

342
23

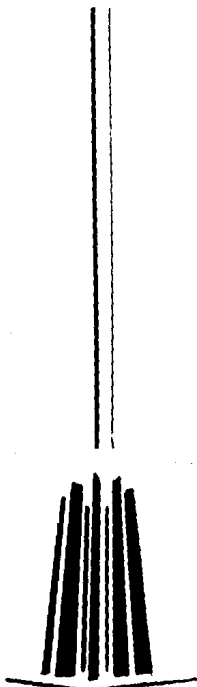


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

CONDUCTAS QUE DEBEN SER
CONSIDERADAS COMO UN DELITO
EQUIPARADO A LA VIOLACION.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIRIAM ROMERO VARGAS



ENEP-ARAGON

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEX.

1990

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

I N D I C E

PROLOGO	
INTRODUCCION	
AGRADECIMIENTOS	

CAPITULO I. REFERENCIAS DOCTRINARIAS SOBRE LOS PRINCIPALES DELITOS SEXUALES.	1
1. 1. ATENTADOS AL PUDOR. CONCEPTO	2
1. 2. EL DELITO DE ESTUPRO. CONCEPTO	13
1. 3. EL DELITO DE VIOLACION. CONCEPTO	32
1. 3. 1. VIOLACION IMPROPIA, FICTA, PRESUNTA O EQUIPARADA. CONCEPTO	42
1. 4. CRITERIOS DE DISTINCION Y SEMEJANZAS ENTRE LOS DELITOS DE - - ATENTADOS AL PUDOR, ESTUPRO Y VIOLACION	51
1. 5. LA SEGURIDAD Y LA LIBERTAD SEXUAL COMO OBJETOS DE LA TUTELA - PENAL	57

CAPITULO II. EL TIPO COMO UN ELEMENTO DEL ILICITO PENAL	61
2. 1. EL TIPO	61
2. 2. LA TIPICIDAD	70
2. 3. LA ATIPICIDAD	71
2. 3. 1. CAUSAS QUE MOTIVAN LA ATIPICIDAD	73
2. 3. 2. CONSECUENCIAS DE LA ATIPICIDAD	74

CAPITULO III. LA NECESIDAD INGENTE DE CAMBIAR EL CONCEPTO JURIDICO DE "COPULA"	76
3. 1. CONCEPTO DE COPULA	76
3. 2. LA COPULA COMO ELEMENTO "SINE QUA NON" DE LOS DELITOS DE VIOLACION Y ESTUPRO	78

3. 2. 1. CRITICA	78
3. 3. VIOLACION ENTRE CONYUGES	81
3. 4. VIOLACION EN PERSONAS DE CONDUCTA DESHONESTA	86
CAPITULO IV. NECESIDADES JURIDICO SOCIALES QUE MOTIVAN LA CREACION DE UN ILICITO EQUIPARADO A LA VIOLACION	
4. 1. SUJETOS DEL ILICITO	94
4. 1. 1. SUJETO ACTIVO	95
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFIA	115

P R O L O G O

Este trabajo de investigación representa un cincuenta por ciento de la culminación de mi carrera; la otra mitad corresponde al examen profesional. Es por ello que para su elaboración, he puesto lo mejor de mi empeño con el afán de presentar un trabajo de calidad, que sea el fiel reflejo de las calificaciones obtenidas durante el transcurso de la carrera. Espero haberlo logrado.

Para ello, y dentro del tiempo libre que me dejaban mis actividades laborales, fue necesaria la inversión de poco más - de dos años dedicados a la investigación, recopilación de material, organización del mismo, e integración del trabajo de tesis, sin que ello quiera decir que el mismo representa una obra de excelencia intelectual y que carece de posibles errores de apreciación, interpretación y hasta de técnica jurídica; pero en caso de ser así, sirvame de excusa el hecho de que fue necesario avocarse a los temas que la integran, con la brevedad y sencillez que la propia naturaleza - de este tipo de trabajos así lo exigen, amén de que por mi propia - inexperiencia, no considero contar --ni con mucha imaginación-- con la sapiencia del jurista, pero en compensación, creo haber puesto - en práctica durante el proceso de elaboración, los recursos de la - intuición, deducción, habilidad y el criterio jurídico.

Sin embargo, es de personas honestas hacer notar, - que una vez leído el trabajo ya terminado, me percaté de que algunos puntos importantes están tratados en forma tan sucinta, que, - sin lugar a dudas, se han de esfumar no pocos de sus matices, escapando así al entendimiento, pero no siéndome posible a estas alturas ahondar en ellos, para presentarlos en toda su magnitud; más -- aún, otros problemas también importantes, incluso no han sido ni a-

ludidos, pero no obstante ello, espero fervientemente que las consideraciones hechas valer renglones arriba, sean tomadas en cuenta por quienes les corresponda evaluar mi trabajo, y claro está, sin pasar por alto estas deficiencias, se logren comprender los criterios y razonamientos que me han guiado en mi labor.

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

El presente trabajo de tesis, fue elaborado bajo la aplicación de los principios que rigen la Teoría del Delito, a fin de realizar una correcta sistematización de las infracciones penales a estudio, como son el delito de Atentados al Pudor, el de Estupro y el de Violación, propia e impropia, para los efectos de presentar un marco teórico general que sirviera de base para la exposición de las ideas, observaciones y aportaciones que se hicieron valer en el cuerpo del trabajo.

Dicho en otros términos, tal sistematización tuvo por objeto el que se partiera de una premisa conocida (los criterios doctrinarios) para llegar a las hipótesis que se pretendían exponer, esto es, para culminar con las consideraciones que motivaron el surgimiento de esta investigación, pero siempre planteando las mismas bajo el tamiz de lo expuesto por la Ley y las exigencias de la realidad social.

Por otro lado, es importante destacar que el punto medular de este trabajo, se refiere a la necesidad de crear un ilícito que se equipare al de Violación, a fin de sancionar como tal, ciertas conductas que se ejecutan violentamente con el propósito de realizar el coito con un acto similar a éste, es decir, en el que no interviene el órgano sexual masculino, pero en el que se emplean medios artificiales que hacen las veces de éste, con los que se efectúa la penetración (por vía idónea o no), y para ello, después de revisar los disímbolos criterios doctrinarios, llegamos a la conclusión de que a fin de que tal idea se cristalice en la Ley, es necesario que el concepto jurídico de cópula sufra una modificación o ampliación, a efecto de que dentro de dicho concepto se englobe a las referidas conductas.

Igualmente, es necesario patentizar que muchos de los razonamientos planteados a lo largo de todo el trabajo, no se apegan al criterio sustentado por la mayoría de los tratadistas; - otros, resultan ser una mezcla entre el criterio doctrinario y el propio; pero en todos los casos, se trata de una sana y legítima - intención de aportar algo, que sin pretensión alguna, sirva para - modificar, para llenar ciertas carencias legales al respecto. Por - ello, las transcripciones doctrinales se hicieron entrecomilladas - y a renglón cerrado, a efecto de que se pudieran distinguir clara - mente, seguidas en casi todos los casos del comentario personal.

CAPITULO I.

REFERENCIAS DOCTRINARIAS SOBRE LOS PRINCIPALES DELITOS SEXUALES.

Iniciaremos el presente trabajo haciendo un breve análisis de los que, consideramos, son los principales de los así llamados "Delitos Sexuales" por nuestro Código Penal, basándonos para ello en las diversas consideraciones que al respecto vierten los doctrinarios tanto nacionales como extranjeros, y al efecto, nos referiremos a dichos delitos mediante la aplicación de los principios que rigen la Teoría del Delito, para una correcta sistematización del contenido de tales tipos penales.

Intencionalmente, dejamos fuera del análisis a las figuras típicas del rapto, incesto y adulterio, ya que consideramos que estos ilícitos no se constituyen en "Delitos Sexuales", como los denomina nuestro Código.

El anterior señalamiento lo hacemos en virtud de que, en primer término, en nuestro Ordenamiento Punitivo se ha empleado una denominación impropia, puesto que el legislador se basó para hacerlo, en la naturaleza de la acción típica, de sus antecedentes y de sus fines, y no en la naturaleza del bien jurídicamente tutelado por el tipo. En segundo término, y con motivo de esta denominación, la clasificación que se hace de tales ilícitos es también errónea, ya que en puridad doctrinaria, en el delito de rapto el verbo típico es el "apoderamiento" de una mujer, y no la cópula o algún otro acto de lubricidad, y por tanto, el bien jurídicamente protegido es la libertad; en los delitos de incesto y adulterio, aún y cuando la acción típica es el ayuntamiento sexual, el objeto de la tutela penal es el orden de las familias. Por otro lado, y con la misma puridad doctrinaria, tomando en consideración el objeto jurídico tutelado (la seguridad y la libertad sexuales, así como la inmadurez de juicio en lo sexual), considera

mos que la denominación adecuada para los delitos de atentados al pudor, estupro y violación debería ser la de "Delitos contra la seguridad y libertad sexual".

1. 1. ATENTADOS AL PUDOR. CONCEPTO.

El Código Penal Mexicano, en su artículo 260, establece el concepto de atentados al pudor, señalando que:

Artículo 260.- "Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos. Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos".

Por su parte, el distinguido catedrático universitario Francisco González de la Vega, manifiesta al respecto:

"En términos esenciales, se entiende por delito de atentados al pudor, cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activos o pasivos, los actos corporales de lubricidad, distintos a la cópula y que no tienden directamente a ella, ejecutados en impúberes o sin consentimiento de personas púberes...". 1

Asimismo, Jiménez Huerta considera al respecto:

"... y genéricamente consiste en ejecutar sobre otra per-

1. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Décima Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1982, pág. 338.

sona, sin su consentimiento o con un consentimiento inválido, actos lascivos, sin el propósito de copular". 2

Por otra parte el chileno Bascuña Valdez en su obra "El Delito de Abusos Deshonestos", describe a éstos como:

"... el conjunto de actos de carácter sexual y de naturaleza impúdica, que excluyendo la conjunción carnal normal, se comete sobre personas de uno u otro sexo en forma atentatoria". 3

Ahora bien, el Doctor González Blanco, al referirse al pudor, manifiesta que:

"... es simplemente un sentimiento de desagrado que el objeto sexual experimenta hacia el sujeto que intenta gozarle sin su consentimiento...". 4

Como podemos observar, existe coincidencia entre -- las opiniones vertidas por los tratadistas, respecto a que el delito de atentados al pudor consiste en imponer, tratándose de púberes, y mediando el consentimiento tratándose de impúberes, actos - lúbricos distintos de la cópula.

Ahora bien, nuestro Ordenamiento Punitivo se refiere al hablar de este delito, al "acto erótico-sexual", pero, ¿qué debemos entender por este término?

Respecto a este cuestionamiento, el catedrático universitario Mariano Jiménez Huerta, expone:

2. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tercera -- Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1978, pág. 218.
3. Bascuña Valdez, Antonio. Citado por Marcela Martínez Roaro.- Delitos Sexuales. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A., - México 1985, pág. 217.
4. González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Cuarta Edición. Editorial- Porrúa, S.A., México 1979, pág. 76.

"Implica un "acto erótico-sexual" todo aquél comportamiento externo manifestativo de amor carnal, pues si lo erótico hace referencia al amor y lo sexual a los gustos y deleites de los sentidos, lo erótico sexual concretamente - alude al amor de la carne... no siempre el erotismo se -- identifica con el sensualismo, pues si bien lo erótico se refiérese al amor y toma su nombre del dios Eros, no puede negarse la existencia de un amor sacro, espiritual, platónico o del alma, hondamente divorciado de lo sexual; y, -- por otra, si lo sexual alude al goce y deleite de los sentidos, no necesariamente el sensualismo discurre por el -- reino de Eros y se expresa en amor...". 5

Por su parte, el tratadista argentino Sebastián --- Soler, considera que los actos de abuso deshonesto, nombre que así se le dá en Argentina a los atentados al pudor, son:

"... acciones corporales de aproximación o tocamiento, in verecundo, realizados sobre el cuerpo de otra persona". 6

Por otro lado, González de la Vega opina que lo erótico es precisamente lo sexual y lo sexual es lo erótico, sin que exista una diversa categoría para lo erótico-sexual. Claro es que en un significado general amplio existen distinciones entre lo erótico y lo sexual, pero también existen coincidencias.

Para concluir, por nuestra parte diremos que aceptamos la opinión vertida por el autor últimamente citado, respecto de lo que debemos entender por actos eróticos en el atentado al pudor, como aquellas acciones lúbricas que resiente corporalmente la víctima, tales como caricias, tocamientos o manejos (nosotros aumentaríamos los frotamientos, con y en cualquier parte del cuerpo) realizados para excitar o satisfacer, de momento al menos, la libidine de quien los realiza, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual. 7

5. Ob. cit., pág 220.

6. Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo III, Editorial Argentina, Buenos Aires, 1970, pág. 332.

7. Cfr. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., pág. 342.

A) EL BIEN JURIDICO TUTELADO.- Entre los tratadistas- se sostienen varias posturas respecto a cual es el objeto jurídico protegido en este delito, habiendo quienes manifiestan que es el pudor, la seguridad sexual o bien, la libertad sexual. Al respecto, Jiménez Huerta considera que:

"El bien jurídico tutelado en el delito de atentados al pudor es la libertad de amar... en cuanto al interés del ser humano a que nadie, sin su consentimiento, realice sobre su persona actos sexuales, ni aún siquiera de índole periférica pues dichos actos lesionan su efectiva libertad... la tutela penal también se extiende a los actos de igual naturaleza y alcance ejecutados sobre una persona impúber. ..En este último caso se tutela la libertad potencial, digna de igual o mayor protección que la libertad efectiva".⁸

Por su parte, González de la Vega opina sobre el particular que cuando el atentado al pudor recae en púberes, el objeto de la tutela penal es la libertad sexual, y cuando la acción libidinoso recae en impúberes, la tutela penal es concerniente a su seguridad sexual. ⁹

Asimismo, Eugenio Cuello Calón nos manifiesta, cuando habla de los elementos del delito de abusos deshonestos (así llamados en España a los atentados al pudor), que consisten en un acto de ofensa al pudor de una persona, realizado sin ánimo de acceso carnal; el abuso deshonesto ha de estar integrado por un acto o actos impúdicos ofensivos para el pudor ajeno, con exclusión del yacimiento. ¹⁰

Por otro lado, el autor argentino Jorge Daniel López Bolado, considera que:

8. Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit., pág. 224.
9. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., pp. 348 y 349.
10. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, Volumen Segundo. Décimo Cuarta Edición. Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, España 1975, pág. 598.

"La tutela de la honestidad se refiere a la defensa del pudor personal sobre las acciones que puedan lesionarlo y a la protección de la libertad sexual". 11

Alberto González Blanco por su parte, estima que:

"... creemos que nuestro legislador lo que pretende tutelar con el delito que nos ocupa, no es el pudor, sino más bien la libertad sexual, que se ve constreñida por los actos violentos que emplea el sujeto activo, para el logro de su finalidad; y tratándose de impúberes, cuando media el consentimiento, la seguridad sexual, en atención a que en este caso la ofendida desconoce los problemas que implica la sexualidad". 12

Ahora bien, por nuestra parte consideramos que efectivamente el objeto de la tutela penal, cuando el atentado al pudor recae en púberes, es el derecho a la libre determinación de la conducta erótica, es decir, la libertad sexual; si la acción delictiva recae en impúberes, lo que se trata de proteger es su seguridad sexual, para prevenirlos de una prematura corrupción en sus -- instintos sexuales, mismos que en esta etapa aún no llegan a desarrollarse plenamente, motivando dichas actividades eróticas prematuras, la producción de traumas psicológicos que dañen al sujeto -- de por vida.

B) LA CONDUCTA.- Este delito sólo puede cometerse por medio de la acción, resultando imposible una realización omisiva, pues no se podría llevar a cabo un acto erótico sexual con un no hacer.

C) AUSENCIA DE CONDUCTA.- Consideramos que en este de

11. López Bolado, Jorge Daniel. Citado por Marcela Martínez --- Roaro. Ob. cit., pág. 216.
12. González Blanco, Alberto. Ob. cit., pág. 79.

lito puede operar plenamente la vis maior o fuerza de la naturaleza, la vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, y aún - los movimientos reflejos, así como también el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo.

