos del daño que se les pueda causar o, en su caso, del peligro en el cual se les pueda poner. Los tipos penales que tutelan un solo bien jurídico suelen denominarse, al parecer sin objeción alguna simples, en cambio, se llaman *complejos* los que protegen dos o más de esos bienes, por lo que en estos casos su ubicación en el ordenamiento legal debe hacerse tomando en cuenta el bien de mayor jerarquía o importancia, JIMÉNEZ HUERTA, hace una explicación mas amplia:

Los tipos penales se agrupan frecuentemente en el articulado del Código Penal según la naturaleza del bien jurídico tutelado. Mas cuando en un mismo tipo se tutelan dos o más bienes jurídicos, la

³⁶ El actual desuso del vocablo *presunto*, utilizado para referirse a cierta clase de delitos de peligro concretamente aquellos en los cuales la propia ejecución de la conducta típica se considera, *per se*, prueba de la puesta en peligro del bien jurídico, no parece tener como causa una discusión o descubrimiento de alguna incorrección en tal palabra sino, más bien, el reconocimiento de que en materia penal la única presunción es, o mejor dicho deberá ser, la inocencia del procesado.

inclusión de dicho tipo en uno u otro título del Código debe hacerse tomando en consideración el bien más importante, el que deberá desempeñar el papel dirigente.³⁷

Lo anterior explica la existencia de grupos de delitos como el previsto en el Título Decimonoveno del Código Penal Federal, denominado: *Delitos contra la vida y la integridad corporal*, en el que además de conductas directamente relacionadas con esos dos bienes jurídicos, se prevén otras que también tutelan otros bienes diversos. Ese es, precisamente, el caso del delito llamado: *violencia familiar*, con el cual el legislador decidió proteger tanto la unión o vínculo familiar como la célula básica de la sociedad.

Ahora bien, si nos preguntamos cuál fue la razón en concreto por la cual el legislador creó el grupo de delitos denominado: contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, es fácil aceptar, por lo que respecta al titular de los bienes jurídicos protegidos –*sujeto pasivo*–, que éste no se encuentra en el Estado, sociedad o la familia sino, única y exclusivamente, en el **individuo**; también es fácil generar consenso en cuanto a que ninguno de los tipos con los cuales se integra ese grupo, demanda la producción de un resultado material en específico, es decir, que son de los llamados delitos de resultado formal –*mera conducta*–, pues para decretar la tipicidad de una conducta no se requiere la probación de afectación o variación alguna en el mundo fáctico.

No obstante, las dificultades empiezan cuando se pregunta: ¿acaso los llamados delitos sexuales protegen un bien jurídico en común y, por ello, se les agrupó en un mismo apartado? O ¿los delitos sexuales protegen algún bien jurídico que ningún otro grupo de delitos salvaguarda?, se dice que esas preguntas representan el inicio del

³⁷ Jiménez Huerta, Mariano, op. cit, p. 259

problema, pues aún cuando a ambas se suele responder rápidamente: ¡sí, protegen la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual!, lo cierto es que, quien así responde, no advierte que con esa respuesta no explica por qué otro tipo de delitos innegablemente relacionados con esos mismos bienes jurídicos no fueron incluidos por el legislador en ese mismo grupo, como son, entre algunos otros más: *corrupción de menores, pornografía infantil y prostitución sexual de menores*, actualmente contenidos en el Título Octavo del Libro segundo, denominado: Delitos contra la moral Pública y las buenas costumbres.

La respuesta correcta a las anteriores preguntas podría ser, siguiendo las explicaciones dadas por LISANDRO MARTINEZ, que la nota distintiva de los delitos: contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, lo es la existencia en ellos de una finalidad, interés o móvil sexual, directo o **indirecto** ³⁸; en cambio, los delitos citados en la parte final del párrafo anterior, aun cuando también implican una afectación a la libertad sexual. De ahí, precisamente, la conveniencia de hacer una breve exposición de las posturas sociales, religiosas y morales que, a lo largo de la historia, se han adoptado frente a las conductas de índole sexual.

³⁸ Martinez Z., Lizandro, *Derecho Penal Sexual*, 2ª ed., Bogotá, Colombia, Temis, 1977

4.2 RELIGIÓN. ¿CUNA DEL RECHAZO A LA SEXUALIDAD?

De todos los temas relacionados con el derecho penal, no parece existir otro tan estrechamente vinculado a influencias morales o religiosas como el relativo a la punición de conductas relacionadas con el sexo, aunque cabe reconocerlo, en ello también influyen cuestiones históricas, sociológicas y económicas. Pese a la gran diversidad de posturas o corrientes religiosas (cristianismo, budismo, mahometismo, islamismo, etcétera), existe una gran conformidad entre religiosos con la prohibición de conductas que provoquen un alto grado de trasgresión de la libertad sexual, como lo es, precisamente, la violación.

Hoy resulta casi imposible afirmar que la simiente de la fe, así como los fundadores y reformadores de los diferentes cultos religiosos, han tenido siempre, como uno de los principales deberes, la regulación de la conducta sexual de sus seguidores; asimismo, resulta incorrecto negar la posición de la mentalidad o evolución religiosa prevaleciente en un determinado lugar, influye y determina el sentido de la normatividad penal en materia sexual.

La posición de los diversos grupos religiosos respecto al sexo puede clasificarse, siguiendo las explicaciones dadas por LISANDRO MARTINEZ³⁹, en cuatro grupos o posiciones:

1. Condenatorias de todo lo sexual
2. Reguladoras de la conducta sexual
3. Tolerantes con ciertos excesos sexuales
4. Identificadoras de culto religioso y sexo

En el primer grupo –*condenatorias*-, explica el citado autor brasileño, se encuentran algunas religiones orientales y ciertas sectas cristianas inspiradas en el *paulismo* o en reformadores protestantes que, por

³⁹ Martínez, Lizandro, op. cit. p 15

considerar la castidad como la máxima de las virtudes, repudiaron casi todo lo referente a la unión de los sexos.

Como ese tipo de posturas acabó con la forma más usual de conservar la especie humana, así como los creyentes que poco a poco se doblegaron ante las posiciones, se abrió paso al siguiente grupo de religiones, las reguladoras, que pese a condenar ciertas conductas de extrema sexualidad y conservar la castidad como un ideal, tuvieron que regular los actos sexuales con la intención de alcanzar su fin primordial, la conservación del género humano. De acuerdo con esas posturas, la licitud del acto sexual le viene dada por realizarse al amparo de la búsqueda de la procreación, con la consecuente condenación, claro, de todo acto despojado de esa finalidad. Esa es, precisamente, la posición judeocristiana que orienta al sexo hacia el cumplimiento del mandato bíblico de: *crecer y multiplicarse como las arenas del desierto, como las estrellas del cielo, como las arenas del mar*, y que. A su vez condena al onanismo y la homosexualidad. A quienes sostienen esa opinión, sin el afán de hacer mofa alguna de sus creencias, vale la pena citarles algunas cuantas palabras que, con la incuestionable sinceridad con que un padre aconseja a su hijo, SAVATER dijo a Amador:

[...] la experiencia sexual no puede limitarse simplemente a la función procreadora. En los seres humanos, los dispositivos naturales para asegurar la perpetuación de la especie tienen siempre otras dimensiones que la biología no parece haber previsto. Se le añaden símbolos y refinamientos, invenciones preciosas de esa libertad sin la que los hombres no seríamos hombre. Es paradójico que sea los que ven algo de malo o al menos algo de turbio en el sexo, quienes dicen que dedicarse con demasiado entusiasmo a él animaliza al

hombre. La verdad es que son precisamente los animales quienes sólo emplean el sexo para procrear, lo mismo que utilizan la comida para alimentarse o el ejercicio para conservar la salud, los humanos, en cambio, hemos inventado el erotismo, la gastronomía y el atletismo.⁴⁰

Los chibchas, pueblo que habitó en las tierras altas de Bogotá, es un ejemplo de las posturas *reguladoras*, pues a pesar de que tenían variadas penas para conductas relacionadas con el sexo, como: tormento para la adúltera, muerte para el soltero que incurría en violencia carnal, al casado, en cambio, se le sometía a observar a su esposa cohabitar con dos hombres solteros, etcétera, se identificaron como un pueblo tendente a la regulación pues consideraban desgraciada a la mujer que llegaba virgen al matrimonio, ya que ello les significaba que no hubo quien hiciese caso de ella, aceptaban la poligamia para los pudientes, existía el sororado, esto es, el matrimonio de un individuo con todo un grupo de hermanas, en algunas fiestas practicaban la promiscuidad sexual animada por la danza y el que más incestos y fornicaciones cometía, era el mas santo.

Las posturas religiosas tolerantes, por su parte , son hasta cierto punto indiferentes con la castidad; un ejemplo clásico lo es la musulmana, cuyas leyes a pesar de tender a disminuir tentaciones fuera del matrimonio y a aumentar las oportunidades sexuales dentro de él, imponen la continencia pre-conyugal, aceptan la poligamia, limitan el número de esposas a cuatro, etcétera.

La diversidad de criterios entre religiones es, en algunos casos, asombrosa, para ello basta hacer una ligera comparación entre el cristianismo y el mahometismo, Cristo, para nosotros , es un dechado de castidad que incluso fue engendrado por una mujer virgen, Mahoma,

⁴⁰ Savater, Fernando, *Ética para Amador* , 45ª ed, México, distrito Federal, Ariel, 2004. p 137

en cambio, con sus diez esposas y dos concubinas, fue fuente de asombro y envidia para el mundo occidental. La estancia que nos espera a los católicos en el paraíso, en caso de tener derecho a ello claro, será para entonar cánticos celestiales, admirar al Altísimo, olvidar la tristeza de la tierra, reencontrarnos con nuestros seres queridos etcétera, mientras que a los musulmanes el paraíso los esperará con setenta y dos mujeres, que por cierto serán eternamente jóvenes, las cuales son descritas por Mahoma con detalles concupiscentes y, por si eso fuera poco, el polo de la atracción sexual no se limitará a las bellas huríes (compañeras en el paraíso), sino que tendrán otras tantas posibilidades que, como se puede resumir con la frase de San Pablo: “ni siquiera nos atrevemos a nombrar entre cristianos”.

Las religiones que unificaron el culto religioso y el sexo, por último, son aquellas para las que éste es todo lo contrario a lo pecaminoso; hoy, por lo menos para un sector social en específico, parecen repugnantes, pero no siempre lo fueron. En el antiguo Oriente, concretamente en algunos pueblos de Egipto, el dios Osiris era representado con genitales inmensos, o con triple falo, símbolos de su poder supremo, además las figuras de los templos ostentaban muchas veces los órganos escandalosamente erectos. En sumeria, por ejemplo el cargo de concubina de los dioses o, más exactamente, de sus representantes en la tierra, era intensamente buscado por los padres para sus hijas, y para obtenerlo debían adoptar un dote, pues el anhelo ingreso a tal posición constituía un motivo de celebración ritual, con asistencia de toda la familia agraciada.⁴¹

Como se ve, entre religiones no ha existido identidad o coincidencia en la aceptación, regulación, tolerancia o rechazo de las conductas

⁴¹ Una posición mas amplia de estos temas, puede encontrarse en: Durant, Willy, Nuestra herencia oriental, buenos aires, Argentina, Ed. Sudamérica, 1967.

relacionadas con el sexo sino que, más bien, la posición que a lo largo de la historia y en los diferentes pueblos se ha adoptado en torno a este tipo de conducta ha sido divergente; no obstante, todo ello provoca un antojo por precisar, en el siguiente apartado, algunas diferencias entre los conceptos pecado y delito, pues entre ellos, por lo menos así parece, si es posible destacar tanto constantes similitudes como irreconocibles diferencias.

4.3 PECADO Y DELITO. ¿CONCEPTOS EQUIVALENTES, ACCESORIOS U OPUESTOS?

La confusión entre delito y pecado ha significado auténticamente un lastre no sólo para las conductas impregnadas de una naturaleza lúbrica (sexual), sino para otras tantas como son, sólo por poner un ejemplo, la forma de vestir o hablar; librarse de ese obstáculo es hoy, aunque difícil, una cuestión posible, pero en tiempos pasados no fue así, pues injustificadamente se relacionó al sexo malo, lo prohibido y, en ocasiones, con lo castigado por Dios.

La principal distinción entre delito y pecado consiste, sin utilizar fríos tecnicismos, en que el primero es la acción desobediente de una norma jurídica, pero el segundo, en cambio, tiene una connotación preferentemente religiosa y, por esa razón, se estima la transgresión intencional de un mandamiento divino. El pecado no incumple normas morales, sino las impuestas o establecidas por una deidad. ABBAGNANO, explica:

[. . .] el reconocimiento del carácter divino de una norma y la intención de violarla, son los dos elementos de este concepto –pecado-, elementos sin los cuales el concepto mismo se confunde con los de culpa, delito,

error, etcétera, que expresan la trasgresión de una norma moral o jurídica⁴².

SAN AGUSTÍN, teólogo cristiano, se encargó de elaborar el concepto de pecado, de la siguiente manera:

[. . .] lo dicho, hecho o deseado contra la ley eterna, entendiendo por ley eterna, la voluntad divina dirigida a conservar el orden del mundo y hacer que el hombre desee mas el bien mayor y menos el bien menor.⁴³

En materia de conductas sexuales se han superado viejos conceptos que, a la luz de nuestros ojos, parecen inadmisibles; por ejemplo, del siglo XVII a. de C., la Lex Julia de adulteriis coercendis, que para combatir la disolución de la institución matrimonial y la disminución del número de hijos, creó una serie de tipos penales en interés del mantenimiento del vínculo familiar, bajo el lábil pretexto de que los lazos sexuales extramatrimoniales transitorios de un hombre con una mujer casta y honesta, defraudaban la justificada esperanza del Estado en una descendencia legal; lo mismo ocurrió con las penas del código canónico que consideraban todas las uniones extramatrimoniales (*delicta carnis*) e incluso el simple beso, como ilícitos.

El Derecho romano , por su parte, fue indiferente al problema, pues las costumbres no tomaban partido en el tema, a menos que se pusiera en peligro el matrimonio, la demografía o la procreación⁴⁴

El periodo de la ilustración aportó el triunfo de la idea moderna de que la exteriorización del instinto sexual de cualquier índole, sólo debe

⁴² Abbnano, Incola, *Diccionario de Filosofía*, 13ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, trad. Galletti, Alfredo N.

⁴³ *Ibidem.*, p.895.

⁴⁴ Para una mejor explicación en torno al tema, Vid. De Vega Ruiz, José Augusto, *El acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, España, Colex, 1991, p.21

penalizarse cuando vaya acompañada de la lesión de un derecho, pues afortunadamente se logró entender que, por sí mismo, el instinto sexual no conduce al delito.

Resulta, pues, justificada y evidente la cesura entre delito y pecado, pues las leyes divinas son el marco quebrantado cuando se comete un pecado y lo es únicamente el marco jurídico establecido por las normas de carácter general, abstractas e impersonales, contenidas en el derecho penal, cuando se comete una acción u omisión etiquetada como delito que produce una afectación.

En suma, la carga moral o religiosa no cabe cuando se valora una conducta sexual con la finalidad de evidenciar si contraviene una norma jurídica o no, pues legislador y deidad imponen, respectivamente, normas morales y jurídicas, pero estas últimas son las únicas que al ser transgredidas justifican la imposición de una sanción. Nuevamente conviene citar, con la intención de advertir los problemas que se provocan cuando se recurre a cualquier concepto ético para declarar como correcto o no el ejercicio de una conducta de naturaleza sexual, a SAVATER, quien paternalmente aconseja:

[. . .] imagínate que alguien te informa que tu amigo Fulanito o tu amiga zutanita han sido detenidos por conducta inmoral en la vía pública. Puedes estar seguro que su inmoralidad no ha consistido en saltarse un semáforo en rojo, o en haber dicho a alguien una mentira gorda en plena calle, ni tampoco es que haya sustraído una cartera aprovechando las apreturas urbanas. Lo más probable es que el salido de Fulanito se dedique a palmear con rudo aprecio el trasero de las mejores jamonas que fueran cruzando en su camino o que la descocada de zutanita, tras unas cuantas sopas, se haya

empeñado en mostrar a los viandantes que su autonomía nada tiene que envidiar a la mas atrevida modelo. Y si alguna persona de las llamadas *respetables* (¡como si el resto de las personas no lo fuese!) te anuncia en tono severo que tal o cual película es inmoral, ya sabes que no se refiere a que aparezcan varios asesinatos en la pantalla o que los personajes ganen dinero por medios poco limpios sino a ... tú ya sabes a lo que se refieren. Cuando la gente habla de moral y sobre todo de inmoralidad, el ochenta por ciento de las veces -y seguro que me quedo corto- el sermón trata de algo referente al sexo. Tanto que algunos creen que la moral se dedica ante todo a juzgar lo que la gente hace con sus genitales. El disparate no puede ser mayor y supongo que por poca atención que le hayas dedicado a lo que vengo diciendo ya no se te ocurrirá compartirlo. **En el sexo, de por si, no hay nada mas inmoral que en la comida o en los paseos por el campo;** claro que alguien puede comportarse inmoralmente en el sexo (utilizándolo para hacer daño a otra persona, por ejemplo), lo mismo que hay quien se come el bocadillo del vecino o aprovecha sus paseos para planear atentados terroristas. Y por supuesto, como la relación sexual puede llegar a establecer vínculos poderosos y complicaciones afectivas muy delicadas entre la gente, es lógico que se consideren especialmente los miramientos debidos a los semejantes en tales casos. Pero, por los demás, te digo rotundamente que en lo que hace a disfrutar a dos y no daña a ninguno no hay nada de malo. El que de veras está malo es quien cree que hay algo malo en disfrutar.⁴⁵

⁴⁵ Savater, Fernando, op. cit., p.136

Tal vez, como lo advierte FERRAJOLI, las doctrinas que comparten la confusión sustancialista entre delito y pecado o inmoralidad, casan de un modo u otro con las doctrinas correccionalistas de la pena como técnica de prevención especial, caracterizada también, como se verá a continuación, por una antiquísima confusión entre derecho y moral o entre derecho y naturaleza. Por esto, vale la pena dedicar unas cuantas líneas a precisar los pronunciamientos hechos en torno a la relación entre el derecho y la moral ya que, sin duda alguna, ello nos ayudará a constatar la validez de las opiniones esgrimidas a favor de los DPM, en los cuales se vislumbra al delito como un protector de ese medio de control social llamado: moral.

4.4 DERECHO Y MORAL. ¿ALGUNA RELACIÓN?

Dedicar un par de líneas para hacer referencia a la relación entre el derecho y la moral implica, inevitablemente, hablar de la disputa entre dos corrientes de opinión que durante más de dos mil años, han debatido acerca de ese tema sin haber logrado consenso. Esas dos posiciones son: la positivista y la no positivista –iusnaturalista-.

Todas las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación, según la cual, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone, además, que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral. Uno de sus representantes, tal vez más representativo, es Hans Kelsen, quien resumió su postura bajo la frase: "... cualquier contenido puede ser derecho."⁴⁶

Las afirmaciones mínimas que los positivistas comparten son: a) derecho es únicamente derecho positivo, entendiendo por tal, los ordenamientos vigentes en su carácter de fenómenos sociales que

⁴⁶ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Argentina, Eudeba, 1963.

varían históricamente, y b) la clasificación de algo como derecho es independientemente de su justicia o injusticia.

En cambio, todas las teorías no positivistas sostienen la tesis de la vinculación, según la cual, el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Los autores que se califican a sí mismos como iusnaturalistas, parecen defender estas dos tesis: a) además, y por encima del derecho positivo, existe un derecho natural, esto es, un conjunto de normas y principios válidos para todos los tiempos, y b) el derecho sólo es tal si concuerda con el derecho natural, ósea si es justo.