D) **LA TIPICIDAD.-** Habrá tipicidad en el delito de atentados al pudor, cuando sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, se ejecute en ella un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de -- llegar a la cópula.

ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO:

D1) **SUJETO PASIVO.-** La descripción típica del artículo 260, no hace especificación alguna respecto al sexo de la - persona púber o impúber, sobre la que el sujeto activo ha de ejecutar el acto erótico-sexual, por lo tanto, el sujeto pasivo es común o indiferente. Esta diferencia en cuanto a los sujetos del delito, la explica Carrara diciendo que la concupiscencia pervertida puede encontrar un desahogo, aún sobre el cuerpo de individuos del mismo sexo, y el derecho que tiene toda persona de que sea respetada su pudicia debe ser protegido contra la violencia de otros, cualquiera que sea el sexo del violentador. 13

D2) **SUJETO ACTIVO.-** De la misma forma la descripción legal no especifica o determina el sexo del activo, de tal -- suerte que es común o indiferente.

D3) **BIEN JURIDICO TUTELADO.-** Como ya quedó anotado con anterioridad, consideramos que el objeto de la protección -

13. Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volúmen II. Tercera Edición. Editorial Temis, --- Bogotá 1973, pág. 310.

penal es la libertad sexual en el caso de los púberes, y la seguridad sexual tratándose de impúberes.

D4) **OBJETO MATERIAL.**- Si la conducta del sujeto activo recae sobre una persona de cualquier sexo, el objeto material tendrá que ser el hombre o la mujer, según el caso, es decir, coincide con el sujeto pasivo púber o impúber.

D5) **EL RESULTADO.**- Es de tipo formal, porque en el delito de atentados al pudor no se requiere de una mutación en el mundo exterior, esto es, que no se exige un resultado material.

ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO: El legislador no estableció ninguna referencia temporal, especial o de ocasión, así como tampoco señaló ninguna calidad en los sujetos.

E) **LA ATIPICIDAD.**- Habrá atipicidad en el delito de atentados al pudor, cuando medie el consentimiento, pero únicamente tratándose de púberes. Ahora bien, algunos autores señalan que habrá atipicidad, en el caso de estar ausente el elemento subjetivo del injusto, es decir, que por una parte, la falta de intención lasciva hace imposible la tipificación del hecho, como cuando el ultraje se comete con móviles de odio o de venganza; y por otra parte, cuando existiendo la intención lasciva, ésta se orienta a la obtención de la cópula, y siendo así, se torna en elemento subjetivo configurador del delito de violación en grado de tentativa. Por nuestra parte, consideramos que cuando en el atentado al pudor el elemento subjetivo es distinto de la intención lasciva, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, y se ejecute con fines de odio, venganza u otro, el acto injusto debe ser sancionado, porque en ambos casos el resultado es idéntico, ya que de una forma u otra, se ofende la inviolabilidad carnal de la persona.

F) LA ANTIJURIDICIDAD.- La ejecución del acto erótico sexual sin consentimiento de la persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, será contraria a Derecho, cuando la conducta, siendo típica, no esté protegida por ninguna causa de justificación.

G) CAUSAS DE JUSTIFICACION.- Consideramos que en este delito no opera ninguna eximente de responsabilidad penal, de tal suerte que el delito de atentados al pudor siempre será antijurídico.

H) IMPUTABILIDAD.- En el delito de atentados al pudor el sujeto activo en el momento de la comisión del hecho típico, debe tener la capacidad de querer y entender, a fin de que se le pueda reprochar la conducta, pues en caso contrario será inimputable.

I) INIMPUTABILIDAD.- En este delito puede darse la hipótesis de que el activo, al ejecutar la acción típica, padezca un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, siempre y cuando el agente no haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

J) LA CULPABILIDAD.- Esta infracción penal únicamente puede cometerse mediante el dolo, desechándose de plano la culpa.

K) INCULPABILIDAD.- Creemos que en este delito puede operar plenamente el error de hecho esencial e invencible (que afecta el elemento intelectual), así como la coacción sobre la vo-

luntad (que ataca al elemento volitivo).

L) LA PUNIBILIDAD.- Según lo dispone el artículo 260- del Código Penal, quien cometa el delito de atentados al pudor se- hará acreedor a una pena de tres días a seis meses de prisión y -- multa de cinco a cincuenta pesos. Si se hiciere uso de la vio- lencia física o moral, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos.

M) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- Según se desprende del tex- to del numeral 260 del Código Penal, el delito a estudio no tiene- ninguna excusa absolutoria.

N) LA PARTICIPACION.- Creemos que tienen cabida en -- este delito la autoría material, la autoría intelectual y la coau- toría.

N) CONCURSO DE DELITOS.- Al ejecutarse un acto eróti- co-sexual sobre una persona púber o impúber, puede, con la misma - conducta, ejecutarse otro o más delitos, encontrándonos entonces - ante el caso de un concurso ideal o formal; asimismo, puede darse- plenamente el concurso real o material.

O) LA TENTATIVA.- A este respecto, existe divergencia entre los doctrinarios, puesto que encontramos dos corrientes anta- gónicas: quienes admiten la existencia del delito de atentados al- pudor en grado de tentativa, y, por otro lado, quienes consideran- que en todo caso, este delito no admite la tentativa.

Sobre el particular, Cuello Calón manifiesta:

"...Esta infracción excluye los momentos de frustración y tentativa, pues o se comienza su ejecución y el delito -- queda consumado, o no se comienza y el hecho no pasa del momento de la preparación, y como es sabido, los actos -- preparatorios no son punibles". 14

Por su parte, González de la Vega nos señala:

"... antes del momento consumativo, los hechos anteriores son equívocos o simplemente preparatorios y, por tanto, -- no deben ser punibles. Además, para la existencia de la tentativa punible se requiere la ejecución de hechos -- encaminados directa o inmediatamente a la realización del delito (art. 12), y en el atentado al pudor la ejecución de estos hechos supone ya la realización de maniobras lúbricas en el cuerpo del ofendido, es decir, coincide con la consumación de la figura". 15

A su vez, Carrara nos expone que:

"... en el ultraje violento contra el pudor, difícilmente puede construirse la figura de una tentativa punible, --- puede, de acuerdo con las nociones generales, es evidente que si los actos impúdicos ya han tenido comienzo, la tentativa desaparece por razón del exceso, y queda representada en esos actos una lesión ya completa del derecho atacado, sin que sea necesario averiguar si el culpable lo -- gró o no logró el pleno desahogo de sus brutales apetitos; en cambio, si el acto impúdico no ha tenido comienzo, no encontraremos otros elementos que los actos preparatorios, y entonces la tentativa desaparece por defecto". 16

Ahora bien, entre los autores que sostienen la tesis contraria, encontramos a Mariano Jiménez Huerta, quien opina -- que difícilmente puede negarse que el delito de atentados al pudor se configura la tentativa, por que si bien es cierto que cuando el atentado se logra con un "único acto", como sucedería con el tocamiento sorpresivo, rápido y audáz, la tentativa no se configura -- por la naturaleza unisubsistente del comportamiento antijurídico;--

14. Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., pág. 602.

15. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., pág. 354.

16. Carrara, Francesco. Ob. cit., pág. 314.

por el contrario, cuando el proceso ejecutivo sea plurisubsistente, es decir, que esté integrado por diversos actos, no existe obstáculo alguno para la estructuración de la tentativa. 17

Por otro lado, González Blanco manifiesta que de -- acuerdo al artículo 261 del Código Penal, la tentativa cae fuera - de la acción represiva del Estado, pero su exclusión de la punibi- lidad, no resuelve en modo alguno, el problema relativo a la posi- bilidad real y jurídica de la ejecución imperfecta del delito a es- tudio, pero que no descarta totalmente la hipótesis de la tentati- va, diciendo que:

" La naturaleza material del acto erótico-sexual, admite- logicamente la ejecución de actos anteriores tendientes a ejecutarlo. Sería a nuestro modo de pensar, un acto - de tentativa el del sujeto que inicia violencias, no cons- titutivas, de realizar actos y no logra realizarlos por - causas ajenas a su voluntad". 18

Por nuestra parte, y adoptando sin reservas el cri- terio sustentado por el insigne tratadista Mariano Jiménez Huerta, creemos que efectivamente no se puede negar la configuración de la tentativa en el delito a estudio, cuando el proceso de su ejecu- ción sea plurisubsistente, es decir, cuando se integre por diver- sos actos, como acontece cuando una persona, después de amenazar a su víctima con causarle un mal en su persona, si no permite que -- aquél realice en su cuerpo cualquier acto de lubricidad, es deteni- do antes de lograr su propósito, o cuando el sujeto trata de tocar a otro y este último evita con movimientos de su cuerpo la conduc- ta de aquél; y en casos como éstos, es absurdo que quede impune... que quedó interrumpido.

17. Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit., pág. 231.
18. González Blanco, Alberto. Ob. cit., p.p. 85 y 86.

1. 2. EL DELITO DE ESTUPRO. CONCEPTO.

El artículo 262 del Código Penal, tipifica el delito de estupro al señalar lo siguiente: "Al que obtenga cópula -- con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de un mes a --- tres años de prisión".

Por su parte, Celestino Porte Petit manifiesta que se podría definir al estupro como:

" La cópula normal, consentida, en mujer menor de dieciocho años y no menor de doce, sin madurez de juicio en lo sexual". 19

Por otro lado, González de la Vega estima que:

" El estupro es la conjunción sexual natural, obtenida -- sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción (medio comisivo que ha sido derogado), con mujeres muy jóvenes no ligadas por matrimonio y de conducta - sexual honesta". 20

Asimismo, Carrara nos dá su definición del estupro señalando:

" Conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta y no acompañada de violencia". 21

Como podemos observar, se pone de manifiesto que en

19. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Estupro. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1982, pág. 10.
20. González de la Vega, Francisco. Ob.cit., pág. 357.
- 21 Carrara, Francesco. Ob. cit., pág. 184.

tre los autores existen divergencias sobre si la cópula ha de ser normal o anormal; si la mujer sobre la que ésta recae es jóven o -madura, y, por último, si la pasivo debe reunir o no ciertos requisitos conductuales.

Encontramos que los elementos materiales u objetivos del delito de estupro son: a) Tener cópula con mujer; b) Que ésta sea menor de dieciocho años y menor de doce; c) Casta y honesta, y; d) Obtener su consentimiento mediante el engaño.

- PRIMER ELEMENTO.- Sobre este punto, se discute entre los autores si la conducta ejecutiva de este delito, es -decir, la cópula, ha de ser normal o anormal.

Para comprender este primer elemento, es necesario dejar asentado qué entendemos por "cópula normal" o stricto sensu, y qué entendemos por "cópula anormal" o lato sensu.

El Diccionario de la Lengua Española, define a la -palabra cópula, como la atadura, ligamento de una cosa con otra; -unirse o juntarse carnalmente. 22

Por otro lado, entre los tratadistas existe concordancia respecto a que la cópula stricto sensu comprende la introducción del pene en la vagina, y que la cópula lato sensu es la -- que realiza cuando la introducción del pene se efectúa en el ano o en la boca, o como dice González de la Vega, "en vasos no apropiados para la fornicación natural".

Ahora bien, la divergencia surge cuando se trata de

22. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española.- Décimo Novena Edición. Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid 1970, pág. 359.

determinar o dejar establecido la clase de cópula a que se refiere la descripción típica del delito de estupro, pues hay quienes sostienen la tesis de que de la propia redacción del precepto contenido en el artículo 262 del Código Penal, se infiere que la cópula - en este delito se limita exclusivamente a la cópula normal, porque si la pasivo permite que el agente ejecute en su cuerpo tales actos de conjunción anormal, este hecho por sí mismo revela que la mujer carece de honestidad; por otro lado, hay quienes sostienen la hipótesis contraria, manifestando que no es óbice para considerar que la pasivo es honesta, el hecho de que el activo ejecute en ella el coito por vía anormal, porque ese requisito de honestidad se exige sobre su vida anterior al delito, y además porque la mujer puede - carecer de experiencia, o mejor dicho, de conocimientos en asuntos sexuales, y por ello acepte como naturales actos que no lo son.

Entre los autores que sostienen la primera hipótesis, encontramos a Antonio de P. Moreno, quien al respecto señala:

"... no existirá este elemento material del delito cuando la cópula se consume anormalmente en vasos no idóneos --- para el coito". 23

Por otro lado, Porte Petit señala que:

" El elemento objetivo consiste en la cópula normal, sin que dejemos de recordar que para otros, la cópula puede - ser también anormal". 24

Asimismo, González de la Vega por su parte considera que:

" Dada la redacción íntegra del artículo 262 que describe su tipo legal y por la presencia de los restantes elemen-

23. De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Editorial Porrúa, S.A., México 1968, pág. 247.
24. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., pág. 11.

tos, se infiere que la cópula en el estupro se limita exclusivamente al coito normal... Eliminamos, además, los actos contra natura efectuados de varón a mujer -en vasos no idóneos fisiológicamente para el concúbito- porque en nuestro concepto la aceptación que ésta haga en su cuerpo de tales acciones de anormalidad lúbrica, revela en ella, al menos psíquicamente, ausencia de honestidad sexual". 25

Ahora bien, entre los autores que sostienen la tesis contraria, es decir, que la cópula puede ser ejecutada en forma anormal, tenemos principalmente a Jiménez Huerta, quien considera que si en el delito de violación se admite sin discusión que el ayuntamiento puede ser vaginal, anal u oral, resulta una incongruencia lógica que se restrinja o se limite en el delito de estupro, el elemento fáctico "cópula" a la vaginal, argumentando que no existe razón alguna para que se concluya que el comportamiento típico encierre en el delito de estupro un sentido y un alcance diverso que en el de violación, dada la identidad fáctica en los dos delitos. Manifiesta también, que los autores que esgrimen esa incongruencia, tratan de fundarla en que en el delito a estudio se exige que la víctima sea casta y honesta, y en que las relaciones sexuales por vía antinatural implican carencia de honestidad por parte de la víctima; fundamentación que para este autor carece de validez, pues la castidad y la honestidad que la Ley exige a la pasivo, se proyecta sobre su vida anterior al delito; señala que por otro lado, no puede desconocerse que la víctima admita, ya por inexperiencia, ya por debilidad de carácter o por engaño, la cópula-impropia o anormal, trayendo como resultado que la Ley le niegue la tutela a quien más la necesita; asimismo, opina que si la razón que fundamenta la existencia del delito de estupro es tutelar la libertad sexual, y no se otorga validez al consentimiento dado por una mujer casta y honesta menor de dieciocho años, obtenido mediante el engaño, considera que no existe fundamento jurídico o lógico para que se considere válido ese consentimiento, en los casos en -

que el estuprador hubiere sabido, con sus malas artes o taimada experiencia, obtener de la mujer estuprada dicha cópula impropia o anormal.

Concluye el ilustre jurista exponiendo que:

" por este cúmulo de razones, estimamos que la cópula en el delito de estupro tiene el mismo alcance que todos los penalistas de consuno acuerdan al concepto, en el delito de violación". 26

Por lo que a nosotros respecta, consideramos que le asiste la razón al insigne autor Don Mariano Jiménez Huerta, cuando afirma que en este delito el estuprador puede ejecutar sobre el cuerpo de la pasivo una cópula anormal, sin que el hecho de que -- aquella haya prestado su consentimiento mediante el engaño, para la ejecución de actos de esta naturaleza, sea óbice para seguirla considerando casta y honesta. Esta consideración la hacemos, -- porque pensamos que efectivamente la castidad y honestidad de la mujer estuprada, deben calificarse en relación con la época inmediata anterior a la del delito, y no en relación al momento en que se cometió, puesto que de ser así, entonces llegaríamos al absurdo de que la sola aceptación de la cópula (aún la normal), obtenida mediante el engaño, indicaría la falta de castidad y honestidad de la mujer, de tal suerte que bajo esas condiciones nunca podría cometerse el delito de estupro, puesto que su misma comisión implicaría la prueba de que en la mujer no concurren aquellos requisitos.