Las posturas antes referidas no se han manifestado bajo una misma opinión a lo largo del tiempo, pues existe una gran variedad de conceptos de derecho tanto positivistas como no positivistas. Según lo explica ROBERT ALEXY, existen tres elementos que no se pueden soslayar si se intenta saber cuál es el concepto de derecho adecuado o correcto, a saber: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material, los dos primeros elementos, explica el citado autor, pueden no ser combinados recíprocamente, sino también interpretados de maneras muy diferentes y, por eso, concluye: existe una inmensa variedad de conceptos positivistas⁴⁷.

Pese a tan añeja disputa, algunos de los partidarios de las corrientes teóricas referidas, que en nuestra opinión son quienes mayor sensatez han demostrado en torno al debate, han cedido un poco de terreno a la opinión contraria, es decir, existen positivistas que, en cierta medida, aceptan que el derecho coincide con la moral y que esa identidad es, de alguna manera, obligatoria, así como no positivistas que aceptan que ciertas normas jurídicas, la minoría, no pueden considerarse justas pero

⁴⁷ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Barcelona, España, Gedisa, 2004, p.21.

aun así deben mantenerse vigentes y ser respetadas. En torno a ese tema, resulta conveniente citar, nuevamente, a ALEXY –iuspositivista-, quien refiere:

[. . .] la vinculación no conduce a una identificación del derecho con la moral. Según ella, también las normas injustas y, por lo tanto inmorales, pueden ser derecho. Con ello admite –al igual que el positivismo jurídico- una crítica moral del derecho y, en este sentido, posibilita también una actitud crítica. La diferencia consiste únicamente en que, a partir de un determinado umbral comienza a perder carácter jurídico [. . .]⁴⁸.

Un comentario o, mejor dicho, una descripción que en realidad destaca la valía de flexibilizar cualquiera de las posturas antes citadas, es la que hizo NORBERTO BOBBIO, en relación a FERRAJOLI, en los siguientes términos:

Como teórico general del derecho, Ferrajoli pertenece a la familia de los positivistas en la tradición de Kelsen, Hart y positivismo italiano de este último cuarto del siglo. Pero es un positivista particularmente atento a distinguir la validez formal, o vigencia, de las normas, de su validez sustancial y a subrayar que en un ordenamiento que haya recibido los derechos fundamentales de la libertad la validez no puede ser solamente formal y, oír tanto existe en él un problema de justicia interna de las leyes, y no solamente externa: un positivista bien conciente de que, una vez producida en la mayor parte de las constituciones modernas la constitucionalización de los derechos naturales, **el tradicional conflicto entre derecho positivo y derecho**

⁴⁸ Robert, Alexy, op. cit., p.50.

natural, y entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, ha perdido gran parte de su significado. [. . .]⁴⁹

Al margen de esas posturas, la relación entre derecho y moral puede contemplarse desde muy diversos ángulos, pues en ambos estadios se habla de: derechos, deberes, ilicitud, libertad, igualdad, responsabilidad, etcétera. Además, sin importar aquí el motivo de ello, ni si es una cuestión programada o meramente accidental, es innegable que muchas de las normas jurídicas coinciden, en cuanto a su contenido, con las normas morales. Tampoco puede negarse que el derecho y la moral se influyen mutuamente, pues cuando en alguno de ellos la opinión cambia en alguna forma, en el otro, por lo menos en algunas ocasiones, se hace más fácil el entendimiento de algún fenómeno controvertido. ATIENZA, en relación a esa correspondencia, pone el siguiente ejemplo:

[. . .] cuando la regulación de una cuestión disputada (por ejemplo el aborto) sufre una modificación legislativa (y siguiendo con el ejemplo, ciertos tipos de conducta abortivas que eran consideradas delitos pasan a ser jurídicamente lícitas), eso influye en las opiniones morales de la gente, de manera que aumenta el número de quienes consideran moralmente lícitas esas conductas⁵⁰

Los conciudadanos que viven bajo un sistema jurídico, en cierta medida parten de que el derecho y la moral con conceptos con una relación estrecha, pues consideran legítimo un sistema jurídico de un estado cuando asegura, por lo menos cierta medida, valores morales como son, entre muchos otros mas: la libertad, la igualdad y la justicia. La ley no se cumple, o por lo menos no siempre, sólo por ser ley, sino porque

⁴⁹ Bobbio, Norberto, Introducción al libro: *Derecho y razón del garantismo penal*, de Luigi Ferrajoli, 6ª ed., Madrid, España, Trota, 2004.

⁵⁰ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, España, Ariel, 2001, p.89

en una determinada proporción a la separación entre derecho y moral es un rasgo característico del mundo moderno; razón por la cual, extirpar del Derecho cualquier cuestión que afecte la vida privada de los individuos y dejar, por necesaria consecuencia, que cada persona se conduzca de conformidad con sus creencias, parece ser la máxima conquista civilizatoria. Como ejemplo de esta última afirmación, conviene citar algunas líneas de FERRAJOLI:

[. . .] la doctrina ilustrada de la separación entre el derecho y moral constituye el presupuesto necesario de cualquier teoría garantista y, al mismo tiempo, de cualquier sistema de derecho penal mínimo, mientras que las diversas doctrinas pre y también post-ilustradas de la confusión se encuentran en el origen de culturas y modelos penales sustancialistas y de una u otra forma autoritarios.⁵¹

Lo que verdaderamente importa destacar, para estar en aptitudes de hacer frente a una de las opiniones que defienden la existencia de los DPM, es que el derecho y la moral no son algo más que medios de control social, cuya vinculación no ha podido definirse satisfactoriamente pero que, en caso de existir, su relación o coincidencia estibaría únicamente en defender o custodiar un mismo bien, es decir, en apuntar o enfocar su dirección hacia un mismo lugar o sentido, pero no porque el derecho, entendido como sistema jurídico, tutele el otro sistema normativo, la moral.

Una de las razones por las cuales algunos autores han llevado la discusión al extremo de asegurar que el derecho protege a la moral, es porque en los sistemas jurídicos contemporáneos la conexión entre derecho y moral es tan estrecha que se tiene problemas para distinguir

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, op. cit., p.231.

entre el discurso de un teórico de la moral (por ejemplo en relación al aborto, la eutanasia, etcétera), de otro elaborado por un constitucionalista, pues la así llamada por algunos: moralización, esto es, el hecho de que al parecer algunos sistemas jurídicos han positivizado los principios de una supuesta moral universal, ha propiciado que la moral haya emigrado al interior del derecho. De ahí que, el concepto de bien jurídico sea una de las cuestiones en relación a la cual existe un gran disenso.

Para los fines de este trabajo, que no pretende dar cuenta con la solución a la antiquísima incógnita relativa a los verdaderos alcances de la relación entre derecho y moral, basta con insistir en que la disputa entre iusnaturalistas y positivistas no ha sido por no coincidir en si el derecho tutela o no la moral sino, más bien, en si el derecho es tal, por coincidir o no con la moral.

CAPITULO V LOS DELITOS SEXUALES EN PARTICULAR

5.1 Características típicas básicas.

El rasgo más evidente de las figuras típicas de corte o naturaleza sexual lo es que, en todas ellas, la conducta o verbo típico es de naturaleza lúbrica. Lúbrica se entiende como lujuriosa y esta, a su vez, sencillamente como lesiva para el correcto desarrollo y libertad de la sexualidad; bajo esa óptica, el ejercicio de una potencia, la posibilidad o libertad de hacer movimientos o bien la fuerza ejercida de un cuerpo sobre otro, que contenga una finalidad lujuriosa, es lo que aquí consideramos acción lúbrica.

Otro de los rasgos distintivos de los delitos sexuales es que en todos ellos el acto sexual debe realizarse, necesariamente, contra o ante la falta del consentimiento del sujeto pasivo. El ejemplo clásico lo es el delito de violación, en que el propio legislador sometió el despliegue del verbo típico a dos vías o medios comisivos en específico: la violencia física o moral; no obstante, ese no es el único ejemplo que puede citarse con apoyo en el Código Penal Federal vigente, pues la misma característica la presentan algunas otras figuras comprendidas en el apartado de los delitos de naturaleza sexual, como lo es la siguiente:

Artículo 260. **Abuso Sexual.** Al que **sin consentimiento** de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de...⁵²

El hecho de realizarse con violencia o intimidación parece no ser exclusivo de estos delitos, pues bien se puede decir que cualquiera, sólo con proponérselo, consigue cometer un secuestro violentamente, de igual manera alguien puede amenazar a otro con determinada

⁵² México, Código Penal federal, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de septiembre de 1931.

consecuencia si comete robo, un homicidio o un fraude etc., pero lo singular de éste elemento en la clase de delitos analizados es que, como ya se adelantó, en la libertad del sujeto pasivo, quien puede optar conscientemente por acceder a las ansias o deseos de su agresor, recae la carga ya sea emocional o materialmente violenta, lo que da paso, en la mayoría de los casos, a otra característica casi invariable, la oposición.

Este último elemento, al igual que el de la falta de consentimiento, no es una característica constante en todos los delitos sexuales previstos en el actual Código Penal, pues en algunos de ellos, como es precisamente el previsto en el artículo 262, en el que por utilizarse como medio comisivo el engaño, no puede hablarse de falta de consentimiento ni de oposición sino, contrario a ello, de una aceptación viciada.