- SEGUNDO ELEMENTO.- La mujer sobre la que ha de ejecutarse la cópula, debe ser menor de dieciocho años de edad. Se arguye entre los tratadistas, que el límite impuesto por la Ley a la edad de la pasivo, se funda en el supuesto de que las mujeres

muy jóvenes no están en aptitud de rechazar las actitudes engaño--
sas encaminadas a obtener su consentimiento para el acceso carnal,
porque su desarrollo psíquico es escaso y por su inexperiencia ---
ante los problemas de la vida, y además, porque se piensa que el -
consentimiento que otorguen está viciado de origen, tanto por su -
minoría de edad, como por el dolo empleado por el varón, consistente
en el engaño que entrañan sus maliciosos procedimientos para alcanzar
su fin.

Se restringe la protección a las mujeres mayores de dieciocho años, porque se presume que debido a su pleno desarrollo psíquico, se encuentran en posibilidad de resistirse al engaño amoroso, si así lo desean.

Por otro lado, se suscitan controversias entre los autores, respecto al hecho de que de un día para otro, por el solo motivo de cumplirse determinada edad, los sujetos se tornen de absolutamente inexpertos en totalmente expertos, exponiendo que tal situación es inexacta, ya que en esta etapa, sin ignorarse totalmente los conocimientos referentes a la actividad sexual, siguen manteniéndose, oscuros una serie de detalles a ese respecto, de -- los cuales puede echar mano dolosamente el estuprador para despertar los instintos lúbricos de la víctima; pero todos están acordes en que si bien es cierto lo anterior, tampoco deja de ser verdad -- la conveniencia de fijar una edad límite, porque por lo menos la -- determinación cronológica suministra un criterio seguro para la incriminación, ya que en caso contrario, si se extendiera la tutela penal a las mujeres adultas, tal situación daría pauta a que la -- propia Ley propiciara los mañosos artificios de muchas mujeres con sobrada astucia para especular con la sencillez de muchos jóvenes.

Al respecto se refiere el autor español Pacheco, -- cuando manifiesta que:

"... Es menester acudir con el remedio oportuno para que-

no se multipliquen los "engaños", y para esto no hay otro camino que poner coto al interés de ser engañadas. Cuando las mujeres no aguarden sacar de ello ningún provecho, pocas serán las que se dejen engañar". 27

Ahora bien, es de hacerse notar que ciertamente --- nuestro Código Penal señala el límite máximo de la edad de la mujer sujeto pasivo del estupro, pero el legislador fué omiso en establecer el límite del mínimo de esa edad, y si se interpretara la descripción legal en sentido estricto, resultaría que podrían ser víctimas de estupro niñas pequeñas de muy corta edad, y que el consentimiento dado por éstas fuese legalmente válido. Pero la verdad es que no ocurre así, ya que nuestra Ley Penal, a pesar de que incurre en tal omisión, protege la seguridad sexual de tales menores, cuando tipifica en su artículo 266 la violación ficta, equiparada o impropia, en la que se sanciona con la misma pena de la violación propia, la cópula con menores de doce años.

- TERCER ELEMENTO.- El tipo a estudio exige que la mujer estuprada, además de ser menor de dieciocho años y mayor de doce, debe ser casta y honesta simultáneamente.

Sobre el concepto de castidad, González de la Vega considera que:

" La castidad es una virtud relativa a la conducta externa del ser humano , que consiste en la abstención corporal de toda actividad sexual ilícita". 28

Por su parte, don Demetrio Sodi señala que:

" La castidad consiste en la abstención de los placeres ilícitos". 29

27. Citado por Eugenio Cuello Calón. Ob. cit., p.p. 623 y 624.
 28. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., pág. 371.
 29. Sodi, Demetrio. Citado por Francisco González de la Vega. - Ob. cit., pág. 371.

Al respecto, González Blanco manifiesta que:

" La castidad consiste, en la abstención total de relaciones sexuales ilícitas". 30

Por su parte, Carrancá y Trujillo estima que:

" La castidad es tanto como pureza. Se le identifica por ello con la virginidad, aunque no es ésta por lo general otra cosa que el signo externo que la acredita, pudiendo no existir virginidad y sí castidad, o bien lo contrario...". 31

Por nuestra parte creemos que la castidad a que se refiere el ilícito a estudio, es la considerada desde el punto de vista jurídico, como la abstención física de toda actividad erótica, y no la castidad considerada desde el punto de vista de la ética, ya que si es estimada desde este matiz, entonces es casta la viuda que se abstiene de los placeres sexuales después de la muerte del cónyuge; la divorciada, después de haberse disuelto el vínculo matrimonial; la soltera después de haber cometido un desliz; cualquier mujer después de haber sufrido una violación; y aún, la casada que solamente realiza el acto sexual con su marido.

Por ello, si bien es cierto que la descripción legal deja un margen amplísimo en su redacción para poder considerar como sujeto pasivo del estupro a las viudas, divorciadas o a aquellas que han resentido contra su voluntad un acto sexual violento, siempre y cuando sean menores de dieciocho años y de conducta sexual correcta, tampoco deja de ser cierto que tal situación no puede acontecer en la realidad, porque de hecho, estas mujeres cuentan con un conocimiento fáctico sobre lo sexual, y en la configura

30. González Blanco, Alberto. Ob. cit., pág. 106.

31. Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Décima Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A., Méjico 1986, pág. 635.

ción del estupro, el Código exige que la mujer no hubiere tenido una peripecia o historia sexual.

Ahora bien, la mujer, además de ser casta, debe ser honesta. Respecto a este elemento, Carranzá y Trujillo manifiesta que:

" Desde el punto de vista sexual la honestidad es el recato o moderación en la conducta que se lleva con personas del sexo distinto. El signo externo con que se le distingue lo constituyen las palabras, ademanes y gestos, aficiones y costumbres sociales, afinidades y simpatías, etc., todo lo cual es valorado socialmente a través de un concepto público". 32

Por su parte, el tratadista Enrique Cardona Arizmendi señala que:

"... La honestidad debe entenderse como el recato, la moderación en la conducta sexual en la mujer, dependiendo del análisis de si la mujer ha sido recatada o no, de si ha sido moderada o no, de las circunstancias presentadas en un lugar y tiempo determinado". 33

De igual forma, González de la Vega emite su opinión al respecto diciendo que:

" La honestidad, dado el tono del precepto, es la de carácter sexual, y consiste, en nuestro concepto, no solo en la abstinencia corporal de los placeres libidinosos ilícitos, sino en su correcta actitud moral y material en lo que se relaciona con lo erótico... En resumen y en su conjunta esencia, la castidad y honestidad consisten en la correcta conducta sexual de la mujer tanto desde el punto de vista corporal como natural". 34

32. Carranzá y Trujillo, Raúl. Ob. cit., pág. 635.
 33. Arizmendi Cardona, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. Parte Especial. Segunda Edición. Cardenas Editor y Distribuidor, México 1976, pág. 161.
 34. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., pág. 372.

Asimismo, Jiménez Huerta estima que:

" Es mujer casta y honesta, conforme a las concepciones-- valorativas imperantes en la comunidad, aquella que conduce su libido con la continencia y decencia que emanan de los principios éticos que rigen el grupo social". 35

Por nuestra parte, consideramos que los conceptos - de castidad y honestidad encierran un contenido eminentemente ético-social, de tal manera que desde este punto de vista, la castidad es simple y llanamente la abstención de relaciones sexuales -- ilegítimas, en tanto que el concepto de honestidad es variable según la época, el lugar concreto o medio social en que se desenvuelve la pasivo, y por tanto, es honesta aquella que goza de respeto y que vive conforme a las normas generalmente admitidas como válidas por el grupo social al que pertenece, conduciéndose con recato y moderación en la esfera de lo sexual; pero pensamos que este concepto no se puede determinar de una manera absoluta, pues dependerá en gran medida de la moda, las costumbres, la educación, el estrato social, etc., y por tanto, corresponderá al Juzgador valorar debidamente estas variables, atendiendo a las normas generales de cultura del lugar y la época en que se realizó el delito.

- CUARTO ELEMENTO.- Además de que la cópula se ejecute sobre una mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, el ayuntamiento sexual ha de obtenerse mediante el consentimiento, de tal suerte que la Ley señala al engaño como medio comisivo para obtener ese consentimiento para copular, de modo que la agresión surge porque el consentimiento que presta la pasivo para realizar la cópula, deriva de que ha sido engañada, esto es, ha recibido un influjo psicológico que indudablemente constituye un vicio a su voluntad.

Respecto a este medio comisivo, González de la Vega considera que:

"El engaño en el estupro consiste en una tendenciosa actividad de mutación o alteración de la verdad -presentación como verdadero de hechos falsos o promesas mentirosas- -- que producen en la mujer un estado de error, confusión o equivocación, por el que accede a la pretensión erótica - de su burlador. Entre la actividad falaz del varón y la aceptación del concubito venéreo por la joven debe --- existir seria, estricta y directa relación de causalidad, o, en otras palabras, el engaño ha de ser la causa eficiente y determinante de la aceptación de la cópula". 36

Por otro lado, Porte Petit manifiesta que:

" El engaño es la maniobra que se realiza con el fin de - que se crea lo que no es. El engaño, como medio para la ejecución del estupro, consiste en los artificios realizados con la finalidad de obtener el ayuntamiento carnal". 37

Por nuestra parte, estimamos que el engaño en este delito se constituye en una conducta tendenciosa desplegada por el activo, que entraña la introducción de un falso concepto o conocimiento en la víctima, con el fin de determinarla o resolverla a -- realizar una conducta, en este caso, para que consienta en copu-- lar.

Se discute entre los autores si el engaño desplegado por el activo debe ser de naturaleza sexual, o puede ser de --- otra índole, para que se pueda integrar debidamente el delito a es tudio. Nosotros pensamos que aún y cuando el engaño empleado - como móvil para obtener la cópula sea de diversa naturaleza al engaño de índole sexual (promesa de matrimonio por ejemplo), como pu diera ser la promesa de una retribución económica, la de obtención de un empleo, etc., consideramos que este hecho no es obstáculo --

36. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., pág. 375.

37. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., pág. 21.

para dejar de considerar honesta a la mujer menor de dieciocho años, que por ambición, avidez o interés se entregó a su estuprador, puesto que la honestidad a que se refiere el tipo a estudio es precisamente de naturaleza sexual, y en este caso, la menor será una mujer inmadura ambiciosa o interesada, pero no deshonestas.

Por otro lado, es menester dejar asentado que no estamos de acuerdo con la exigencia del tipo respecto a este medio comisivo del delito, porque pensamos que tal exigencia va en contra de la finalidad de la Ley puesto que si una mujer menor de dieciocho años, siendo casta y honesta, acepta la cópula sin que medie el engaño, entonces no hay estupro, es decir, que si la menor dá su consentimiento sin la concurrencia de dicho medio, no es sujeto pasivo del delito a exámen; de tal suerte que en este sentido se le niega la protección a quien más la necesita, ya que si la Ley ha fijado una edad máxima para considerarla sujeto pasivo, simultáneamente establece una presunción de que no tiene la capacidad suficiente para actuar libremente, de modo que si la menor accede a las pretensiones del activo, sin que medie el engaño, lo hace precisamente por su inmadurez de juicio en lo sexual, originada por su corta edad.

En tal orden de ideas, consideramos que se debe suprimir este medio de ejecución, para que la protección a la mujer menor de dieciocho años casta y honesta e inmadura sexualmente, sea más completa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO.- Encontramos que entre los doctrinarios no existe unanimidad respecto a la determinación de cuál es el bien jurídicamente tutelado en el estupro, puesto que mientras algunos sostienen que es la honestidad, otros que es la libertad sexual, la inexperiencia sexual a la seguridad sexual.

Nos dice Porte Petit que Eusebio Gómez considera que el bien jurídico protegido es la honestidad, puesto que por su

propia naturaleza este delito no puede tener otra objetividad jurídica. 38

Por su parte, Jiménez Huerta opina:

"... obvio es que 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". 39

Asimismo, Sebastián Soler estima que el estupro sancionarse, a más de defender la honestidad, protege la inesperienza sexual. 40

De igual forma, González de la Vega afirma que en este delito:

"... el bien jurídico objeto de la tutela a través de la conminación de las penas no es la libertad, sino la seguridad sexual de las inexpertas jóvenes contra los actos de libidine facilitadores de su prematura corrupción de costumbres". 41

Por otro lado, Cardona Arizmendi señala que:

"... con la comisión de este delito se afecta en primer término, el normal desarrollo psico-sexual de la mujer; en consecuencia será éste el bien jurídico que el Derecho pretende tutelar con esta figura". 42

Ahora bien, es menester dejar asentado que aceptamos plenamente y sin reservas, la opinión vertida por el ilustre -

38. Gómez, Eusebio. Citado por Celestino Porte Petit Candaudap. Ob. cit., pág. 24.
39. Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit., pág. 234.
40. Soler, Sebastián. Citado por Alberto González Blanco. Ob. cit., pág. 95.
41. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., pág. 364.
42. Cardona Arizmendo, Enrique. Ob. cit., pág. 156.

jurista Celestino Porte Petit, al considerar que el bien jurídico tutelado por el delito a estudio es la inmadurez de juicio en lo sexual, puesto que del contenido del propio artículo 262 así se evidencia, ya que se establece que si mediante el engaño se obtiene el consentimiento de una mujer casta y honesta menor de dieciocho años, para la realización de la cópula, se comete el delito de estupro; entonces, lo que la Ley tutela es la inmadurez de juicio en lo sexual, en virtud de que el legislador consideró que antes de esa edad, la mujer no tiene la capacidad suficiente para determinar libremente su sexualidad.

Por ello, pensamos que el objeto de la tutela penal no son ni la honestidad, ni la libertad, la inexperiencia o la seguridad sexuales, porque si el objeto de la protección penal fuese la honestidad, entonces se deberían beneficiar con dicha protección todas las mujeres honestas aún y cuando fuesen mayores de dieciocho años; tampoco puede ser el bien jurídico tutelado la libertad sexual, puesto que precisamente el tipo legal considera que por su minoría de edad, la mujer no tiene capacidad para determinar libremente su sexualidad, y por lo tanto, no se puede proteger una libertad sexual que no se tiene; asimismo, no se puede considerar que el estupro defienda la inexperiencia sexual, porque tener experiencia significa tener un conocimiento práctico de las cosas, adquirido por uso o ejercicio de ellas, durante mucho tiempo, y si se aceptara la inexperiencia sexual como objeto de la tutela, se consideraría indebidamente como sujeto pasivo del estupro a la mujer menor de dieciocho años e inexperta sexual, aún y cuando tuviese madurez de juicio en lo sexual (viuda, divorciada, etc.); de la misma forma, no puede considerarse a la seguridad sexual como el bien jurídicamente tutelado por el ilícito penal a estudio, en virtud de que si así fuera, cualquier copulación con mujer casta y honesta menor de dieciocho años, integraría por si misma el delito de estupro.

En tal orden de ideas, coincidimos con Porte Petit-

cuando señala que el bien jurídico tutelado en el delito de estupro es la inmadurez de juicio en lo sexual, porque:

"... debemos observar que la tutela penal está dirigida a menores de dieciocho años. Esto nos indica que la Ley señala un límite de edad para abarcar a todas aquellas mujeres que carecen de madurez de juicio en lo sexual. Por ello, es que al definir el estupro consideramos esencialmente la inmadurez sexual. Sin embargo, se protege no a toda mujer inmadura sexual, sino únicamente a las menores de dieciocho años". 43

B) CONDUCTA.- El delito de estupro puede cometerse mediante acción. El elemento objetivo en este delito consiste en la realización de la cópula, debiendo ser ésta un ayuntamiento sexual normal, aunque, como ya lo dejamos asentado, nosotros consideramos que la cópula también puede ser anormal.

C) AUSENCIA DE CONDUCTA.- El delito a estudio, por su propia y especial naturaleza, no admite ninguna causa de ausencia de conducta, ya que es inadmisibles el hecho de que puedan operar algunas de las causas que eliminan la voluntad, puesto que el tipo requiere, además de la cópula, el engaño. De otra manera, el activo tendría que llevar a cabo, y simultáneamente engañando, una cópula que no es de su voluntad, situación ésta inconcebible.

D) TIPICIDAD.- Habrá tipicidad en el delito de estupro cuando un hombre tenga cópula con una mujer, siendo ésta casta y honesta, mayor de doce y menor de dieciocho años, habiendo obtenido su consentimiento por medio del engaño.

ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO:

D1) **SUJETO ACTIVO.**- De la propia descripción típica del artículo 262 se desprende la exigencia de que el activo sea varón, pues la conducta típica prevista por el tipo sólo puede ser ejecutada por aquél, debiendo además ser mayor de dieciocho años.

D2) **SUJETO PASIVO.**- El sujeto pasivo en el estupro sólo es la mujer mayor de doce años y menor de dieciocho, casta y honesta.

D3) **OBJETO MATERIAL.**- Coincide con el sujeto pasivo, es decir, la mujer menor de dieciocho años y no menor de doce, casta y honesta.

D4) **BIEN JURIDICO TUTELADO.**- Como ya lo apuntamos con anterioridad, el bien jurídico protegido en el delito de estupro lo es la inmadurez de juicio en lo sexual, en las mujeres castas y honestas mayores de doce y menores de dieciocho años. Consecuentemente, consideramos que no pueden ser sujetos pasivos las mujeres que, aunque castas y honestas y dentro de la edad estipulada por la Ley, tengan madurez de juicio en lo sexual, aunque sean inexpertas.

D5) **EL RESULTADO.**- Es de tipo formal, ya que el ilícito se integra con una actividad, que es la realización de la cópula, sin que sea necesaria una mutación en el mundo exterior, es decir, no se requiere de un resultado material.

ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO: Existe una referencia temporal, y ésta es que la mujer sujeto pasivo del estupro sea mayor de doce y menor de dieciocho años; el legislador no estableció una referencia espacial ni de ocasión, pero sí señaló una determinada calidad en los sujetos, ya que el sujeto activo debe ser forzosamente un hombre, mayor de dieciocho años; la pasivo, mujer casta y honesta,

mayor de doce y menor de dieciocho años.

E) ATIPICIDAD.- Habrá atipicidad en el delito de estupro, cuando falte alguno de los elementos del tipo. En consecuencia habrá atipicidad:

- Cuando el sujeto pasivo no sea mujer; habría atentados al pudor o corrupción de menores.

- Cuando esté ausente el elemento objetivo, es decir, cuando no haya cópula; nos encontraremos entonces ante un atentado al pudor o no hay delito.

- Cuando la mujer sea mayor de dieciocho años; podría presentarse la violación impropia si la mujer no puede resistir la conducta delictuosa o es incapaz, o una conducta atípica.

- Cuando la mujer sea menor de doce años; habrá violación impropia.

- Cuando falten los elementos normativos de castidad y honestidad; no hay delito.

- Cuando la mujer otorgue su consentimiento, es decir, que no sea engañada; se origina una atipicidad por ausencia del medio exigido por la Ley (no debiendo serlo en nuestro concepto, si la mujer sigue siendo inmadura en lo sexual).

- Cuando no obstante que la mujer sea casta y honesta, menor de dieciocho años y mayor de doce, y dé su consentimiento para copular mediante el engaño, ya tenga madurez de juicio en lo sexual.

F) ANTIJURIDICIDAD.- La cópula ejecutada sobre una mujer mayor de doce años y menor de dieciocho, casta y honesta, habiendo obtenido su consentimiento por medio del engaño, será anti-jurídica, cuando siendo típica, no esté protegida por alguna causa de licitud.

G) CAUSAS DE JUSTIFICACION.- El delito de estupro --- siempre será antijurídico porque no lo ampara ninguna causa de justificación.

H) IMPUTABILIDAD.- En el ilícito a estudio, como en todos los demás, el sujeto activo, en el momento de ejecutar el -- hecho típico, debe tener la capacidad de querer y entender a fin - de que se le pueda reprochar la conducta, pues en caso contrario - será inimputable.

I) INIMPUTABILIDAD.- Consideramos que en el delito de estupro no puede operar ninguna causa de inimputabilidad, excep--- tuando desde luego a los menores de edad, y a quienes sufren un estado enajenativo en la mente.

J) CULPABILIDAD.- En este delito la culpabilidad consiste en querer la propia conducta, es decir, realizar la cópula - mediante el engaño, lo que significa que el estupro es un delito - de dolo, y en este delito, el dolo consiste en querer la conducta- con conocimiento de que se realiza con mujer casta y honesta, me-- nor de dieciocho años.

K) INCULPABILIDAD.- Consideramos que en este delito - puede darse la coacción sobre la voluntad, como causa de inculpabi

lidad.

L) PUNIBILIDAD.- Según lo dispone el artículo 262 del Código Penal, quien cometa el delito de estupro se hará acreedor a una pena de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos.

M) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- Este delito no contiene ninguna excusa absolutoria; ahora bien, la mención que hace el artículo 263 de que cuando el estuprador se case con la mujer ofendida, cesará toda acción para perseguirlo, tal mención no se puede considerar como una excusa absolutoria, sino como una causa de extinción de la acción o sanción penal.

N) LA PARTICIPACION.- Se dá la autoría material y la autoría intelectual, así como la complicidad. No es posible -- que se dé la autoría mediata, ni la coautoría.

R) CONCURSO DE DELITOS.- En el delito de estupro, se puede dar el concurso real o material, así como el concurso ideal o formal.

O) LA TENTATIVA.- Consideramos que en el delito de estupro tiene plena cabida la tentativa, pero únicamente en lo que se refiere a la cópula carnal, la cual puede no llegar a consumarse por causas ajenas a la voluntad del estuprado, aún y cuando hubiese ejecutado hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de la cópula.

1. 3. EL DELITO DE VIOLACION. CONCEPTO.

El artículo 265 del Ordenamiento Punitivo establece: " Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona fuere impúber, la pena de prisión será de seis a diez años".

Por su parte, Joaquín Escriche define a la violación como:

" La violencia que se hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad". 44

De igual forma, Carrara opina que:

" Cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona -- que se resiste, y se obtiene empleando verdadera o presunta, surge el título más grave de violencia carnal....". 45

A su vez Porte Petit considera que:

" Por violación propia debemos entender, la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva". 46

Como podemos observar, de las anteriores definiciones se desprende que los elementos materiales u objetivos del delito de violación son: a) Una acción de cópula; b) Que esa cópula se efectúe en persona de cualquier sexo; c) Que se realice sin la-

44. Escriche, Joaquín. Citado por Alberto González Blanco. Op. cit., pág. 139

45. Carrara, Francisco. Ob. cit., pág. 237.

46. Porte Petit Candaucaup, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. Editorial Jurídica Mexicana, México - 1966, pág. 12.

voluntad del ofendido; y, d) Que la cópula se obtenga empleando - la violencia física o moral.

- PRIMER ELEMENTO.- Es preciso dejar asentado - que cuando lleguemos al Capítulo IV de este trabajo de tesis, expondremos nuestra opinión fundada respecto a este elemento, pero - mientras tanto, diremos que existe consenso general entre los autores, respecto a que la acción de cópula puede ser normal o anormal, entendiéndose por "cópula normal" -como ya lo dejamos asentado con anterioridad al hacer el análisis del delito de estupro- la introducción del pene en la vagina; y la "cópula anormal", cuando la penetración se efectúa en el ano o en la boca, y es así, porque de - la propia descripción de la conducta típica contenida en el artículo 265, se desprende que el sujeto pasivo puede ser persona de uno u otro sexo. Es irrelevante en este delito, que la introducción sea incompleta en la abertura vulvar, anal u oral; tampoco es necesario que el delito quede agotado por la inmisión seminal (derrame seminal o eyaculación) dentro de la cavidad utilizada para - la fornicación o que dicho derrame no se haya alcanzado (coitus -- interruptus); asimismo, tampoco tiene relevancia el que se produzca la rotura del hímen, porque en todos estos casos, la acción de copular ha existido independientemente de sus resultados, no obstante los cuales, se han lesionado los derechos de la víctima a la libre determinación de su conducta en materia erótica.

- SEGUNDO ELEMENTO.- Respecto a este punto, es decir, que la cópula se efectúe en persona de cualquier sexo también, haremos una amplia referencia cuando hagamos el análisis del Capítulo IV de este trabajo de investigación, sin embargo, para efectos de concluir el análisis de este punto, señalaremos que en este delito el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin distinción de sexo, puesto que la propia redacción del artículo 265 - así lo establece cuando señala "sea cual fuere su sexo", así como-

tampoco se establece ninguna limitación al pasivo, y en tales términos, pueden ser víctimas de esta infracción penal varones o mujeres; niños, jóvenes o adultos; solteros o casados; de vida sexual honesta o impúdica, es decir, que cualquier sujeto puede sufrir -- una cópula impuesta por medio de la violencia física o moral.

Ahora bien, por lo que hace al sujeto activo, es -- aquí donde no existe uniformidad de criterio entre los tratadistas, pero, repetimos, más adelante trataremos en forma amplia esta controversia, pero mientras tanto, señalaremos que nosotros estimamos que la mujer sí puede ser considerada como sujeto activo en la violación, argumento que haremos valer más adelante; por lo que -- respecta al varón como agente del delito, creemos que no hay mayor problema, pudiéndose dejar establecidas las siguientes hipótesis: -- a) Cópula de varón a mujer, por la vía natural; b) Cópula de varón a mujer, por la vía antinatural (boca y ano); y, c) Cópula de varón a varón.

- TERCER ELEMENTO.- Es innegable que al reformarse el artículo 265 del Código Penal (reformado por decreto del 12 de diciembre de 1966, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de enero de 1967), se suprimió la importante -- exigencia de que la cópula violenta se efectuase sin la voluntad del ofendido, ya que antes de dicha reforma el citado numeral rezaba: " Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará...", pues no basta que el Código en su redacción actual, exija que el ayuntamiento carnal se obtenga por medio de la violencia física o moral, ya que la utilización de éstas no necesariamente supone la ausencia de voluntad del ofendido, ya que bien puede darse en la realización del acto sexual la aplicación de la violencia física con el pleno consentimiento del que la sufre, --- como pudiera acontecer en los episodios de sadismo-masochismo, en el ejercicio de la prostitución, etc.

- CUARTO ELEMENTO.- Como ya lo anotamos con anterioridad, lo que en realidad constituye la esencia típica del delito a estudio, es que el agente tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, y para ello, es decir, para doblegar la voluntad de su víctima, ejerce sobre ella la violencia física o moral.

Respecto al primero de estos medios comisivos, Luis Carlos Pérez manifiesta lo siguiente:

" Violencia física es la aplicación de la fuerza material sobre el cuerpo de la persona ofendida, y debe ser de tal grado que domine su resistencia. A su vez, la resistencia tiene que ser seria y constante, hasta donde es posible, dada las modalidades de la acción". 47

Por su parte González Blanco asevera que:

" Para que la violencia física tenga relevancia en la violación, se requiere que la fuerza que se ejerza, recaiga directamente sobre la víctima, y como sostiene Garraud, - que sea suficiente para neutralizar la resistencia que ésta debe oponer". 48

De igual forma, Jiménez Huerta considera que:

" Implica la violencia física el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física ha de ser, suficiente para vencer la resistencia de la víctima, y, por tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica". 49

Por otro lado, González de la Vega estima que:

" Referida al delito de violación, consiste en la fuerza-

47. Pérez, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Editorial Temis, Bogotá 1971, pág. 436.
 48. González Blanco, Alberto. Ob. cit., pág.
 49. Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit., pág. 264.

material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido- que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, con tra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexú al por medios que no puede evadir. El empleo de la -- fuerza material (vis) hace revestir al delito de un carác ter muy grave por el extremo peligro que acarrea, ya que el brutal ímpetu de la acción ofende intensamente la li- bertad personal o la integridad corporal". 50

Por nuestra parte creemos que no es necesario que - la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo de la vícti- ma sea tal que anule por completo la voluntad de ésta; considera- mos que bastará con que tal fuerza física sea suficiente para ven- cer la voluntad del ofendido, ante el convencimiento de lo inútil- de su resistencia, ante el miedo producido con motivo de la agre- sión, ante el temor de sufrir mayores sevicias, o bien por estar a- gotada la víctima y carecer ya de energía para continuar con la lu- cha, esto es, que bastará que la fuerza física desplegada reduzca- la voluntad en forma y grado que la despoje humanamente de la posi- bilidad de resistir, pues como el autor español Pacheco menciona:

" No es indispensable que se haya hecho una resistencia - desesperada, y que hayan sido vencidos todos los esfuer- zos. La Ley no exige tanto... No debería buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores colosos de fuerza- o poder. En resultado que la resistencia fué verdače- ra, y que se emplearon medios materiales capaces de suje- tar, de inutilizar, de amedrentar a una persona común, la violación está justificada". 51

Por lo mismo, creemos que en ningún caso debe con- cluirse que la víctima voluntariamente cedió a su resistencia, --- sino que su voluntad contraria llegó al último extremo y que sucum- bió ante la fuerza superior del agente.

Por lo que hace a la violencia moral, el autor fran

50. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., pág. 391.

51. Pacheco. Citado por Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit., pág. 268.

cés Contieri considera que:

" La violencia moral o amenaza es la manifestación expresa o tácita, explícita o implícita, real o simbólica, escrita, oral o mímica, directa o indirecta del propósito - condicionado de ocasionar un daño o de determinar una situación de peligro, si el amenazado no consiente en la -- conjunción carnal". 52

Estimamos que esta definición de violencia moral es muy completa, y por lo mismo no haremos más transcripciones doctrinarias al respecto. Ahora bien, el mal con el que se amenaza - creemos que puede recaer sobre cualquier bien jurídico de naturaleza patrimonial o personal (vida, integridad corporal, honor o libertad), además debe ser grave, posible y futuro.

Finalmente, pensamos que el Juzgador -al no poder - precisar el poder determinante de la amenaza, porque ésta depende de las condiciones personales de la víctima y de las circunstancias de los hechos- deberá valorar la gravedad del miedo y lo fundado e irresistible del temor en el pasivo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO.- Nuevamente nos encontramos con que los doctrinarios adoptan criterios divergentes a este - respecto, aunque en su gran mayoría se inclinan por erigir a la libertad sexual como el objeto de la tutela penal.

Entre los autores que sostienen la tesis contraria, tenemos a Eusebio Gómez, quien expresa que:

" La violación implica desde luego un ataque a la libertad sexual, pero no es ella el bien con que este delito - se lesiona, sino el sentimiento del pudor que resiste a -

las relaciones sexuales fuera de la normalidad...". 53

Asimismo, Frías Caballero considera que:

" El bien jurídico es el pudor individual como sinónimo - de honestidad, y, subsidiariamente, la libertad sexual .. ". 54

Por nuestra parte, y siguiendo la corriente doctrinaria que así lo sostiene, consideramos que el objeto de la tutela penal en este delito es la libertad sexual, ya que los medios violentos (físicos o morales) que se emplean para anular la resistencia (y con ella la voluntad) de la víctima y así obtener la cópula sexual, o como dice González de la Vega, los que ofenden el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia -- erótica.

Por otro lado, también estimamos que si existe divergencia entre los autores para precisar con exactitud cuál es el bien jurídico tutelado, creemos que esta situación es motivada por cuanto que las legislaciones extranjeras acusan diferencias con la nuestra, respecto a la clasificación de este delito, ya que algunas de ellas lo incluyen entre "los delitos contra la honestidad"; otras, entre "los delitos contra la libertad sexual" (creemos que esta debería ser la denominación correcta; y otras más, en los "delitos contra la vida, la salud y la dignidad de las personas".