La libertad sexual afectada por la comisión de los delitos sexuales, explica LISANDRO MARTINEZ, no se enfoca desde un aspecto positivo, es decir, no es la facultad que permite a un hombre tener relaciones con todas las mujeres que quiera, sino mas bien se enfoca desde un aspecto negativo, según el cual, no se puede obligar a alguien a tener relaciones sexuales contra su voluntad.⁵³

Ante esa referencia o explicación de carácter negativo de la libertad sexual, existen otras posturas de corte positivo como la sustentada por Caro Coria, quien explica:

En la doctrina se tiene claro que lo protegido por el DP (derecho penal) sexual no es una difusa 'moral sexual social', la 'honestidad', las 'buenas costumbres' o el 'honor sexual'. Desde la perspectiva de mínima intervención del DP sexual, se considera

⁵³ Martínez, Lisandro, op. cit., p. 110.

que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente, es libertad sexual. El aspecto positivo dinámico se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que se desea intervenir.⁵⁴

El germinal contenido de las anteriores líneas, es suficiente para señalar que las características básicas de los delitos sexuales son:

- una acción lúbrica
- realizada con violencia y/o intimidación
- contra o, en su caso, sin el consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo.
- La lesión a la libertad sexual en sus aspectos positivo y negativo.

Esas características permiten identificar, por lo menos en forma inicial, los delitos sexuales de entre el resto de las figuras típicas previstas en el Código Penal Federal y, a su vez. Favorecerán el entendimiento de algunos de los criterios jurisprudenciales que, como ya se adelantó, serán considerados aquí la base incuestionable para llevar a cabo la confrontación de ese tipo de ilícitos con cada una de las corrientes de opinión que han intentado justificar la existencia de los DPM.

5.2 DELIMITACIÓN

El título Décimo Quinto del Código Penal Federal, denominado: Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, se integra con cinco capítulos, en el primero se prevén los delitos: Hostigamiento Sexual. Abuso Sexual, Estupro y Violación, en el segundo el Rapto

⁵⁴ Caro Coria, Dino Carlos, *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

(abrogado), en el tercero el Incesto, en el cuarto el Adulterio, y en el quinto capítulo, el último, solamente disposiciones relativas al embarazo de la mujer ofendida por la comisión del delito de violación.

De los delitos previstos en el primero de esos capítulos, el hostigamiento Sexual prevé en su conformación típica una calidad específica en el sujeto activo, lo que convierte, a la luz de las explicaciones hechas al inicio de este trabajo, en un delito especial, pues está dirigido a un círculo de personas en específico, a saber: patrones.

Por tal motivo, esa figura delictiva no se tomará en cuenta a fin de constatar si puede o no cometerse en autoría mediata, o mejor dicho, para verificar si puede o no clasificarse como DPM, pues dentro de los fines trazados a este trabajo, no está determinar si tal forma de intervención puede materializarse a pesar de requerir el tipo penal una calidad específica en el sujeto activo sino, como ya se ha dicho en varias ocasiones, sólo se busca verificar si los delitos previstos en el referido Título Decimoquinto del Código Penal, que están destinados a cualquier tipo de personas y son clasificados como DPM, pueden o no cometerse a través de un tercero.

Se dice que el Hostigamiento Sexual prevé en su conformación típica una calidad específica en el sujeto activo, pues solamente el actuar de quien guarde una posición jerárquicamente superior al ofendido (patrón), puede encuadrarse en esa hipótesis delictiva; véase:

Artículo 259 Bis, del Código Penal Federal. Al que con los fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, **valiéndose de su posición jerárquica** derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquier otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el

hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su encargo.

Circunstancia similar se presenta con los delitos de Incesto y Adulterio, pues en el primero de ellos sólo puede cometerlo quien cuente con el parentesco referido por el legislador y, el segundo, únicamente el cónyuge del ofendido; véase los siguientes artículos del Código Penal Federal:

Artículo 272. se impondrá la pena de uno a seis años de prisión **a los ascendientes** que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.⁵⁵

Artículo 273. Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo⁵⁶.

La razón por la cual se decidió adelantar esas advertencias o, mejor dicho, el motivo por el cual se hizo esa delimitación, lo es porque quienes desde cualquier óptica han defendido la existencia de los DPM, han estado siempre de acuerdo con que estos no están dirigidos a un grupo de personas en específico o, dicho en sentido contrario, aceptan sin limitación alguna que pueden cometerse por cualquier persona. Por ello, discurrir sobre la posibilidad de que los delitos: Hostigamiento Sexual, Adulterio e Incesto, puedan o no cometerse a través de un tercero, a pesar de ser un cuestionamiento cuya atención resulta tentadora para toda investigación relacionada con el concurso de personas en el delito –autoría y participación-, desborda los alcances dados a este trabajo, pues no existe la posibilidad alguna de contestar

⁵⁵ México, Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de septiembre de 1917.

⁵⁶ *Idem*.

esa interrogante sin tener que comprometerse a explicar, primeramente, si los delitos especiales pueden o no cometerse a través de una persona que no cuente con la calidad específica referida por el legislador, lo cual, se insiste, no es la problemática con cuya solución aquí se pretende dar cuenta.

Además, no parece existir afirmación alguna en el sentido de que es exclusivamente el carácter o matiz sexual en el Hostigamiento Sexual, Adulterio e Incesto lo que impide que éstos sean cometidos a través de un tercero, por lo cual, dar por sentada esa afirmación implicaría sostener que en el plano teórico la interrogante en cuanto a la viabilidad de la autoría mediata en los delitos especiales está resuelta, lo cual es falso.

Así pues, al haberse abrogado el delito de Rapto, anteriormente previsto en los artículos 267 a 271 del Código Penal federal, los únicos ilícitos a los cuales se concederá atención son: **Violación, Estupro y Abuso Sexual.**

Hecha esa delimitación, las siguientes líneas se destinarán a precisar, a la luz de los criterios emitidos por los Tribunales Federales, en qué consiste la **conducta** típica de cada una de esas figuras delictivas, si cuentan o prevén en su conformación en **resultado material**, así como si protegen o no algún **bien jurídico** en particular, para con ello poder confrontarlos con los diferentes criterios emitidos a favor de los DPM.

La razón para no hacer un mayor análisis de esas figuras delictivas lo es porque sus restantes elementos, como son: medios comisivos – violencia física o moral-, calidades específicas del sujeto pasivo- menor de edad-, etcétera, no han sido nunca tomados en cuenta para clasificarlos como DPM, por lo que el análisis pormenorizado de tales elementos, además de sobrepasar los límites puestos a este trabajo, que como ya se dijo no busca hacer una monografía destinada a los

delitos de naturaleza sexual, resultaría intrascendente para contestar la interrogante aquí planteada, que lo es: ¿pueden cometerse en autoría mediata los delitos sexuales que, supuestamente, son DPM?

En síntesis, como algunas de las corrientes de opinión que afirman la existencia de los delitos de propia mano, han asegurado que la esencia e estos estriba en: la falta de bien jurídico protegido, el disvalor de la acción como única razón para la relevancia penal, el contenido lingüístico del tipo, etcétera, será únicamente en esos aspectos en los cuales se pondrá atención en los siguientes apartados, pues hacer un estudio pormenorizado sobre la esencia de los medios comisivos, las calidades específicas de los pasivos, etcétera, se insiste, en nada serviría para determinar si los delitos sexuales en realidad deben clasificarse como DPM.

5.3 Violación

El delito de violación está previsto en el siguiente artículo del Código Penal Federal:

Artículo 265. Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.⁵⁷

La conducta típica copular, fue materia de delimitación por parte del propio legislador, pues en el párrafo segundo de ese mismo artículo se precisó en que consiste y cuales son sus variantes; ello, en los siguientes términos:

⁵⁷ México, Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de septiembre de 1931.

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

El delito de violación no prevé en su conformación resultado material alguno, pues el desfloramiento de la víctima, el embarazo de ésta, la eyaculación del activo, la generación de las lesiones en el cuerpo de la ofendida, etcétera, son circunstancias que, pese a no presentarse, en forma alguna impiden la consumación del delito, pues para ello basta la simple ejecución de la conducta típica *copular*. De ahí que, como lo sostienen muchos autores, del delito de Violación es de los denominados: de resultado formal.

Según se ha explicado en varias ocasiones por los Tribunales Federales, el delito de la violación no protege la moral individual o secular, la honestidad u honorabilidad de la víctima, etcétera, sino que el bien jurídico protegido lo es la **libertad sexual**, entendida ésta como el derecho que a todo ser humano le corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse o negarse a hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado.

Esa precisión ha sido objeto de reiteradas explicaciones jurisprudenciales, como se hizo en la tesis pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual se puede consultar en la página cincuenta y uno, del sexagésimo primer tomo, segunda parte, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a la séptima época, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

VIOLACIÓN, BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE. El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de violación está constituido por la **libertad sexual** y no por la honestidad o castidad.

Así pues, el básico contenido de las anteriores líneas basta para concluir que los elementos típicos con los cuales se constituye el delito de violación, son los siguientes: a) una conducta en forma de acción consistente en copular, la cual, según se desprende de la propia legislación, se representa con cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual; b) un medio comisivo, relativo a la violencia física o moral, como una vía para la ejecución de la conducta típica, y c) la ausencia de voluntad del ofendido, es decir, la falta de consentimiento del agraviado para el ayuntamiento carnal.

Esa estructura es, precisamente , la que corresponde a la jurisprudencia clave: VI.2|.J/86, pronunciada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, la cual puede consultar en la página trescientos noventa y siete, del quinto tomo, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a enero de mil novecientos noventa y siete, de rubro y texto:

VIOLACIÓN, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE.

Los elementos que constituyen el delito de violación lo son: a) La cópula, que es cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, y sin importar el sexo; b) Empleo de violencia física de la fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, tales como golpes, heridas, ataduras o sujeción por terceros u otras acciones de tal ímpetu material que obligan a la víctima, contra su voluntad, a dejar copularse; o bien de violencia moral, que no es otra cosa mas que el empleo de amagos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen, impiden resistir el ayuntamiento; y c) Ausencia de voluntad del ofendido, es decir, la falta de consentimiento del agraviado para el ayuntamiento carnal.

5.4 ESTUPRO

El delito de estupro está previsto en siguiente artículo del Código Penal Federal:

Artículo 262. al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión ⁵⁸.