B) CONDUCTA.- En el delito de violación la conducta típica se integra por el acceso carnal o cópula, siempre que ésta se realice mediante el empleo de la violencia, ya sea física o mo-

53. Gómez, Eusebio. Citado por Alberto González Blanco. Ob. -- cit., pág. 143.
54. Frías Caballero. Citado por Celestino Porte Petit Candaudap. Ob. cit., pág. 36.

ral, y por tanto, dada la naturaleza del núcleo del tipo, es decir, la cópula, este delito sólo puede cometerse por medio de la acción; no es posible una realización omisiva, pues la cópula no se puede llevar a cabo con un no hacer.

C) AUSENCIA DE CONDUCTA.- En esta infracción penal no se dá ninguna hipótesis de ausencia de conducta, debido a la propia y especial naturaleza de dicho ilícito, ya que no es posible la realización de la cópula en contra de las voluntades del activo y del pasivo.

D) TIPICIDAD.- Habrá tipicidad en el delito de violación, cuando se tenga cópula por vía idónea o contra natura, con persona de cualquier sexo, mediando violencia física o moral.

ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO:

D1) SUJETO ACTIVO.- Tenemos que el artículo 265 señala " al que..." en consecuencia, creemos que el activo puede ser común o indiferente, es decir, puede ser hombre o mujer.

D2) SUJETO PASIVO.- Dada la redacción del numeral antes invocado: "... tenga cópula con una persona, sea cual -- fuere su sexo...", sujeto pasivo puede serlo un hombre o una mujer, y por ello es común o indiferente.

D3) BIEN JURIDICO PROTEGIDO.- Como ya se dejó asentado con anterioridad, consideramos que el objeto de la tutela penal es la libertad sexual.

D4) OBJETO MATERIAL.- Es el hombre o la mujer sobre quien recae la acción delictuosa, por tanto, el objeto material coincide con el pasivo.

D5) **EL RESULTADO.-** Es de tipo formal porque no se requiere una mutación en el mundo exterior, es decir, la violación es un delito de cuya realización sólo se desprende un resultado jurídico.

ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO: El legislador no señaló ninguna referencia temporal, espacial, de ocasión, ni de calidad en los sujetos.

E) **ATIPICIDAD.-** Se puede presentar el caso en que falten los medios comisivos exigidos por el tipo, la vis absoluta o - la vis compulsiva, esto es, porque concurra el consentimiento del-pasivo; también puede haber atipicidad por ausencia de conducta típica, es decir, por ausencia de cópula.

F) **ANTI JURIDICIDAD.-** Es indudable que la conducta en-la violación será antijurídica, cuando siendo típica, no esté amparada por ninguna causa de justificación.

G) **CAUSAS DE JUSTIFICACION.-** Pensamos que en este de-lito no opera ninguna causa de licitud, de tal suerte que siempre-será antijurídica.

H) **IMPUTABILIDAD.-** Al ejecutar la cópula violenta, el sujeto activo debe tener la capacidad de querer y entender (capaci-dad de culpabilidad) a fín de que se le pueda reprochar la conduc-ta, pues en caso contrario será inimputable.

I) **INIMPUTABILIDAD.-** Se puede dar la hipótesis de que el activo, al ejecutar la acción típica, padezca trastorno mental-

o desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, siempre y cuando el agente no haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

J) CULPABILIDAD.- Si la cópula ha de ejecutarse por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva, es innegable que el delito de violación únicamente puede cometerse mediante dolo, deseándose por tanto la culpa o imprudencia.

K) INCULPABILIDAD.- Puede presentarse el aspecto negativo de la culpabilidad al darse la coacción sobre la voluntad.

L) PUNIBILIDAD.- De conformidad con el artículo 265- del Código Penal, quien resulte responsable de la comisión del delito de violación, se hará acreedor a una pena que va de seis a -- ocho años de prisión. Si la violación fuere cometida con intervención de dos o más personas, la pena será de ocho a veinte años de prisión y multa de cinco mil a doce mil pesos. Si el sujeto activo es ascendiente del pasivo y viceversa; si el tutor viola al pupilo o el padrastro o amasío de la madre o padre del pasivo viola al hijastro, el activo, independientemente de la pena que le corresponda, se le aumentarán de seis meses a dos años de prisión. - Por último, si el delito de violación es cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, en el primer caso será destituido del cargo o empleo, y en el segundo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión por un término de -- cinco años.

M) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- El legislador no estable--

ció ninguna excusa absolutoria para este delito.

N) LA TENTATIVA.- El delito a estudio admite la posibilidad de su ejecución en grado de tentativa, ya sea acabada o in acabada.

N) CONCURSO DE DELITOS.- Si antes de ejecutar la có-pula en forma violenta o después de realizada ésta, el agente realiza otra u otras conductas que encuadren en otro(s) tipo diferente, habrá un concurso real o material de delitos, por haberse ejecutado en actos distintos (allanamiento de morada y violación, daño en propiedad ajena y violación, lesiones y violación, violación y homicidio, violación y amenazas, etc.). Si se ejecuta el ---acto carnal en forma violenta, y al mismo tiempo, o sea concomitentemente al realizar la conducta, el activo con esa acción encuadra en otro o más tipos, aparecerá la figura jurídica denominada con-curso ideal o formal (violación y lesiones, violación y homicidio, amenazas y violación, etc.).

O) LA PARTICIPACION.- En el delito a estudio indudablemente que se puede dar la autoría intelectual, la autoría material o inmediata, la coautoría material, la autoría mediata y la -complicidad.

1. 3. 1. VIOLACION IMPROPIA, FICTA, PRESUNTA O EQUIPARADA.
CONCEPTO.

A este respecto, el insigne autor Francisco González de la Vega hace una interesante disertación acerca de su disentimiento referente a la inclusión de ésta figura típica como espe-

cie del delito de violación considerado como género en la mayoría de las legislaciones, porque estima que como las hipótesis consignadas en el artículo 266, no implican para su existencia delictuosa el uso de la violencia -que según el autor, es la que dá su nombre al verdadero delito de violación-, no pueden ser clasificadas como especies de la violación; que además, los bienes jurídicos lesionados por esas acciones delictuosas no violentas, son a veces -distintos de la libertad sexual y se constituyen en un delito especial, autónomo en su descripción típica, provisto de sus propios -elementos constitutivos, y distinto de la violación, a la que sólo puede equipararse exclusivamente para los efectos de la aplicación de las penas, y que por ello su denominación correcta debe ser la de "violación impropia o delito que se equipara a la violación".⁵⁵

Por nuestra parte, y con toda humildad, disintimos de la opinión de este ilustre tratadista, ya que estimamos que --- esta infracción penal no se constituye en un delito independiente, ya que de la misma descripción típica aflora con meridiana claridad que se trata de una específica forma de ejecución y de manifestación típica del delito de violación propia, y amén de que su nombre evidencia dependencia de la violación, también encontramos coincidencia en el bien jurídico tutelado (aunque también es cierto que no en todos los casos), así como la ausencia de una pena propia, lo que pone de manifiesto que su contenido no se corporiza en un delito autónomo, sino que simplemente representa una ampliación fáctica y típica del delito de violación descrito en el artículo - 265 del Ordenamiento Punitivo.

Pero didácticamente y para efectos de una correcta-sistematización, haremos el análisis de este delito como lo hemos-venido haciendo con las otras figuras típicas analizadas, sobre la base de la Teoría del Delito.

55. Cfr. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., p.p. 402 y-403.

Pues bien el artículo 266 del Código Penal establece: "Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente - en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

De la anterior descripción se desprende que los elementos materiales u objetivos de la violación impropia, son los siguientes: 1) Una acción de cópula; 2) Que esta cópula recaiga: a) en persona menor de doce años; b) en persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente - en sus relaciones sexuales, y; c) en persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de resistir la conducta delictuosa; --- 3) El conocimiento del estado de la víctima, o al menos en su culpable ignorancia.

- PRIMER ELEMENTO.- Por cuanto hace a este elemento, es aplicable todo lo relativo al elemento cópula hecho valer al hacer el estudio de ésta en el delito de violación.

- SEGUNDO ELEMENTO.- A este respecto, nos encontramos ante varias hipótesis de manifestación típica, y por ello, - la acción de cópula (normal o anormal) puede recaer en:

a) En persona menor de doce años, aunque ésta preste su consentimiento, ya que la Ley establece que el consentimiento dado por un menor de dicha edad, carece de toda validez jurídica, puesto que a esa edad aún no se está en posibilidad de producirse voluntariamente en su vida sexual, lo que impide al menor resistir físicamente y corporalmente las violencias sexuales que se ejecutan en su cuerpo, puesto que racionalmente ignora la significación, los alcances y posibles consecuencias de dichos actos de lubricidad.

b) En persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales: la cópula que se efectúe cuando el sujeto pasivo se halle imposibilitado para autodeterminarse voluntariamente, aún y cuando el pasivo preste su consentimiento para copular, será plenamente antijurídico, puesto que el consentimiento dado en dichas circunstancias carece de valor porque proviene de una persona que se encuentra en imposibilidad de querer y entender. Se entiende que el pasivo no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales -aparte de la menor edad de doce años descrita específicamente en el tipo- cuando no se dispone de las facultades provenientes del conocimiento de la propia persona, y del mundo que le rodea, por un estado de enajenación mental causativo de la anulación de la consciencia o de la voluntad; insuficiencia de sus facultades volitivas; o por defectos congénitos o adquiridos (oligofrenia, por ejemplo).

Tales estados enajenativos de la mente pueden ser - absolutos o permanentes, transitorios o de los que en el transcurso de la enfermedad presentan intervalos lúcidos.

c) En persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de resistir la conducta delictuosa: En estos casos, - la capacidad del pasivo de asimilar los estímulos, así como la de actuar en armonía con ellos, se encuentra desintegrada por su estado de inconciencia, producida por causas accidentales o provocadas por el actuar doloso del agente, en las que éste se aprovecha no sólo de la ausencia de conocimiento del pasivo, sino de la falta de consentimiento para copular. Las causas accidentales pueden ser fisiológicas o patológicas, encontrando entre las primeras el sueño, el sonambulismo y algunos estados patológicos (febriles, -- epilépticos o comatosos) que producen desvanecimientos, desmayos o síncope, en los que la persona que los sufre queda privada de sentido y puede sufrir una cópula.

También encontramos las enfermedades o imposibilidades físicas que impiden la resistencia al ayuntamiento no aceptado voluntariamente, como en los casos de una parálisis, debilidad extrema, anemia aguda, estado agónico lúcido, involución senil y decrepitud física, además de lesiones y mutilaciones que dejan incapacidad física, por encontrarse la víctima atada, etcétera.

Ahora bien, entre las causas provocadas por el actuar doloso del agente y casos de mayor gravedad, encontramos los estados de inconsciencia provocados por narcóticos, anestésicos, bebidas alcohólicas, y aún por sugestión hipnótica, ya que aquellas substancias en una dosis adecuada producen la privación del sentido en las personas a quienes se suministran, puesto que ocasionan profundas alteraciones o trastornos psíquicos por intoxicación.

- TERCER ELEMENTO.- En este delito el agente de be obrar con conocimiento de las circunstancias personales de indefensión del sujeto pasivo, o al menos, con culpable ignorancia, -- nos dice el insigne autor Don Francisco González de la Vega, ya -- que en lo concerniente al caso de que el pasivo se encuentre privado de razón, algunas de las enajenaciones mentales se manifiestan con síntomas externos inconfundibles o por existir otros datos -- igualmente inequívocos, el activo no puede alegar ignorancia, como en el caso de que la víctima se encuentre internada en un hospital psiquiátrico. Ahora bien, tratándose de personas privadas de -- sentido, es obvio que el activo no puede esgrimir ignorancia del -- estado de la víctima; lo mismo podemos decir de aquellas enfermedades o disminuciones que imposibilitan a la víctima resistir, pues se manifiestan con perceptibles caracteres externos de imposibilidad de movimiento o de acción eficaz de defensa; asimismo, cuando la acción delictiva recaiga en personas de corta edad, salvo en raras excepciones, también será inoperante que el agente asgrima ignorancia de su edad, porque es fácilmente perceptible el escaso de desarrollo fisiológico del menor, evidente indicio de su pubertad y-

de su menor edad. 56

A) CONDUCTA.- Este delito sólo puede cometerse mediante la acción, pues por su propia naturaleza es impensable y absurda su comisión mediante un no hacer.

B) AUSENCIA DE CONDUCTA.- No opera ninguna hipótesis de ausencia de conducta, debido a la propia y especial naturaleza de dicho ilícito penal.

C) TIPICIDAD.- Habrá tipicidad en el delito de violación equiparada, cuando se tenga cópula con persona, sea cual fuere su sexo, menor de doce años, o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO:

C1) SUJETO ACTIVO.- Puede serlo el hombre o la mujer, y por tanto es común o indiferente.

C2) SUJETO PASIVO.- También puede serlo el hombre o la mujer, y por lo mismo es común o indiferente.

C3) BIEN JURIDICO TUTELADO.- A este respecto -- consideramos que tratándose de los menores de doce años, así como cuando el pasivo --siendo mayor de doce años-- por cualquier causa se halle imposibilitado para autodeterminarse voluntariamente en sus relaciones sexuales (por cualquiera de los estados enajenativos de la mente, absolutos, parciales, permanentes o transitorios-ya enunciados), el bien jurídico objeto de la tutela penal será la seguridad sexual, puesto que aún y cuando la víctima preste su --

consentimiento para la cópula, el consentimiento prestado en dichas circunstancias carece de valor para investir de licitud a la conjunción carnal, pues in consentimiento inválido por provenir de personas que no están en posibilidad de querer y entender, en posibilidad de comprender el significado y alcance de una relación sexual.

Ahora bien, estimamos que los casos en que el pasivo no puede resistir la conducta delictuosa, como en los estados - patológicos profundamente debilitantes o imposibilitadores de movimiento y reacciones defensivas, en los que la víctima no se encuentra privada de los sentidos, el objeto de la tutela penal es la libertad sexual, puesto que el enfermo o imposibilitado se da cuenta del atentado sexual que en su cuerpo y contra su voluntad se realiza, pero no puede reaccionar por la imposibilidad de defensa que su estado físico conlleva, y en tales casos, el pasivo sufre en su cuerpo un acto sexual que no deseaba y con quien no ha elegido voluntariamente, mismo que ofende su derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica.

C4) OBJETO MATERIAL.- Es el hombre o la mujer en quien recae la acción delictuosa, por lo que coincide con el sujeto pasivo.

C5) LA CONDUCTA.- En este caso la conducta es de acción.

C6) EL RESULTADO.- Es de tipo formal, puesto que no existe una mutación en el mundo exterior.

ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO: El legislador no estableció ninguna referencia temporal, espacial ni de ocasión para la comisión de este delito; pero el tipo exige una determinada calidad en el sujeto pasivo, es decir, se requiere que éste sea menor de doce años, - o que por cualquier causa no esté en posibilidad de resistir la --

conducta delictuosa, o que por cualquier causa no pueda producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales.

D) ATIPICIDAD.— Consideramos que habrá atipicidad en el delito de violación equiparada, cuando no se realice el verbo típico, esto es, cuando no haya cópula. Por otro lado, - también habrá atipicidad por falta de calidad en el pasivo, es decir, cuando éste sea mayor de doce años y la cópula se efectúe sin violencia (física o moral), o cuando el pasivo esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, o en posibilidad de resistir la conducta delictuosa.

E) ANTI JURIDICIDAD.— Este delito siempre será antijurídico, porque no lo ampara ninguna causa de justificación.

F) IMPUTABILIDAD.— En este delito, como en todos los demás, el sujeto activo, en el momento de la comisión de - la infracción penal, debe tener la capacidad de querer y entender - a fin de que se le pueda reprochar la conducta, pues en caso contrario será inimputable.

G) INIMPUTABILIDAD.— En este delito puede darse la hipótesis de que el activo, al ejecutar la acción típica, padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, siempre y cuando el agente no haya -- provocado esa incapacidad intencional o culposamente.

H) CULPABILIDAD.— El delito de violación impropia sólo puede cometerse mediante dolo o intención, desechándose - por tanto la culpa o imprudencia, ya que es irracional la realización de la cópula como producto de un actuar culposo.

I) INCULPABILIDAD.— Estimamos que en este caso

podría operar el error de hecho esencial e invencible, en los casos de que el menor de doce años acusare un desarrollo fisiológico-impropio para su edad, por el cual el activo no se pudiese percatar de su minoría de tal edad; también en los casos en que la víctima no dispusiese plenamente de sus facultades mentales, sin acusar en su faz tal estado enajenativo de la mente. También creemos que puede operar plenamente la coacción sobre la voluntad.

J) LA PUNIBILIDAD.- Este delito se sanciona -- con las mismas penas establecidas para el delito de violación propia.

K) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- El legislador no señaló ninguna excusa absoluta para esta infracción penal.

L) LA TENTATIVA.- Los hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización impositiva de la cópula, si ésta no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, integrarán el delito de violación presunta en grado de tentativa.

M) CONCURSO DE DELITOS.- Puede darse plenamente el concurso real o material, así como el concurso ideal o formal.

N) PARTICIPACION.- En el delito a estudio, indudablemente que se da la autoría material, la coautoría material, la autoría intelectual, la autoría inmediata, la autoría mediata, así como la complicidad.

1. 4. CRITERIOS DE DISTINCION Y SEMEJANZAS ENTRE LOS DELITOS-
DE ATENTADOS AL PUDOR, ESTUPRO Y VIOLACION.

Para los efectos de realizar una correcta diferenciación y analogía entre estos delitos en forma sistemática, lógica y ordenada, procederemos a efectuar un análisis comparativo que será estampado en varios listados para una mayor comprensión, listados que contendrán las semejanzas y diferencias entre estos tres delitos; no obstante, es pertinente hacer la debida aclaración de que tal parangón se hace atendiendo a las consideraciones expuestas a lo largo del análisis de dichas infracciones penales, consideraciones que en algunos de los casos no se apegan al criterio sustentado por la mayoría de los insignes tratadistas, pero que en nuestra opinión son las valederas, como en el caso de que, por vía de ejemplo, nosotros estimamos como una semejanza entre el estupro y la violación, que la conducta típica, es decir, la cópula, puede ser en ambos delitos normal o anormal.

* * * SEMEJANZAS ENTRE LOS ATENTADOS AL PUDOR, EL ESTUPRO Y LA VIOLACION.

1. Los atentados al pudor, el estupro y la violación son delitos sexuales.
2. Los tres son delitos de acción.
3. Los tres son delitos unisubsistentes o plurisubsistentes.
4. Los tres son delitos formales o de mera conducta.
5. Los tres son delitos instantáneos.
6. Los tres son delitos de lesión.
7. Los tres son delitos básicos o fundamentales.
8. Los tres son delitos de formulación casuística.

9. Los tres son delitos autónomos o independientes.
10. Los tres son delitos monosubjetivos.
11. Los tres son delitos dolosos o intencionales.
12. Los tres delitos se consuman con la ejecución de la conducta típica.
13. Los tres son delitos que admiten la tentativa.

*** * * SEMEJANZAS ENTRE LOS ATENTADOS AL PUDOR Y LA VIOLACION UNICA
MENTE.**

1. En los atentados al pudor y la violación el sujeto activo es común o indiferente.
2. En ambos delitos el sujeto pasivo es común o in diferente.
3. En su integración, ambos delitos sólo contienen elementos objetivos.
4. Ambos delitos se persiguen de oficio.
5. Ambos delitos no admiten la extinción de la acción penal por el matrimonio entre el activo y el pasivo.

*** * * DIFERENCIAS ENTRE LOS ATENTADOS AL PUDOR Y LA VIOLACION UNI-
CAMENTE.**

1. En los atentados al pudor opera la ausencia de conducta, mientras que en la violación no opera ninguna causa de ausencia de conducta.
2. Los atentados al pudor son un delito de formulación libre, en tanto que la violación es un delito de medios legalmente limitados.
3. El atentado al pudor es un delito alternativa-mente formado en cuanto al sujeto pasivo, y la violación es un delito alternativamente formado en cuanto a los medios.

4. En los atentados al pudor la conducta típica -- consiste en un acto erótico sexual, y en la violación es la cópula.

5. El atentado al pudor es un delito que no requiere de medios de ejecución, en tanto que la violación requiere para su ejecución de la violencia física o la moral.

6. El bien jurídico tutelado en los atentados al pudor es la libertad sexual tratándose de púberes, y la seguridad sexual tratándose de impúberes, mientras que en la violación el objeto de la tutela penal es la libertad sexual.

7. La punibilidad en el delito de atentados al pudor va de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos; si se hiciera uso de la violencia, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos; en tanto que en el delito de violación existe una sanción de seis a ocho años, y de seis a diez años cuando el ofendido fuere impúber; si la violación fuere cometida con intervención de dos o más personas, la pena será de ocho a veinte años de prisión y multa de cinco mil a doce mil pesos; si el activo es ascendiente del pasivo o descendiente de éste, por el tutor contra su pupilo, por el padrastro o o amasío del padre o la madre del ofendido, al activo, independientemente de la pena que le corresponda, se le aumentarán de seis meses a dos años de prisión; por último, cuando la violación fuese cometida por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, en el primer caso será destituido del cargo o empleo, y en el segundo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión por un término de cinco años.

*** * * DIFERENCIAS ENTRE LOS ATENTADOS AL PUDOR Y EL ESTUPRO ÚNICAMENTE.**

1. En los atentados al pudor opera la ausencia de conducta, mientras que en el estupro no opera ninguna causa de ausencia de conducta.

2. Los atentados al pudor son un delito de formula ción libre, en tanto que el estupro es un delito de medios legalmente limitados.

3. En los atentados al pudor la conducta típica -- consiste en un acto erótico sexual, mientras que en el estupro con siste en la cópula.

4. En los atentados al pudor el pasivo es común o indiferente en tanto que en el estupro, pasivo únicamente es la mu jer.

5. En los atentados al pudor el sujeto activo es - común o indiferente, mientras que en el estupro el sujeto activo - únicamente puede serlo el hombre.

6. Los atentados al pudor son un delito que no requiere de medios de ejecución, mientras que el estupro requiere de un medio de ejecución que es el engaño.

7. El atentado al pudor es un delito que contiene-- sólo un elemento objetivo; el estupro es un delito que con tiene elementos objetivo y normativo.

8. El bien jurídico tutelado en los atentados al - pudor es la libertad sexual cuando se trata de púberes, y la seg uridad sexual cuando se trata de impúberes, mientras que en el estu pro el objeto de la tutela penal es la inmadurez de juicio en lo - sexual.

9. El delito de atentados al pudor se persigue de of icio, en tanto que el estupro es un delito perseguible a peti- ci ón de parte.

10. El atentado al pudor es un delito que no con tiene ninguna causa de extinción de la acción penal, mientras que el estupro admite la extinción de la acción penal por el mat rimonio entre el activo y la pasivo.

11. La penalidad en los atentados al pudor va de - tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos; si se hic iere uso de la violencia, la pena será de seis me ses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos, en-

tanto que el estupro tiene una sanción de un mes a tres años de -- prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos.

Es de hacerse notar, que aparte de las analogías - encontradas entre los tres delitos a estudio hechas valer con ante lación, no encontramos ninguna otra más por lo que toca a los aten tados al pudor y el estupro.

*** * * SEMEJANZAS ENTRE LA VIOLACION Y EL ESTUPRO UNICAMENTE.**

1. En ambos delitos la conducta típica consiste en la cópula.
2. En ambos delitos no opera la ausencia de conduc ta.
3. La violación y el estupro son delitos de medios legalmente limitados.

*** * * DIFERENCIAS ENTRE LA VIOLACION Y EL ESTUPRO UNICAMENTE.**

1. En la violación el sujeto activo es común o in-diferente, mientras que en el estupro el sujeto activo sólo lo es el varón.
2. La violación es un delito cuyos medios de ejecu ción son la violencia física o la moral, mientras que el estupro - es un delito cuyo medio de ejecución es el engaño.
3. El sujeto pasivo en la violación es la mujer o- el hombre y en el estupro únicamente es la mujer.
4. La violación contiene únicamente un elemento ob jetivo, en tanto que el estupro contiene elementos objetivo y nor- mativo.
5. El bien jurídico que se protege en la violación

es la libertad sexual, mientras que en el estupro lo que se protege es la inmadurez de juicio en lo sexual.

6. La violación es un delito que se persigue de --
oficio, y el estupro se persigue a petición de parte,

7. En el estupro hay cesación de la acción penal -
por el matrimonio entre el activo y la pasivo, en tanto que en la-
violación esto no se dá.

1. 5. LA SEGURIDAD Y LA LIBERTAD SEXUAL COMO OBJETOS DE LA TUTELA PENAL.

Sabemos que el bien jurídico objeto de la protección penal, es el derecho subjetivo que la ley protege concretamente en cada caso, el cual se quebranta o peligrará al cometerse el delito.

El docto tratadista Luis Jiménez de Asúa considera:

"Para quienes pensamos... que el interés tutelado por el derecho consiste, no ya sólo el objeto del delito, sino la esencia del mismo y hasta la característica del Derecho Penal Finalista, es obvio que el objeto jurídico de la infracción está constituido por ese interés tutelado jurídicamente". 57

Por otro lado, lo expuesto por Alberto González -- Blanco nos sirve como marco de referencia para determinar la evolución sociológica de las relaciones sexuales, el nacimiento de los bienes jurídicos sexuales, y la consiguiente aparición de los delitos sexuales, que surgen cuando los mencionados bienes son lesionados o puestos en peligro.

Nos dice el citado autor, que en la etapa de la -- horda, primitiva agrupación humana formada por individuos de ambos sexos, unidos por lazos de compañerismo y con desconocimiento absoluto de los vínculos de sangre, los hombres y las mujeres que la conformaban, vivían en un estado de promiscuidad sexual, pues mantenían relaciones sexuales sin ningún matiz ético y determinadas a ciclos de periodicidad, por lo que a consecuencia de dicha promiscuidad,

57. Jiménez de Asúa, Luis. Citado por Francisco Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano. Séptima Edición. Editorial-Porrúa, S. A., México 1985, pág. 175.

cuidad sexual, se desconocía la paternidad y aún la maternidad, -- pues se creía que la mujer recibía al hijo por un procedimiento exterior y divino.

Al transformarse la horda en clan totémico, surgió el matriarcado familiar, pues mientras el hombre salía a cazar, la mujer cuidaba el hogar e iniciaba la agricultura, y la mujer, al ser la encargada de la regulación de la vida económica, adquirió rápidamente el prestigio necesario para imponer su hegemonía familiar; en consecuencia, el tótem se transmite por línea materna, -- amén de que alguno de los tabúes o prohibiciones de carácter sagrado se referían a la mujer, especialmente el tabú de la menstruación, manteniéndose la idea de que durante el período de la menstruación, la mujer penetra en relación íntima con el tótem.

El tabú de la mujer, da origen a la exogamia, que obliga al hombre a buscar esposa fuera del clan, primero robándola a otro clan enemigo (matrimonio por raptó) y después comprándola - (matrimonio por compra); estos dos tipos de matrimonio originan el nacimiento de las sociedades patriarcales, pues la mujer robada o comprada a otro clan posee dentro del clan de su marido, una condición opuesta a la gozada en su núcleo, y así, la mujer va perdiendo gradualmente la estimación social hasta quedar convertida en un simple objeto propiedad del hombre.

Por ello, la evolución sociológica de los delitos sexuales, estuvo condicionada a la organización social existente - en un momento histórico determinado, y a la valoración que merecieron la libertad y el pudor, de tal suerte que en la época del heterotatismo, en la cual el ejercicio de la función sexual se condicionaba a ciclos de periodicidad, lógicamente las parejas humanas satisfacían sus exigencias sexuales de manera transitoria y violenta, como lo vemos actualmente en las especies animales inferiores, y - en esa época la horda no formularía ninguna valoración cultural de

las relaciones sexuales.

Cuando en una época posterior de la evolución humana desapareció la periodicidad sexual, es decir, la promiscuidad sexual, siendo sustituida por la libido en los albores de la humanidad, surgió el primer objeto de valoración, esto es, la libertad sexual, y con él, el primer delito sexual conocido, la violación, cuando el hombre, como sujeto sexual, poseyera a la mujer violentamente, contra su voluntad.

En el clan totémico, tabuada la mujer, como ya lo vimos con anterioridad, en virtud de la regla de la exogamia, el hombre se ve obligado a buscar esposa fuera del clan, y por ello, al quebrantarse la regla de la exogamia se origina el surgimiento del incesto, cuando un hombre y una mujer del mismo clan se unieron sexualmente.

Ahora bien, el rapto, que también surgió en virtud de la regla de la exogamia, se constituía en un hecho lícito, puesto que su legitimidad se encontraba precisamente en la prevención del incesto; pero en cambio, en las etapas superiores del clan totémico, el rapto se erigía en delito, al transformarse el matrimonio por rapto en matrimonio por compra, cuando el hombre, en vez de comprar a la mujer de otro clan, la robaba.

Finalmente, en las sociedades patriarcales, valora da la mujer como un objeto sexual, hace surgir posteriormente al rapto, al adulterio y al estupro, el primero constituyendo una negación al poderío y al derecho del hombre sobre la mujer, tanto respecto de una comunidad extraña como de la propia; el segundo, surge como quebrantamiento del derecho de patria potestad sobre los hijos. 58

Por nuestra parte, consideramos que el Derecho, como una ciencia referente al deber ser, se halla profundamente influida por la filosofía de los valores, y así, la norma jurídica viene a ser el reconocimiento de un valor, pero la función valorizadora de la norma se funda necesariamente en supuestos de orden fáctico, pertenecientes al mundo del ser, y por ello, cuando los simples intereses humanos —que sólo entrañan un carácter utilitario—, alcanzan la protección de la norma, se convierten en bienes jurídicos.

Ahora bien, el mismo proceso se advierte por lo que hace a los delitos sexuales, ya que las relaciones de esa naturaleza —como las sociales, económicas y otras relaciones humanas— presentan una característica de interdependencia entre los hombres originando intereses opuestos, los cuales, al alcanzar la protección de la norma (en virtud de un proceso valorativo), originan el surgimiento de los bienes jurídicos sexuales.

En tal virtud, el atentado a las condiciones de vida de la sociedad, sólo podrá ser estimada como delito en aquellos casos en que el bien o interés lesionado haya sido objeto de valoración por esa misma sociedad, como necesario para su subsistencia; por ello, a la sociedad compete la valoración y al Estado formular el juicio legislativo, y así, la selección de los bienes jurídicos que luego han de garantizar los diferentes tipos penales, es tarea del legislador que sólo puede llevarla a cabo después de un exhaustivo examen de las normas de cultura imperantes en la sociedad.

CAPITULO II. EL TIPO COMO UN ELEMENTO DEL ILICITO PENAL.

2. 1. EL TIPO.

Haciendo una breve referencia a la evolución histórica del tipo, señalaremos que éste era considerado antiguamente - como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los - objetivos como los subjetivos, identificándolo con el corpus delicti. En 1906 en Alemania, surge la moderna teoría del tipo sostenida por Ernesto Von Beling, quien consideró al tipo como una mera descripción; posteriormente Max Ernesto Mayer, contraponiéndose a Beling, aseguró que la tipicidad no era meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad, es decir, que toda conducta - que se ha conformado a un tipo, debe estimarse presuncionalmente - antijurídica, porque en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuridicidad.