El delito de estupro, al igual que el de violación , prevé como conducta o verbo típico la acción de *copular* y como el bien jurídico protegido la libertad sexual del sujeto pasivo, por lo que lo dicho en el apartado anterior en relación a esos dos elementos debe entenderse aquí reproducido, pues no existe razón alguna para menospreciar su vigencia.

No obstante esa similitud, también existen diferencias entre dichas figuras delictivas, como son, primera: en el estupro el sujeto pasivo sólo puede serlo un menor de dieciocho años pero mayor de doce y, segunda: en el estupro debe existir, aunque se considere viciado, el consentimiento del sujeto pasivo, con lo cual, a su vez, se elimina toda posibilidad de ejecutar la conducta típica a través de la violencia física o moral.

Aún cuando existen algunos autores que, por el simple hecho de ser el sujeto pasivo un menor de edad , consideran que el bien jurídico protegido por el delito de estupro lo es la *seguridad sexual*, lo cierto es que , al ser necesario que el consentimiento del pasivo se recabe mediante engaños, no cualquier tipo de ayuntamiento puede considerarse típico, pues la copulación que tuviese lugar con persona

⁵⁸ México, Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de septiembre de 1931.

de esa edad sin haber mediado engaño no podría considerarse, sin incurrir con ello en un injustificado ensanchamiento de la figura típica, como merecedora de sanción. Tal vez por ello, JIMÉNEZ HUERTA, advierte:

[. . .] aunque a *prima facie* pudiera pensarse que el límite de dieciocho años establecido en el artículo 262 para que la mujer sea sujeto pasivo, entroniza un elemento nuevo que puede fundamentar la diversa conclusión consistente en que lo que se protege es la inexperiencia y la seguridad sexual de las mujeres menores de la edad indicada, esta argumentación no tiene solidez, pues para que la tuviera sería preciso que bastase para integrar el delito que la mujer fuere menor de dieciocho años; pero se exige, además, que el consentimiento se hubiere obtenido por medio de la seducción o engaño, obvio es lo que, en verdad se protege, es la libertad sexual, la cual es lesionada cuando el consentimiento ha sido obtenido mediante arteros, mañosos o persuasivos engaños.⁵⁹

Esa aclaración también ha sido objeto de advertencia por parte de los Tribunales Federales, como precisamente se hizo en la tesis pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página veintiocho, del tomo LV, segunda parte, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a la sexta época, cuyo rubro y texto son el tenor literal siguiente:

⁵⁹ Jiménez Huerta Mariano, op. cit., t.I, p. 234.

ESTUPRO DE NO VIRGEN. La circunstancia de que la ofendida estuviese desflorada, o no, carece de significación, porque el bien jurídico que la ley protege no es la virginidad de la víctima, sino la libertad sexual de las mujeres jóvenes que, además, posean los arbitrios morales de castidad y honestidad, comprendidos en la constancia de actividades sexuales.

El delito de estupro, al igual que el de violación, no demanda la producción de resultado material alguno, pues el simple ayuntamiento con una persona menor de dieciocho años pero mayor de doce, que haya accedido a dicho acto mediante el engaño, basta estimar absolutamente actualizada la hipótesis de sanción; por ello, al igual que el delito de violación, el de estupro debe considerarse como carente de resultado material.

Además, al haberse eliminado de la redacción legal las palabras castidad y honestidad, a que anteriormente se hacía referencia como característica indispensable del sujeto pasivo, ya no existe razón alguna para prolongar ni conceder atención antiquísima disputa relativa al desfloramiento de la víctima como resultado material necesario y momento de la consumación del delito.

El medio comisivo en el delito de estupro, que precisamente lo diferencia de la violación, es decir, *el engaño*. Debe entenderse como la tendenciosa actividad desplegada por el sujeto activo del delito, con el fin de ocultar sus intenciones y provocar un estado de error, equivocación o confusión en el ofendido, para que éste consienta la copulación. El más típico ejemplo de esa tendenciosa actividad lo es la falsa promesa de matrimonio; sin embargo, no toda promesa incumplida debe entenderse como suficiente para tener por satisfechas las exigencias típicas del delito de estupro, pues la no celebración del

matrimonio puede, en algunos casos, no tener como causa la falsedad en su propuesta.

Lo anterior se ve reflejado, en lo que aún conserva su vigencia, en la tesis pronunciada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, la cual se puede consultar en la página quinientos ochenta y cuatro, del catorceavo tomo, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a julio de mil novecientos noventa y cuatro, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

ESTUPRO, DELITO DE. SEDUCCIÓN Y ENGAÑO. En el delito de estupro, por seducción se entiende la maliciosa conducta lasciva desarrollada por el agente activo del ilícito encaminada a sobreexcitar sexualmente a la mujer o bien el halago hacia la misma, destinado a vencer su resistencia psíquica o moral; y por engaño, la tendenciosa actividad seguida por el activo, para alterar la verdad y producir en el agente pasivo un estado de error, confusión o equivocación para lograr la pretensión erótica.

Así pues, en síntesis, los elementos típicos del delito de estupro son los siguientes: a) una conducta en forma de acción consistente en copular, b) que tal conducta se ejecute en una persona menor de dieciocho años pero mayor de doce –calidad específica del sujeto pasivo-, c) que el activo obtenga el consentimiento –viciado- del ofendido por medio del engaño.

5.5 Abuso sexual

El delito de Abuso sexual está previsto en el siguiente artículo del Código Penal Federal:

Artículo 260. al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en

ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión⁶⁰.

La conducta o verbo típico en el delito de Abuso Sexual ya no es la cópula como en la violación y el estupro, sino un simple acto de naturaleza sexual desprovisto de la intención de yacer con el ofendido, el cual no fue descrito por el legislador; no obstante, como la libertad sexual de una persona, que también aquí es el bien jurídico protegido, no solamente le permite negarse a copular con quien no desee, sino también a no permitir que se ejecute en ella un acto de naturaleza sexual, porque ese tipo de acciones también ofenden su pudor y desconoce su capacidad de decidir sobre qué tipo de conductas de naturaleza lúbrica resentir o no, se puede entonces concluir, como lo han hecho algunos Tribunales federales, que los actos sexuales que interesó prohibir al legislador, pueden consistir en cualquier caricia, fricción, tocamiento o roce lúbrico ejecutado sobre el cuerpo de la ofendida, sin que ésta lo haya consentido.

Esa primera aseveración se apoya en la tesis clave: XV.3º.3 P, pronunciada por el Tercer Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito, la cual se puede consultar en la página un mil trescientos once, del dieciseisavo tomo, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a octubre de dos mil dos, de rubro y texto:

ABUSO SEXUAL. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA ESE DELITO. Por los actos eróticos en el delito de abuso sexual deben entenderse las caricias, fricciones y manejos ejecutados corporalmente sobre la ofendida sin el propósito de llegar a la cópula y, por tanto, requieren la voluntariedad del sujeto activo de ejecutarlos de manera persistente y continua sobre la pasivo por

⁶⁰ México, Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de septiembre de 1931.

un tiempo más o menos prolongado, con la finalidad de encontrar en ella su anuencia, o bien, llegar a satisfacer, aunque en forma incompleta y en contra de la voluntad de aquella, su apetito sexual, lo que no acontece en el caso de que el inculpado sólo haya impuesto un tocamiento en uno de los glúteos de la ofendida, ya que ello no resulta eficaz para concluir que en el caso se satisfizo el elemento del tipo consistente en la ejecución de un acto erótico sexual, dado que el “tocar” de manera instantánea y por una sola ocasión no representa una caricia o una fricción y mucho menos un acto de libido de las características delictuosas ya señaladas.

Es oportuno adelantar, desde ahora, que aún cuando en una época se pensó que el cuerpo del ofendido constituía el objeto material del delito porque en él debía ejecutarse la conducta proscrita por el legislador, lo cierto es que, al haberse reformado la ley para incluir la frase: o la obligue a ejecutarlo, ya no existe razón alguna para conceder importancia a esa afirmación ni tampoco hay motivo alguno para estimar que al legislador sólo le interesó sancionar el acto sexual ejecutado sobre el propio ofendido, pues una correcta interpretación revela, unívocamente, que la intención de esa reforma lo fue el proteger la libertad sexual no sólo ante los ataques directamente ejecutados en cuerpo del titular de esa libertad sino, además, de aquellos a que se le obligara ejecutar en terceros (¿autoría mediata por instrumentalización del propio ofendido?).

Algo que también resulta conveniente destacar, es que la referida frase: o la obligue a ejecutarlo, no debe entenderse como una exigencia legislativa en el sentido de que el sujeto activo del delito debe ejecutar el acto sexual a través del uso de la violencia física o moral, pues su actuar, incluso de hacerlo de manera sorpresiva, conserva su relevancia penal; además, la necesidad de probar que el activo obligó a

actuar al ofendido, sólo se hace necesaria cuando sea éste quien haya ejecutado el acto sexual.

El delito en análisis, al igual que la violación y el estupro, no demanda para su consumación la producción de resultado material alguno, por lo que de nueva cuenta resulta válido concluir que estamos en presencia de un ilícito material, pues la simple ejecución de la conducta típica con su consecuente lesión al bien jurídico, basta para declarar actualizada la hipótesis de sanción, aunque no se provoque algún tipo de lesión o alteración en el cuerpo del ofendido.

Como ya se adelantó, el bien jurídico protegido con el delito de abuso Sexual también lo es la libertad sexual, pues esa libertad no solo comprende la facultad de oponerse a copular cuando no se desea sino, de igual manera, abarca la potestad de todo ser humano de no resentir la ejecución de acto alguno de naturaleza lúbrica, así como a negarse a ejecutarlo en un tercero cuando le sea solicitado. Además, el propio legislador así lo aclaró al denominar al Título Decimoquinto del Código Penal Federal: **Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual**, por lo que afirmar que el delito en comento protege la moral individual o secular, los valores éticos, etcétera, no sólo resulta desacertado sino, lo peor, tercamente desconocedor del claro sentido de la ley.

Así pues, los elementos típicos con los cuales se integra el delito en análisis son:

- a) Una conducta en forma de acción, consistente en un acto de naturaleza sexual, que puede consistir en cualquier tipo de caricia, fricción, tocamiento o roce lúbrico ejecutado,
- b) La falta de consentimiento del pasivo,

c) Un medio comisivo que, en caso de ser el ofendido quien ejecute el acto sexual, debe consistir en algún medio de constreñimiento que doblegue su voluntad.

Es cierto que en el encabezado del Título décimo quinto del Código Penal Federal, el legislador mencionó que los delitos previstos en ese apartado pueden afectar dos tipos de bienes jurídicos distintos: la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual; no obstante, para los fines de este trabajo no es necesario hacer un enlistado de las diferencias entre esos dos bienes jurídicos, sino basta señalar que, como la mayoría de los delitos previstos en ese apartado pueden cometerse en perjuicio de: menores de edad, enajenados, discapacitados, etcétera, en esos casos el bien jurídico afectado lo es el segundo de los arriba mencionados, pues tal tipo de personas, según lo han explicado algunos doctrinarios, no cuentan con una formación sexual absolutamente desarrollada que les permita hacer un uso consciente de ella.

Se dice que no es necesario destacar las diferencias entre tal tipo de bienes jurídicos protegidos, pues aún sin señalar en qué consiste cada uno de esos bienes, cuáles son sus principales diferencias, a partir de qué momento se puede afirmar que una persona se desarrolló sexualmente, etcétera, se puede concluir, como aquí se hace, que todos los delitos de naturaleza sexual previstos en el Código Penal Federal, protegen un bien jurídico.

CONCLUSIONES

1.-Para abordar las conclusiones del tema de esta tesis, relativo a la confrontación de los delitos de naturaleza sexual, que fueron materia de análisis, con cada una de las corrientes de opinión que defienden la existencia de los DELITOS DE PROPIA MANO, a fin de verificar si entre ellos existe alguna coincidencia, es conveniente recordar que dichas opiniones se basan, esencialmente, en las siguientes afirmaciones (formales y materiales):

Los DELITOS DE PROPIA MANO existen porque:

- a) Así se desprende del contenido gramatical de los tipos penales.
- b) Carecen de resultado material y, por esa razón, la ejecución personal de la conducta típica es requisito indispensable para ser autor del delito
- c) Todo el disvalor del injusto en la acción y, por esa razón, sólo quien la ejecuta puede considerarse autor del delito, pues el resultado es irrelevante al derecho penal
- d) No protegen bien jurídico alguno
- e) Sólo prohíben una forma de vida
- f) Sancionan la desatención de un deber altamente personal

Ahora bien, lo dicho a lo largo del presente trabajo basta para concluir que, como los delitos de Violación, estupro y abuso Sexual, sí protegen un bien jurídico, no prohíben una forma de vida ni sancionan la desatención de un deber altamente personal, no pueden ser clasificados como DELITOS DE PROPIA MANO, con apoyo en los postulados contenidos en los incisos d), e) y f).

Estas circunstancias, sólo resta constatar si: **a)** el contenido gramatical de los artículos en los cuales están previstos los delitos de violación, Estupro y abuso Sexual, **b)** el hecho de que no prevean resultado

material alguno en su conformación típica. o **c)** si la relevancia que tiene la lesión al bien jurídico que protegen, son o no factores apropiados para clasificarlos como DELITOS DE PROPIA MANO y, a su vez, para declarar improcedente su comisión en autoría mediata.

2.-Cuando se habla del contenido de cualquier tipo de norma jurídica, como en esencia lo son los tipos penales, se hace referencia a proposiciones cuyo contenido es el lenguaje jurídico utilizado por el legislador para regular una determinada conducta. DEHESA DAVILA, después de hacer alusión a la importancia del estudio etimológico, concluye: todas las leyes y documentos de consulta, sea a través de libros, revistas, discos compactos, o cualquier otro soporte informático, **todo está por escrito y se expresa por medio del lenguaje.**⁶¹

Al interpretar una norma, lo que en realidad se busca es un acercamiento a la textualidad con la cual se conforma, ya sea para atribuirle o descubrir su sentido y, el objeto de análisis de dicha interpretación no es otro que la proposición lingüística legal, es decir, el texto establecido por el legislador⁶². Luego, si la textualidad jurídica forma parte de la *lengua*, y ésta se integra por el **signo lingüístico**, es indudable entonces que una fiel aproximación o atribución de sentido de una norma hace necesario, primeramente, precisar las características y elementos de dicho signo lingüístico.

La lengua es un sistema de signos que expresan ideas, por lo que es comparable con la escritura, el alfabeto de los sordomudos, los símbolos, etcétera; no obstante, la lengua es mucho más importante que cualquiera de esos medios de comunicación pues, huelga decirlo,

⁶¹ Dehesa Dávila, Gerardo, *Etimología Jurídica*, Poder Judicial de la Federación, México, 2001, p. V. (las negritas son originales del autor).

⁶² Para precisar la diferencia entre la atribución y el descubrimiento del sentido de las normas jurídicas, Vid. L. Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica, Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1999. Así como: Aseff, Lucía María, *La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general*, Santa Fe, Argentina, juris, 2004.

es el más utilizado. La lengua y la escritura son dos sistemas distintos, la única razón de ser de la segunda es representar a la primera, el objeto lingüístico (signo) no es definido por la combinación de la palabra escrita y de la palabra hablada, esta última **constituye por sí sola ese objeto**. No obstante, con el paso del tiempo se ha incurrido en el error de olvidar la función accesoria de la palabra escrita para, indebidamente, concederle un papel de inmerecido protagonismo. Tal vez por ello, FERDINAND DESASSURE, desde hace algún tiempo ya, advirtió:

La palabra escrita mezcla tan íntimamente a la palabra hablada de que es imagen, que termina por usurpar el papel principal; y se llega a dar a la representación del signo vocal tanta y mas importancia que al signo mismo. Es como si se creyese que para conocer a alguien vale más su fotografía que su rostro. ⁶³

Esa usurpación por parte de la palabra escrita, tiene varias causas, como son: a) la imagen gráfica de las palabras no impresiona como un objeto permanente y sólido, más idóneo que el sonido para constituir la unidad de la lengua a través del tiempo, b) para la mayoría de los individuos, las impresiones visuales son mas duraderas que las impresiones acústicas y, por eso atienden preferentemente a las primeras, c) cuando hay desacuerdo entre la lengua y la ortografía, el debate es siempre difícil de zanjar para quien no tenga un conocimiento por lo menos básico de lingüística, por lo que la forma escrita siempre las de ganar.

A esas circunstancias se suma el hecho de que la palabra hablada evoluciona constantemente, mientras que la escrita es sometida, a lo largo de periodos prolongados, a las mismas reglas ortográficas que,

⁶³ De Sassure, Ferdinand, *Curso de Lingüística General*, 12ª ed., México, Distrito Federal, Fontamara, 1998, p. 53.

de no atenderse, justifican la desestimación de la palabra escrita aunque ello hubiera sido necesario para cumplir con su única encomienda, que lo es, se insiste, la simple representación de la palabra hablada.

El **signo lingüístico**, según lo explica DESASSURE, no une una cosa, objeto o acción y una imagen acústica, sino un concepto y una imagen acústica. Esta última no es el sonido material, cosa puramente física, sino la psíquica de ese sonido, la representación que de él nos da el testimonio de nuestros sentidos. El signo se compone de dos elementos, el elemento que pueda hacerse sensible se llame **significante**, la parte ausente **significado** y la relación entre ellos **significación**.

Por **significante** debemos entender la imagen, acústica o gráfica, que se produce por la secuencia lineal de los sonidos o por la secuencia lineal de grafías. Por **significado** debemos entender el concepto, la idea que se expresa con respecto a un referente y se presenta como una carencia, como una ausencia, como una avocación del objeto perceptible que se vuelve **significante**. La **significación**, por último, debe interpretarse como la resultante de la relación entre **significado** y **significante**.

El signo lingüístico cuenta con varias características especiales, como son: mutabilidad, inmutabilidad, etcétera, pero la más importante, y la única que aquí resulta conveniente destacar, lo es su **arbitrariedad**, la cual le viene dada por la inexistencia de una relación real o necesaria entre **significado** y **significante** pues, en relación a la idea que representa, el **significante** aparece como libremente elegido. A lo que RIBEIRO TORAL añade:

La **arbitrariedad**, además, no sólo se presenta en relación al **significante**, sino también en relación al **significado** dado que cada

sistema lingüístico se vincula con el referente de manera distinta. Así, el concepto nieve tendrá un universo conceptual restringido en los países tropicales y un amplísimo universo conceptual en los países nórdicos.⁶⁴

De acuerdo con lo anterior, el lenguaje no es algo dado o establecido de una sola vez y para siempre, sino que sus signos lingüísticos cumplen funciones dentro del discurso, por lo que las identificaciones de éstas es lo único que permite reconocer o reconstruir el significado del discurso del hablante, el cual se reconoce por la caracterización de las funciones del discurso y por el nivel denotativo y connotativo de los vocablos. Las palabras, por tanto, no tienen un significado verdadero o invariable, pues éste no existe ni puede determinarse a través de su análisis etimológico; de ahí que ATIENZA, advierta:

No cabe duda, de que conocer la etimología de las palabras es interesante, pues nos descubre sentidos que pueden haber quedado ocultos, pero la etimología no nos muestra la esencia, el verdadero significado de los términos que, por lo demás, **no existe**. La relación entre el significante y el significado de las palabras es convencional, varía históricamente y según el contexto y la situación, de manera que hoy se puede practicar nepotismo (de nepote, sobrino) con la propia mujer, pagar una sanción pecuniaria (de pecunia, ganado) en metálico, o ser histérico (la expresión viene de un término griego que significa útero) y ser del sexo masculino.⁶⁵

Así pues, la convencional relación entre significante o, por que no decirlo así, la arbitraria pero tácitamente aceptada variación del sentido de toda palabra escrita, a que está expuesta por el simple transcurso del tiempo, no permite basarse en ella para determinar el sentido

⁶⁴ Ribeiro Toral, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, México, PyV, 2003, P.36.