El concepto se modifica con Edmundo Mezger, para - quien el tipo no es la simple descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio essendi de la antijuridicidad, esto es, que -- "en la descripción del injusto le corresponde, por lo tanto, una - significación material, es su fundamento real, su ratio essendi, y no sólo su fundamento de reconocimiento, no mera ratio cognoscendi", es decir, que el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto, - pues si ello ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad. 59

59. Mezger, Edmundo. Derecho Penal, Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1985, pág. 145.

Nuevamente, en el año de 1930, Ernesto Beling desarrolla una ampliación a su doctrina primigenia, en donde el tipo ya no es el hecho abstracto y conceptualmente descrito, por sus elementos materiales, en cada especie delictiva, sino la imagen rectora o el cuadro dominante que norma y preside cada especie delictiva, donde Beling quería resolver algunos problemas que en la primera formulación de su doctrina quedaban en el vacío, como el de la tentativa y la complicidad, habida cuenta de que la conducta intentada y la de los participantes no era plenamente subsumible en la descripción del tipo. 60

Por último, Jiménez de Asúa nos dice que tanto la doctrina del tipo, como la teoría objetiva de la antijuridicidad, fueron radicalmente incompatibles con las concepciones extremas del Nacionalsocialismo (nazismo hitleriano), y por lo tanto, al ser aplicadas al Derecho Penal, producen una lógica desorganización en el armazón liberal de la ciencia punitiva; continúa señalando el citado autor español, que fue Geog Dahm quien se aplicó con sus ideas a demoler el concepto de tipicidad y que los eminentes tratadistas alemanes, obligado a acatar las doctrinas nazis y sin valor para oponerse a ellas, se vieron en el triste deber de retractarse de cuanto escribieron durante sus mejores años de labor científica, quedando con ello repudiada la gran conquista de la civilización, el apotegma NULUM CRIMEN SINE LEGE, y establecido el bárbaro sistema de la analogía, aunque con posterioridad dichos tratadistas volvieron a destacar la importancia del tipo dentro del injusto. 61

60. Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I. Introducción a las figuras típicas. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1985, p.p. 29 y 30.
61. Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. Editoriales Hermes, S.A., p.p. 249 a 251.

Ahora bien, diversos son los aspectos vertidos por los doctrinarios respecto al tipo. Así, tenemos a Francisco Pavón Vasconcelos quien nos dice que, dándole una connotación propia jurídica penal, el tipo:

"...la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal". 62

Por su parte, Edmundo Mezger señala que el tipo -- es:

"El injusto descrito concretamente en la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal". 63

Por otro lado, el autor mexicano Castellanos Tena afirma que:

"El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales". 64

Por último, el ilustre autor español Luis Jiménez de Asúa asevera que:

"...el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". 65

62. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A., - México 1985, pág. 271.
63. Mezger, Edmundo. Citado por Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit., pág. 21.
64. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General. Vigésima Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1986, pág. 167.
65. Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit., pág. 235.

A) **ELEMENTOS DEL TIPO.**- Es necesario entrar al estudio de los distintos elementos que entran en la integración de los tipos, ya que de ordinario el tipo legal se presenta como una mera descripción de la conducta humana (como acontece en el caso del artículo 244 que nos habla del delito de falsificación de documentos), pero en otras ocasiones, el tipo describe además el efecto o resultado material de la acción u omisión (como en el caso del numeral 302 referido al delito de homicidio), o bien contiene referencias a los sujetos (como sucede en el precepto 323 referido al parricidio), a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial (como es el caso del artículo 265 referente al delito de violación), por lo que dichos elementos pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o subjetiva:

1. **ELEMENTOS OBJETIVOS:** Son aquellos que son susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal. 66

Si bien es cierto que el núcleo del tipo lo constituye la acción u omisión expresadas generalmente en un verbo, tampoco deja de ser cierto que son igualmente elementos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etcétera, que están conexas a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal, modalidades que, si no se satisfacen, no permiten la correcta adecuación típica. Estas, son las siguientes:

1. a. **CALIDADES REFERIDAS AL SUJETO ACTIVO:** En ocasiones el tipo establece determinada calidad en dicho sujeto, originándose así los llamados delitos propios, especiales o exclu-

sivos, que son aquellos que sólo pueden ser cometidos por determinadas personas, esto es, que en estos casos el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de integrar el tipo, con relación a aquél que no tiene dicha calidad exigida, sin que ello quiera decir que las personas que no pertenezcan a dicho círculo (los no cualificados) no puedan en absoluto ser sujetos de delitos, - - pues si bien no pueden ser autores en sentido estricto (autor material), queda la posibilidad de que participen en el hecho como autores intelectuales o cómplices, como en el caso del parricidio, - que sólo lo pueden cometer los descendientes consanguíneos en línea recta, legítimo o natural, sabiendo de dicho parentesco; o en su caso, encuadrar en otro delito.

1. b. CALIDADES REFERIDAS AL SUJETO PASIVO: En otras ocasiones, la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, y en caso de que este sujeto no reúna dicha calidad, aparece el fenómeno de la atipicidad, como sucede en el mismo caso del parricidio, en donde el pasivo requiere ser el padre, la madre o - - cualquier otro ascendiente consanguíneo en línea recta del activo, sea legítimo o natural.

1. c. REFERENCIAS TEMPORALES: En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo, y de no concurrir, no se dará la tipicidad, como en el caso del artículo 303 fracción II, en el que sólo se tendrá como mortal una lesión, cuando la - - muerte se verifique dentro de los sesenta días contados a partir de que se infirió la lesión.

1. d. REFERENCIAS ESPACIALES: Del mismo modo, el tipo puede demandar una referencia espacial o de lugar, es decir, - que la ley fija exclusivamente como típicos determinados locales o lugares de comisión del delito, de manera que la ausencia en el -- evento de tales elementos del tipo, también trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión, como en el caso del adulterio, que sólo puede ser cometido en el domicilio --

conyugal.

1. e. REFERENCIAS A LOS MEDIOS DE COMISION: En ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio, lo hace esencial para integrar la conducta o agravar la pena, como sucede en el caso del estupro, al obtener la cópula por medio del engaño; o como sucede en el caso del robo con violencia, donde ésta agrava la pena de seis meses a tres años de prisión.

1. f. REFERENCIAS AL OBJETO MATERIAL: En estos casos se hace referencia al objeto sobre el cual recae la conducta, es decir, al objeto material o corporal de la acción, como en el caso de la mujer menor de dieciocho años en el estupro; la cosa ajena mueble en el robo; o del inmueble ajeno en el despojo.

2. ELEMENTOS NORMATIVOS: Son aquellos que forman parte de la descripción contenida en los tipos penales, y se les denomina normativos porque implican una valoración que de ellos hace el aplicador de la ley. 67

Dicha valoración es necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser esta valoración eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido jurídico de dicho elemento, o bien una valoración cultural cuando ésta se realiza de acuerdo a un criterio extrajurídico, es decir, se trata de características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a ciertas normas y concepciones jurídicas y culturales. Entre los elementos normativos con valoración jurídica, tenemos por ejemplo, cuando la ley dice "cosa ajena" (art. 367); "funcionario" (art. 189); "documento público" (art. 243); "derecho real" (art. 395), etcétera. Estamos

frente a un elemento normativo con valoración cultural, cuando la ley señala: "casta y honesta" (art. 262); "mala fama" (art.332); - "acto erótico sexual" (art. 260), etcétera.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS: Muy frecuentemente, la descripción legal contiene conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto referido al motivo o fin de su conducta, estando entonces en presencia de elementos subjetivos del tipo. Sin entrar en consideraciones de orden doctrinario, referentes a si la subjetividad de la conducta del actor queda incluida en el ámbito de la culpabilidad, de la antijuridicidad o de la tipicidad, sólomente diremos que el uso de expresiones en la ley tales como "voluntariamente", "intencionalmente", "maliciosamente", - "deliberadamente", "a sabiendas", "proponiéndose un interés", etcétera, denotan la existencia de situaciones subjetivas situadas en el alma o en la psique del activo.

B) CLASIFICACION DE LOS TIPOS.- Nos encontramos con que existen variadas clasificaciones en torno al tipo y enfocadas desde diferentes puntos de vista, puesto que cada autor que toca el tema elabora su propia clasificación, pero casi siempre basándose en las hechas al respecto por Mezger, Jiménez de Asúa y Jiménez Huerta. Por nuestra parte, procederemos a hacer lo propio, tomando en consideración lo expuesto por dichos autores:

b. 1. TIPOS FUNDAMENTALES O BASICOS: Son los que, por sus elementos integrantes, constituyen la esencia o fundamento de otros tipos legales. Tipo básico, nos dice Porte Petit, es - - aquél que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo. Se toma como ejemplo al delito de homicidio, como delito basico de los delitos contra la -

vida. 68

b. 2. TIPOS ESPECIALES: Son los que se forman con los elementos del tipo básico, a los cuales se les agregan nuevas características, adquiriendo vida propia e independiente, sin subordinación al tipo básico, teniendo como ejemplo de ello al infanticidio.

b. 3. TIPOS COMPLEMENTADOS: Son los que se integran con elementos del tipo básico, a los cuales se suma una circunstancia o peculiaridad distinta, pero sin que se origine un delito autónomo, por ejemplo, el homicidio con cualesquiera de las cuatro agravantes.

Ahora bien, tanto los tipos especiales como los complementados, pueden ser calificados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad. Así, el parricidio constituye un tipo especial agravado por sancionarse más severamente, mientras que el infanticidio se constituye en uno especial privilegiado, por punirse menos enérgicamente que el básico de homicidio. Por otro lado, el privar de la vida a otro con alguna de las agravantes, integra un homicidio calificado, cuyo tipo resulta ser complementado agravado; el homicidio en riña o duelo, pueden clasificarse como complementados o privilegiados. 69

b. 4. TIPOS NORMALES O ANORMALES: Los primeros son aquellos que contienen conceptos puramente objetivos o materiales (la cópula, por ejemplo). Los segundos, describen situaciones que requieren de una valoración cultural o jurídica por el Juezador, es decir, que contienen elementos normativos y subjetivos (por

68. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., pág. 448.

69. Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., p.p. 171 y 172.

ejemplo castidad y honestidad).

b. 5. TIPOS DE DAÑO Y TIPOS DE PELIGRO: Los primeros tutelan el bien jurídico contra su destrucción o disminución (homicidio, fraude, etc.); los segundos, son los referentes a -- cuando la tutela penal protege el bien jurídico contra la posibilidad de ser dañado o lesionado, es decir, lo protege del peligro -- que pueda amenazarlo (disparo de arma de fuego, por ejemplo).

b. 6. TIPOS SIMPLES Y TIPOS COMPLEJOS: Los primeros son aquellos que tutelan un solo bien jurídico, por ejemplo el homicidio o el robo; los segundos son aquellos que protegen simultáneamente dos o más bienes jurídicos, por ejemplo el daño en propiedad ajena señalado en el artículo 397 del Código Penal, puesto que contemporáneamente tutela el patrimonio contra los daños que puedan afectarle, así como también la seguridad pública ante los graves daños que puedan causarle mediante incendio, inundación así como por explosión.

b. 7. TIPOS DE FORMULACION LIBRE Y TIPOS DE FORMULACION CASUISTICA: En los tipos de formulación libre se describe una hipótesis única en donde caben todos los modos de ejecución, -- esto es, que la acción típica se verifica mediante cualquier medio idóneo, dicho de otra manera, el activo puede llegar al mismo resultado por diversas vías, como el privar de la vida en el homicidio. Los tipos de formulación casuística, son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el delito, como en el caso del daño en propiedad ajena contemplado en el artículo 397, o el allanamiento de morada establecido en el artículo 285 del Código Penal.

b. 8. TIPOS ALTERNATIVAMENTE FORMADOS Y ACUMULATIVAMENTE FORMADOS: Los primeros son aquellos por los que se prevenden dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de

ellas, como en el delito de encubrimiento señalado en la fracción-III del artículo 400, misma que señala: "...oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigue". Los tipos acumulativamente formados son aquellos que requieren la concurrencia de todas y cada una de las hipótesis descritas, como en el caso -- del delito de estupro, en donde se señala que la mujer, además de ser menor de dieciocho años, debe ser casta y honesta, por lo que si carece de alguno de estos atributos, no habrá tipicidad. Los primeros se caracterizan por la utilización de la letra "o", mientras que los segundos por la utilización de la letra "y" en la descripción.

2. 2. LA TIPICIDAD.

A este respecto, nos dice Castellanos Tena que la tipicidad es:

"...el encuadramiento de una conducta con la descripción - hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa". 70

Por su parte, Pavón Vasconcelos estima a la tipicidad como:

"...la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa...de tal manera que la tipicidad presupone el hecho tipificado mas la adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal". 71

Por otro lado, Porte Petit señala que:

"...la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo". 72

Por nuestra parte, creemos que la tipicidad consiste en que la actividad o el comportamiento desplegado por el sujeto activo enmarque dentro de la definición de un tipo penal. Así, la tipicidad viene a ser una garantía de libertad, pues ha quedado establecido que no hay delito sin tipicidad, teniendo plena aplicación el principio universal "NULLUM CRIMEN SINE LEGE".

2. 3. LA ATIPICIDAD.

La atipicidad es el elemento negativo de la tipicidad. Si la tipicidad consiste en la adecuación de la conducta -- del activo a la descripción de un tipo penal, la atipicidad consistirá entonces en la falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo legal.

71. Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., pág. 289.

72. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., pág. 471.

Nos dice Pavón Vasconcelos que la ausencia de tipi ci dad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o alguno de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad, es pues, ausencia de adecuación típica. 73

De igual forma, Castellanos Tena expresa que cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad; con tin úa diciendo este autor, que la atipicidad es la ausencia de ade cu ación de la conducta al tipo, aduciendo que si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. 74

Entonces, tenemos que la atipicidad o ausencia de tipicidad, surge cuando existe el tipo, pero la conducta desplegada no se amolda a la descripción de aquél, esto es, cuando no se integra el elemento o elementos del tipo, o dicho de otra forma, la conducta no se adecúa a ninguno de los elementos que el tipo exige, o adecuándose a unos, no encaja en otros.

Un ejemplo de atipicidad sería el caso de tener có p u la con una mujer menor de dieciocho años mediante el engaño, pero no ser la pasivo casta y honesta; o tener có p u la con mujer cas ta y honesta mediante el engaño, pero ser aquella mayor de dieciocho años, etcétera.

73. Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., pág. 290.

74. Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., pág. 174.

2. 3. 1. CAUSAS QUE MOTIVAN LA ATIPICIDAD.

Sobre esta consideración, Porte Petit estima que según sea el contenido del tipo, así será la extensión de la tipicidad, y que para señalar las hipótesis de atipicidad, bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo. De esta suerte, tenemos que habrá atipicidad:

1.- Cuando haya ausencia del elemento material u objeto del injusto.

2.- Cuando falte la calidad en el sujeto activo requerida en el tipo.

3.- Cuando esté ausente la calidad del sujeto pasivo exigida por el tipo.

4.- Cuando falte el objeto jurídico.

5.- Cuando falte el objeto material.

6.- Cuando falte el resultado material.

7.- Cuando estén ausentes las referencias temporales.

8.- Cuando estén ausentes las referencias espaciales.

9.- Cuando estén ausentes las referencias de ocasión.

10.- Cuando no se realice el hecho mediante los medios comisivos específicamente señalados en la ley.

11.- Cuando falten los elementos subjetivos del injusto.

12.- Cuando estén ausentes los elementos normativos del delito. 75

75. Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., pp. 477 y 478.

2. 3. 2. CONSECUENCIAS DE LA ATIPICIDAD.

Son las tres hipótesis que pueden darse como consecuencia de la atipicidad:

A). Se presenta la no integración del tipo, en el caso de que falte alguno de los elementos del tipo, verigracia, en el estupro, cuando la mujer sea mayor de dieciocho años; que no sea casta ni honesta; que no haya engaño. En cualquiera de estos casos no se integra el tipo.

B). Se presenta la traslación de un tipo a otro tipo, es decir, la variación del tipo, como en el caso del parricidio en el que al faltar la relación de parentesco exigida por el tipo, se convierte en un homicidio simple intencional o calificado; y, por último,

C). Surge la existencia de un delito imposible, que se da cuando una conducta no realizará nunca el resultado típico, en virtud de la inidoneidad de los medios empleados por el agente o bien, por faltar el objeto contra el cual va dirigida, por ejemplo en el caso de faltar el objeto jurídico y el delito es imposible, en el acto de disparar sobre un cadáver creyendo que la persona tenía vida, o en el apoderamiento de cosa propia, aún y cuando el activo la hubiese creído ajena; en el caso de faltar el objeto-material, cuando se realizan maniobras abortivas sobre mujer no embarazada o disparar contra una sombra, creyendo que es un hombre.

2. 4. AUSENCIA DE TIPO.