⁶⁵ Atienza, Manuel. *El sentido del derecho*, Barcelona, España, Ariel, 2001, p. 108.

general de una proposición, tesis o postulado, pues de hacerlo así, se corre el inevitable riesgo de atribuir a la palabra escrita un sentido que, muy probablemente, ya no esté vigente ni corresponda al que mayoritariamente le es atribuido, lo cual también ocurre a la inversa, es decir, cuando se hace uso de un vocablo en especial para intentar justificar el sentido total de una tesis.

En algunos casos, sin embargo, se cita o recurre a palabras con sentido equívoco para superar los ataques de una construcción teórica y, aunque no debiera ser así, se acepta sin reparo alguno por la simple jerarquía de quienes lo hacen: piense, por ejemplo, en la utilización de las palabras **realizar**, **dominar**, etcétera, que supuestamente por implicar una relación directa con la ejecución de un acto, se han preferido utilizar en lugar de la palabra **ejecutar**, para con ello explicar la relación del autor mediato con el delito cometido por el instrumento.

A quienes suelen recurrir a tan inconsistente uso de lenguaje, tal vez valdría la pena preguntar; ¿cuál es la diferencia entre realizar, dominar y ejecutar un acto?, ¿realizar algo no implica intervención directa?, ¿la ejecución sí?, ¿el dominio no? Qué no sería más apropiado y, sobre todo, consistente, abandonar la figura del autor mediato, para establecer como hipótesis de sanción independiente la instrumentalización de una persona y así en caso de procesar a alguien, poder reclamarle la comisión de un hecho que le podemos ubicar perfectamente en tiempo, lugar etcétera, en vez de sufrir ante la incertidumbre de no poder contestarle con uniformidad y precisión si fue correcta su detención, en vez de gastar tiempo en pensar de qué forma o con qué palabra se puede relacionar al autor mediato con el resultado producido por el instrumento.

Así pues, como la palabra escrita no cuenta con un invariable sentido unívoco, es falso que los verbos: *ejecutar*, *tener* y *realizar*, que el

legislador utilizó al redactar los delitos de abuso sexual, Estupro y Violación, sirvan de base para declarar abiertamente la inadmisibilidad de la autoría mediata en esos ilícitos. Además, en caso de que a esos verbos se les pudiera relacionar con un tipo de conducta o actuación perfectamente determinada, para poder clasificar el delito a que pertenecen como DELITO DE PROPIA MANO, faltaría precisar porqué, si sólo son una parte del tipo penal, a este se le deba atribuir el mismo sentido que a una de sus partes.

Mas aún, si como ya se dijo anteriormente, la mejor manera de entender el sentido de un vocablo, es ponderar la dirección del discurso al cual pertenece, no parece entonces haber razón lógica alguna para concluir que los verbos arriba referidos, demandan una ejecución personalísima de la conducta típica, pues el legislador y Tribunales Federales, voceros del discurso jurídico por excelencia, han considerado autores y coautores del delito a quienes no han ejecutado la conducta típica principal, como por ejemplo, cuando el Abuso Sexual es cometido por la propia víctima o cuando algunos de los participantes en la violación se limita a sujetar al ofendido (violación tumultuaria). Luego, si para esas dos formas de intervención, la redacción del tipo penal no ha sido fundamento para reclamar la ejecución personal de la conducta típica, no parece entonces correcto pensar que sí deba serlo para el autor mediato.

En definitiva, los fundamentos de la tesis de corte formal citada en la sección segunda de este trabajo, a la cual se denominó: el tenor literal de los tipos penales, en nada justifica la clasificación de los delitos: Abuso Sexual, Estupro y Violación, como DELITOS DE PROPIA MANO.

3.- Según se vio en capítulos anteriores, una de las supuestas razones para clasificar un delito como DELITO DE PROPIA MANO, lo es el simple hecho de que, a partir de su propia redacción típica, se advierte la falta de un resultado material, lo cual, según se dice, demanda que la conducta sea ejecutada por el autor para considerar actualizada la hipótesis de sanción.

Como se puede fácilmente advertir, la aparente nota distintiva de los DELITOS DE PROPIA MANO, no es una característica atribuible a éstos en si mismos sino, más bien, es una oculta apelación a la abrogada vigencia de la teoría objetivo-formal de autor. Para la teoría objetivo-formal, únicamente es autor quien ejecuta personalmente la acción típica, es decir, quien realiza los elementos del tipo penal. Desde este punto de vista, sólo se tiene en cuenta si el sujeto realiza de propia mano el verbo típico. Es autos quien mata, quien sustrae la cosa, quien hace el documento falso, etcétera. La tesis objetivo-formal de autor descansa sobre la teoría causal de la acción, cuya principal nota distintiva es cerrar el camino a un reconocimiento exclusivamente material del autor.

A medida que la definición o fundamento de la autoría dejó de basarse en la exigencia de *ejecución* del delito, para apoyarse, en todos los casos, por la idea de *dominio, condominio funcional, etcétera*, por lo que las mismas razones que se esgrimieron en su perjuicio, para abrir camino a la teoría del dominio del hecho bastan, nuevamente, para no sostener esa exigencia en relación a delito alguno y, mucho menos, para basar en ella la existencia de un DELITO DE PROPIA MANO.

Vale la pena insistir en que la exigencia de ejecución personal como criterio único para el reconocimiento del autor del delito, no se sostuvo solamente en relación a los DELITOS DE PROPIA MANO, sino se dirigió a toda figura delictiva, por ello, los seguidores de la teoría objetivo-

formal de autor, encontraron dificultades para explicar esa forma de intervención (autor mediato) en todos los ilícitos, a la cual, incluso, algunos de sus seguidores renunciaron por completo. Por ello de aceptar la exigencia de ejecución personal del verbo típico, como criterio para identificar al autor del delito, no sólo sería inconveniente para los delitos en cuya conformación típica no se prevé resultado material alguno sino, de igual manera, para los que sí lo contemplan.

Por tanto, la tesis que declara la existencia de un DELITO DE PROPIA MANO, a partir del simple distingo entre delitos de mera conducta y de resultado material, dado el estado actual de la teoría del concurso de personas en el delito, que no se basa en la ejecución del delito sino en su dominio, en nada sirve para clasificar a los delitos de Violación, Estupro y Abuso Sexual, como DELITOS DE PROPIA MANO y, mucho menos, para estimar su comisión mediata como algo imposible. Ello, porque como algunos autores ya lo han advertido, no existe razón alguna para considerar que una conducta no se puede sujetar a dominio, es decir, que no puede controlarse por el sujeto de atrás, toda vez que en los casos de tentativa, aún cuando el delito si prevé un resultado material en su conformación típica, el autor mediato sólo se le reprocha el haber controlado la actuación del instrumento.

4.- Según la corriente de opinión que aquí se atenderá, la razón de ser de los DELITOS DE PROPIA MANO, lo es que el disvalor del injusto, por no prever el tipo penal resultado material alguno, recae en su totalidad sobre la conducta típica, por lo que la ejecución está, en todos los casos, es el fundamento primario de la imposición de la pena.

Ahora, es cierto que los delitos: Abuso Sexual, Violación y Estupro, no prevén en su conformación típica este tipo de resultado, sin embargo, no existe razón alguna lógica alguna para considerar la lesión del bien jurídico protegido como algo absolutamente irrelevante.

Los tribunales Federales, a través de varios criterios jurisprudenciales, han coincidido en aceptar la figura de la tentativa en los delitos arriba mencionados, lo cual, de ser cierto que en éstos la conducta representa todo el disvalor del injusto, devendría como un criterio incorrecto, pues lo apropiado sería entonces sancionar al sujeto activo en relación a un delito consumado, para lo cual, si esa fuera la decisión, se podría fácilmente seguir la opinión de SANCINETTI, quien categóricamente proclama:

[. . .] no hay alguna explicación teórica, ni sobre la teoría de la pena, ni sobre la teoría de las normas, que deba concluir a atribuirle un lugar al disvalor del resultado.⁶⁶

No obstante, como a la luz de nuestro derecho positivo no parece posible compartir esa opinión, pues ni el legislador ni Tribunales Federales han hecho manifestación alguna de menosprecio a la lesión del bien jurídico protegido (libertad sexual) sino, contrario a ello, han destacado el merecimiento de su protección, lo lógico es que el delito se vea como un ente que, sin importarle si la vía de lesión es directa o indirecta (mediata), protege la libertad sexual del ofendido. Esto es, no existe razón lógica alguna para pensar que la lesión del bien jurídico sólo resulta socialmente perjudicial si la conducta es realizada personalmente por el autor, pues lo cierto es que, cada una de las formas de comisión de resultado de lesión descrito en el tipo es igualmente perturbador, independientemente de si lo es realizado a través de la acción personal o del dominio del hombre de atrás, pues el motivo que orilló al legislador a crear delitos de Violación, abuso sexual y estupro no fue sólo el proteger al ofendido de la agresión directa del autor.

⁶⁶ Sancinetti, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Dentro Investigaciones de Derecho y filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996, p.76.

En efecto resulta poco racional afirmar que, a pesar de que el autor mediato no sólo provoca la lesión del bien jurídico protegido, sino también violenta y desconoce el ámbito de libertad del instrumento, su actuar resulta irrelevante y, por ende, no queda comprendido en la hipótesis de sanción establecida por el legislador. Ello, se insiste, porque para el injusto de esos delitos resulta indiferente si la acción de ejecución se realiza personalmente o a través de un tercero jurídicamente irresponsable.

Todavía mas, si como ya se mencionó en el apartado anterior, los Tribunales Federales han llegado a la conclusión de que si uno de los intervinientes no copula con la víctima, pero contribuye en forma indispensable a la comisión del delito de violación, se hace acreedor al título de coautor, ello es un mensaje incuestionable de que no es la ejecución personalísima del verbo típico la única vasija en que puede verterse el disvalor del injusto o, dicho en términos despojados de toda la frialdad inherente al lenguaje técnico, es un recordatorio de que no es la conducta lo único que interesa prohibir sino, en todo caso, la lesión del bien jurídico.

Por tanto, la tesis de corte material que afirma la existencia de los DELITOS DE PROPIA MANO, al amparo del argumento de que en cierta clase de delitos de resultado (formal o material) es neutro y carece de toda relevancia, en forma laguna puede servir de fundamento para clasificar a los delitos: Violación, Abuso Sexual y Estupro, como DELITOS DE PROPIA MANO y, menos aún, para negar en ellos la viabilidad de la autoría mediata.

5.- Los delitos de naturaleza sexual que no están dirigidos a un grupo de personas en específico, como lo son: violación, estupro y abuso sexual, no presentan las características que, según se afirma, permiten declarar la existencia de un **delito de propia mano** y, por

consecuencia, los tres delitos mencionados si pueden cometerse en autoría mediata.

6.- Considerando que los delitos de ámbito sexual, conforme a nuestra legislación, protegen la integridad física y el normal desarrollo psicosexual; es de vital importancia razonar que al existir un tipo de engaño por un tercero, para realizar un delito de esta índole, como lo menciona Roxin citado en el capítulo segundo de esta tesis; no solo se afecta el bien jurídico tutelado del sujeto pasivo, ya que el sujeto activo que consuma el delito, no lo realiza por un pensamiento o razón propia, sino por un agente externo, es decir un autor mediato.

7.- Conforme al estudio realizado en esta tesis podemos afirmar que, no obstante que dentro de la teoría objetivo formal, donde se delimita al autor a la comisión de propia mano; al utilizar la interpretación extensiva del concepto de autor, nos permite presumir la existencia de la autoría mediata.

8.- Podemos confirmar lo anterior, si tomamos en consideración a una persona con una deficiencia mental, quienes no tienen una conciencia de la conducta socialmente aceptada, reflejadas en nuestras leyes; y tomando en cuenta que su estado permite que su actuar sea completamente maleable o influenciado por cualquier individuo; entonces aseguraremos que cualquier sujeto (autor mediato), al poder influir en la conducta del incapaz (instrumento), para que éste realice el delito de violación o abuso sexual, la víctima solo denunciara al sujeto activo, quien al ser un incapaz resultara inimputable ante la ley; dejando puerta abierta a que el autor mediato pueda repetir esta influencia con cualquier persona que por su estado intelectual, lo permita.

9.- De acuerdo a la conclusión anterior, y ya afirmando la existencia de la autoría mediata en los delitos sexuales aquí estudiados, tenemos que la conducta del autor mediato queda impune, toda vez que en nuestro sistema judicial la declaración de una persona incapaz no tiene validez; ocasionando que la intención del legislador de salvaguardar la integridad física y el normal desarrollo psicosexual, se conviertan en falacia legal.

10.- Así mismo, podemos afirmar que el sujeto activo (instrumento), al ser manipulado por el autor mediato para cometer este tipo de ataques sexuales, y al no poder razonar las consecuencias de sus actos, es posible que dicha influencia despierte una serie de conductas las cuales en su razonar no son nocivas.

11.- De acuerdo a las afirmaciones anteriores, resulta necesario considerar en nuestra legislación un tipo penal que castigue la conducta impetrada por el autor mediato, toda vez que en su enfermo actuar, no solo lesiona el bien jurídico tutelado de la víctima del delito, sino a la vez, transgrede el normal desarrollo psicosexual del “instrumento”; surgiendo la necesidad de crear un procedimiento especial para este tipo de delitos; en el cual mediante juicio de peritos en psicología y el detector de mentiras, aludiendo al segundo, toda vez que, atendiendo a la deficiencia mental del “instrumento”, es imposible que pueda engañar a este último; y de esta manera darle validez a la declaración del incapaz. Buscando así el objetivo de la punibilidad el autor mediato.

12.- Si bien, en la conclusión anterior afirmamos la necesidad de crear un tipo penal para este delito, tenemos que desarrollar dicho tipo, creando un capítulo especial dentro del título quinto de nuestro código penal federal, agregándolo como segundo capítulo, siendo la propuesta de la siguiente manera:

Capítulo II

De la Autoría Mediata en los Delitos de Abuso sexual y Violación

Para efectos de este capítulo se entenderá, conforme a la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD:

Deficiencia mental.- es el trastorno definido por la presencia de un desarrollo mental incompleto o detenido, caracterizado principalmente por el deterioro de las funciones concretas de cada época del desarrollo y que contribuyen al nivel global de inteligencia, tales como las funciones cognitivas, las de lenguaje, las motrices y la socialización.

Deficiente mental.- aquella persona que sufre de alguna deficiencia mental.

Grado leve de deficiencia mental.- tiene un coeficiente intelectual entre 50 y 69; puede desarrollar habilidades de comunicación y sociales; retraso en áreas sensorio motoras; a menudo pasan desapercibidos hasta edades mas tardías. Pueden lograr un desarrollo académico hasta sexto curso de primaria a los 18 o 19 años; pueden lograr integrarse en la sociedad. Normalmente pueden conseguir habilidades sociales y laborales adecuadas para mantenerse, pero pueden necesitar ayuda y consejo cuando se encuentre en situaciones de estrés económico y social fuera de lo normal.

Grado moderado de deficiencia mental.- tiene un coeficiente intelectual de 35 a 49; puede hablar o aprender a comunicarse; conciencia social, desarrollo motor; progreso en el entrenamiento de auto cuidados; puede manejarse con supervisión moderada. Puede progresar en el aprendizaje de habilidades ocupacionales y sociales; improbable que progrese mas allá del segundo curso de primaria; puede aprender a viajar solo en lugares familiares. Puede conseguir mantenerse en un

trabajo no especializado o semiespecializada bajo condiciones de protección; necesita supervisión y guía para hacer frente a un estrés social o económico.

Grado grave de deficiencia mental.- tiene un coeficiente intelectual entre 20 y 34; posee un lenguaje mínimo, generalmente incapaz de progresar en el aprendizaje; poca o ninguna capacidad de comunicación. Puede hablar o aprender a comunicarse; puede aprender los hábitos de higiene elementales; incapaz de aprender un oficio. Puede contribuir parcialmente a su mantenimiento bajo supervisión completa; puede desarrollar habilidades de autoprotección en un nivel mínimo pero útil en un entorno controlado.

Grado profundo de deficiencia mental.- posee un coeficiente intelectual de menos de 20; tiene una capacidad mínima para funcionar en áreas sensorio motoras; necesita cuidados básicos; requiere ayuda y supervisión constantes. Desarrollo motor mínimo; puede responder a un aprendizaje limitado de autocuidados. En el desarrollo motor y de lenguaje; puede conseguir algunos autocuidados con algún soporte.

Artículo 267.- Al que induzca a un deficiente mental, de grado moderado a grave, sin el propósito de llegar a la cópula, a ejecutar un acto sexual en una tercera persona, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión.

Artículo 268.- Al que induzca a un deficiente mental, de grado moderado a grave, sin el propósito de llegar a la cópula, a ejecutar 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, se le aplicará una pena de dos a cinco años de prisión.

Artículo 269.- Al que induzca a un deficiente mental, de grado moderado a grave, a realizar cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Se entiende por cópula, lo señalado en el artículo 265 de éste código.

Artículo 269 Bis.- Las penas previstas en este capítulo aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I.- El autor mediato tenga la custodia, guarda o educación del deficiente mental.

BIBLIOGRAFIA

- ABBGNANO, Incola, *Diccionario de Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, 13ª reimpresión, México, 2000.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la Validez del derecho*, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, España, 2004.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, México, 2001.
- BOBBIO, Norberto, *Introducción al libro: Derecho y razón del garantismo penal, de Luigi Ferrajoli*, Trota, 6ª ed., Madrid, España, 2004.
- CARMONA SALGADO, Concha, *Los delitos deshonestos*, Bosch, Barcelona, España, 1981.
- CARO CORIA, Dino Carlos, *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- DAZA GÓMEZ, Carlos, *Teoría General del Delito*, Cárdenas. México 1995.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, La autoría en derecho penal, PPU. Barcelona, España, 1991

- DE SASSURE, Ferdinand, Curso de Lingüística General, Fontamara. 12ª ed., México, 1999.

- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal, Trota, 6ª ed., Madrid, España, 2004.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Autor y Cómplice en Derecho Penal, Madrid, España, 1966.

- GONZÁLEZ BLANCO, Alberto, Delitos Sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano, Aloma. México, 2000.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L, y otros, Derecho Penal parte especial, Tirant lo Blanch. 2ª ed. 1996

- HANS, Welzel, Derecho Penal Alemán, Ed. Cárdenas Jurídica de Chile, 4ª ed., Chile. 1997, trads. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez.

- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, La autoría mediata en derecho penal, Comares, Granada España, 1996.
- JIMÉNEZ de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina, 1964,t. III.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Porrúa, 6ª ed., México, Distrito Federal, 2000,
- KELSEN Hans, Teoría pura del derecho, Eudeba, Buenos Aires, Argentina, 1963.
- MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Los delitos de propia mano, críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal, Tecnos, Madrid, España, 1992.
- MARTINEZ Z., Lizandro, Derecho Penal Sexual, Temis, 2ª ed., Bogotá, Colombia, 2002.
- México, Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de septiembre de 1931.

- REINHART, Marurach, *Derecho Penal Parte General*, Astrea, 7^a ed., Buenos Aires, Argentina, 1994, trads. Jorge Bifill Genzsch y Enrique Aimone Gibson.
- RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, PyV, México, 2003.
- ROXIN, Claus, *Autoria y dominio del hecho en el derecho penal*, Marcial Pons, 7^a ed. Barcelona, España, 2000, trad. Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez
- SANCINETTI, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Centro de Investigaciones de Derecho y filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SAVATER, Fernando, *Ética para Amador*, Ariel, 45^a ed, México, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal*, Porrúa, México, 2001