Es preciso destacar que la ausencia de tipo es distinta de la ausencia o falta de tipicidad, ya que, como lo mencionamos con anterioridad, la atipicidad se presenta cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no se adecúa perfectamente a la descripción legal, por estar ausente alguno de los elementos constitutivos del tipo, en tanto que la ausencia de tipo se presenta cuando en la ley no se describe una conducta, que según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos, es decir, que la ausencia de tipo supone la falta de previsión en la ley de una conducta, que según la apreciación popular, tiene características de antijuridicidad.

CAPITULO III. LA NECESIDAD INGENTE DE CAMBIAR EL CONCEPTO JURIDICO DE "COPULA".

3. 1. CONCEPTO DE COPULA

En este punto, vertiremos las opiniones más relevantes al respecto sustentadas por los doctrinarios, y en este sentido, Cuello Calón, al estudiar los elementos del delito de violación, nos dice que como elemento de esta infracción penal está un hecho de yacimiento, y sobre el particular opina:

"Yacer significa tener trato carnal con una persona. Así que yacimiento equivale aquí a unión carnal..." 76

Por su parte, González de la Vega afirma que:

"...por cópula deberá entenderse todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas sin distinción alguna... De esta manera, concluimos, en su aceptación erótica general, la acción de copular comprende los ayuntamientos sexuales normales —de varón a mujer precisamente por la vía vaginal— y a los anormales, sean éstos homosexuales masculinos o sean de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural". 77

Por otro lado, nos dice Carrancá y Trujillo que:

"El coito o cópula stricto sensu se realiza por la introducción del pene en la vagina. Existe la cópula lato sen-

76. Cuello Calón Eugenio. Ob. cit., pág. 586.

77. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., pág. 383.

su cuando la introducción es en el ano o en la boca". 78

De igual forma, el autor italiano Vincenzo Manzini considera que la conjunción sexual es:

"todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo". 79

Igualmente, el autor argentino Sebastián Soler indica que acceso carnal es:

"una enérgica expresión, que significa penetración, y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal". 80

De las estimaciones doctrinarias vertidas anteriormente, se evidencia claramente que todos los autores concuerdan en que el elemento material del delito de violación está constituido por la conjunción carnal, aún y cuando en sus apreciaciones se empleen sinónimos de este concepto, como son el de coito, concubito, cópula, acceso carnal, ayuntamiento carnal, yacer carnalmente, etcétera, conceptos todos que llevan imbuída la idea de penetración intromisión o introducción.

78. Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit., pág. 634.

79. Manzini, Vincenzo. Citado por Celestino Forte Petit Candaudap. O. cit., pág. 17

80. Ibidem.

3. 2. LA COPULA COMO ELEMENTO "SINE QUA NON" DE LOS DELITOS DE VIOLACION Y ESTUPRO.

A lo largo de este trabajo de investigación, encontramos que tanto en uno como en el otro de los delitos mencionados. el elemento material u objetivo en que radica la acción humana típica, consiste en la cópula; pero al realizar el análisis de ambos delitos, nos percatamos que el sentido que la mayoría de los autores dan al concepto en cuestión en el delito de estupro, es diferente al que se le da en el de violación, lo cual resulta una incongruencia, ya que pensamos que no existe una razón lógica para que a un mismo comportamiento típico, consistente en ambos delitos en que el agente "tenga cópula", se le otorgue un sentido y un alcance diverso en el estupro y otro en el delito de violación, pues fácticamente consisten en el mismo fenómeno. Por ello, cuando hicimos el estudio del delito de estupro, y por las razones jurídicas ahí expuestas, concluimos que dicha conducta típica debía tener en el mencionado ilícito, el mismo carácter que se le ha dado en el delito de violación.

3. 2. 1. C R I T I C A.

Sostenemos que es ingente la necesidad de cambiar el concepto jurídico de "cópula", porque por un lado, como ya lo hemos visto, a este concepto le dan los doctrinarios connotacio--

nes diversas cuando se trata del delito de estupro y cuando se trata del delito de violación, situación ésta que podría solucionarse fácilmente, si en el estupro el legislador añadiera la palabra -- "normal", para que no hubiera lugar a polémicas respecto a qué cosa se de cópula es la que exige el tipo, pero creemos que en tanto no se solucione dicho problema, la conjunción sexual a la que se refiere la infracción penal de cuenta, debe ser considerada en el -- sentido que se le da en la violación, sin que esto sea óbice para estimar que la estuprada sigue siendo casta y honesta.

Por otro lado, también nos hemos percatado --situación en la que, admitimos, estamos de acuerdo-- de que todos los -- tratadistas consultados acuerdan de consumo que en el delito de -- violación se halla insita la idea de acceso, penetración, introducción o intronisión como dijimos con antelación, estando todos -- acordados en que lo que se introduce es el miembro viril del sujeto activo, pero son menos los que concuerdan respecto al lugar en donde -- se introduce.

y, como se repite, decimos que es necesario modificar el concepto jurídico que se le da a la cópula, porque partiendo de la propia descripción típica del artículo 265, en la frase -- "Al que...tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo...", no se deja lugar a dudas a que tanto hombres como mujeres pueden -- ser sujetos activos o pasivos de la conducta típica, siendo así mismo lo suficientemente clara, como para admitir discusión alguna -- respecto a que tanto cópulas normales como anormales, quedan comprendidas dentro de la descripción. Pero es precisamente aquí -- donde surgen las más acaloradas discusiones entre los autores, -- pues muchos no logran ponerse de acuerdo sobre si la "fellatio in ore" (introducción del pene en la boca) por ejemplo, se constituye una cópula; y aún más, casi todos concuerdan en negarle a la mujer la posibilidad de ser sujeto activo del delito, pues algunos -- tratadistas la aceptan como tal, pero siempre y cuando el pasivo --

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

sea varón, y todos la rechazan como activo, cuando el pasivo es mu
jer, alegando que en el frotamiento lésbico no existe el típico fe-
nomeno de la introducción.

Por ello creemos necesario que a la unión o ayunta-
miento que presupone la cópula deba otorgársele un sentido más pro-
fundo, más amplio, que el que implica la simple introducción del -
pene en la vagina, o en el ano o en la boca, es decir, que dicha -
unión o ayuntamiento no sólo debe ser considerado desde el punto -
de vista de su acepción gramatical o fisiológica exclusivamente, -
sino con un sentido y un significado más amplio, esto es, desde un
punto de vista jurídico-penal, ya que dada la variedad de conduc-
tas sexuales que pueden ser asumidas por el ser humano, estimamos-
que este acoplamiento puede llevarse a cabo de cualquier modo.

De esta suerte, y para mayor claridad y compren- --
sión de nuestro interés en la mencionada modificación propuesta al
concepto a estudio, externaremos una conceptualización propia de -
lo que a nuestro modo de ver creemos que debe entenderse por cópu-
la normal y anormal, y partiendo de la base de nuestra estimación-
de que la cópula —fisiológicamente hablando— puede ser vaginal, -
anal u oral, y de nuestra aseveración de que, dadas las conductas-
sexuales adoptadas por el ser humano, la unión carnal puede llevar-
se a cabo de cualquier forma, en tal virtud, definiremos a la cópu-
la normal como "la penetración del pene en la vagina", en tanto --
que a la cópula anormal la definiremos como "la introducción del -
pene o cualquier sustituto del mismo, en la vagina, en el ano o en
la boca".

3. 3. VIOLACION ENTRE CONYUGES.

Antes de entrar en materia, creemos necesario de -
jar asentado en forma breve y somera, la evolución que ha sufrido-
la Institución del Matrimonio a través del tiempo, para así poder-
comprender en forma clara el por qué algunos autores niegan que en
el caso a examen exista el delito de violación. Partiendo de la
argumentación hecha en el último punto del Capítulo I de este tra-
bajo, referente al surgimiento de la seguridad y la libertad se-
xual como objetos de la tutela penal, en donde se hizo el análisis
de las diversas etapas por las que el hombre ha atravesado, en pri-
mer lugar diremos que la palabra matrimonio proviene del latín "Ma
trimonium" de la que se desprende "matris", madre y "monium", car-
gas; esto es, que el significado etimológico del matrimonio parece
comprender "las cargas de la madre", lo cual estimamos como cierto
puesto que el matrimonio en función de la maternidad siempre es --
así, pues a la mujer le es onerosa antes del parto, dolorosa en el
parto y gravosa después de éste.

Ahora bien, como ya lo hemos visto, se estima que-
en las sociedades primitivas hubo una primera fase de horda o pro-
miscuidad absoluta, en la cual no había verdadera familia; des --
pués una segunda fase llamada régimen de matriarcado, en la que la
misma evolución de estos grupos familiares, y quizá motivados por-
un incipiente principio de eugenesia, orientaron a los varones de-
estas tribus a buscar mujeres de otros grupos, surgiendo así, como
ya lo vimos, el matrimonio por raptó y el matrimonio por compra.

81. Cfr. Magallón Ibarra, Jorge Mario. El Matrimonio. Primera Edi-
ción. Tipográfica Editora Mexicana, S.A., México 1965, pág. 5.

En la primera de estas formas, es considerado como elemento jurídico el raptó, que daba la posesión real, independientemente del consentimiento femenino; en el segundo, la traditio o entrega de la mujer constituye el elemento jurídico que perfeccionaría el contrato, al cual concurría el consentimiento de los padres, surgiendo así poco a poco las sociedades patriarcales, en las que la mujer va perdiendo gradualmente la valoración social de que gozaba, hasta quedar convertida en un objeto propiedad del varón.

En Roma, el matrimonio era una de las formas en -- que la autoridad paterna se hacía más grande y comprendía a un número considerable de personas, ya que como el fin primordial del matrimonio era la procreación de los hijos, éstos quedaban bajo la potestad del paterfamilias. También en Roma encontramos la "manus", traducida como la potestad del marido sobre la mujer, que -- también podía ser ejercida por el paterfamilias cuando el esposo -- era alieni iuris. Desde entonces, la institución del matrimonio -- y todo lo que ella conlleva, ha venido arrastrando estas concepciones de potestad del hombre sobre la mujer, de las que, en la actualidad, afortunadamente sólo quedan resabios.

Por otro lado, observamos que esta institución se halla siempre, en casi todos los países, en menor o mayor grado, -- vinculada o influenciada por la religión. El criterio del Derecho Canónico en esta materia, se encuentra resumido en la Epístola del Apostol San Pablo a los Efesios: "Hermanos, las casadas están sujetas a sus maridos, como al señor, porque el hombre es cabeza -- de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia que es su cuerpo, del cual El mismo es Salvador. De donde, así como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres lo han de estar a sus maridos -- en todo...". 82

De ahí que vista la influencia que la religión ha ejercido en este campo, las ideas de los hombres se amolden a este criterio, y así tenemos que el mismo Napoleón Bonaparte, tenía la idea de que el matrimonio consistía en la posesión legal en cuerpo y alma de una mujer por un hombre, cuando expresó ante el Consejo de Estado: "La naturaleza ha hecho de nuestras mujeres nuestras es clavas. El marido tiene derecho de decir a su mujer: Señora, no - saldréis. No iréis a la comedia. No veréis tal o cual persona; - es decir, Señora, me perteneceis en cuerpo y alma". 83

Por otro lado, autores como Marcel Planiol estiman que del matrimonio surgen, entre otros, elementos personalísimos - e intrínsecos en las relaciones de los esposos, así como otras con ductas extrínsecas y menos personales entre ellos, y a estas diver sas vinculaciones jurídicas los doctrinarios les han llamado "los-efectos del matrimonio". En efecto, Planiol enumera a tales efectos en las siguientes: "Primero.- Deberes recíprocos, a cargo de - cada uno de los esposos; Segundo.- La subordinación de la mujer al marido, es decir, la potestad o autoridad marital, que recae a la - vez sobre la persona y bienes de la mujer y que implica como conse cuencia, la incapacidad de ésta; Tercero.- Por último, la vida com - ún...". Continúa diciendo este autor que "El matrimonio origina - entre el marido y la mujer obligaciones especiales, que son conse - cuencia de su estado de esposos... Entre estos deberes nacidos del matrimonio, algunos son comunes a los dos esposos, uno es propio - del marido (el deber de protección), otro es propio de la esposa - (el deber de obediencia)... Los deberes comunes a ambos esposos -- son, primero, la cohabitación, indicada en el artículo 214; ense - guida, la fidelidad, la ayuda y la asistencia... La obligación de - cohabitación comprende el débito conyugal, y la negativa injustifi - cada de tener con el cónyuge relaciones sexuales, constituye una -

violación de las obligaciones del matrimonio". 84

De las Exposiciones anteriormente transcritas, se desprende, con meridiana claridad, las respuestas al por qué algunos de los doctrinarios de nuestra materia sostienen la idea de -- que cuando el marido, sirviéndose de la fuerza, obliga a la mujer a tener cópula con él, dicho acto no constituye violación; o en algunos otros, la idea de que sólo habrá violación cuando el marido fuerce a su cónyuge a sostener relaciones sexuales contra natura o peligrosas para la mujer o para la prole.

Tales estimaciones, creemos, provienen de aquella vieja tradición romanista de la potestad marital sobre la mujer a la que ya hemos hecho referencia, tradición que aunada a las concepciones religiosas al respecto, han sido fundamentales para forjar el criterio de los tratadistas, y por ello, también fueron -- plasmadas en la ley para darles carácter de legitimidad, lugar donde actualmente --cuando menos por lo que respecta a México-- -- por fortuna no encontramos ninguna disposición que evidencie que la mujer, a virtud del matrimonio, quede despojada de su libertad individual (y con ella, de su libertad sexual), como así lo afirma categóricamente el autor español Jiménez de Asúa, que la esposa no puede negar al marido el derecho al coito, puesto que éste tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio. 85 .

84. Planiol, Marcel. Ripert, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I, 1. Introducción, Familia y Matrimonio. Editorial Cajica, S.A., Puebla, México, 1983, p.p. 448 y 449.
85. Cfr. Citado por Francisco González de la Vega. Ob. cit., ---- pág. 398.

Y si bien es cierto que el Código Civil vigente en su artículo 277, de forma expresa establece como una obligación la cohabitación ("El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa podrá decretar esa suspensión quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.), tampoco es menos cierto que esta obligación es correlativa para ambos cónyuges, es decir, este derecho-obligación no solamente puede ser exigido a la mujer, sino también al hombre.

Ahora bien, con base al régimen jurídico a que el matrimonio está sujeto y de acuerdo al precepto legal (artículo -- 168 del Código Civil) que ofrece a los cónyuges autoridad y consideraciones iguales dentro del hogar, resulta abominable que la cónyuga se llegue a solicitar de modo ofensivo, y más aún, que sea -- exigida mediante la violencia física o moral en nombre de un derecho, y el que así lo realiza, no hace sino despojar a la persona - de su dignidad humana, convirtiéndola en un instrumento de placer y lesionando su libertad sexual, ya que como acertadamente lo señala Jiménez Huerta, cada copulación matrimonial debe ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito.⁸⁶

Por ello, y con todo el respeto que nos merecen, - no aceptamos la postura de aquellos tratadistas para quienes la cónyuga impuesta por medios violentos dentro del matrimonio es lícita en virtud del ejercicio legítimo de un derecho; porque además de - las argumentaciones anteriormente hechas, si bien este derecho emana de la propia ley y responde a los fines propios del matrimonio, de igual manera, como se repite, también puede ser exigido por la-

86. Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit., pág. 279.

mujer al hombre, además de que coincidimos con Eusebio Gómez en afirmar que la ley no faculta al marido a recurrir a la violencia - para ejercitar su derecho, cuando éste le es negado por la mujer, - pues esta negativa autorizará el divorcio, pero nunca el empleo de la fuerza; amén de que nuestra propia Constitución Política en su artículo 17, establece que ninguna persona podrá hacerse justicia - por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. 87

Por último, y abundando sobre lo anterior, en el - propio Código Civil encontramos una disposición que echa por tierra desde sus cimientos tales afirmaciones doctrinarias, cuando - al establecer las causales de divorcio, dispone en su artículo 267- fracción XVI: "Cometer un cónyuge sobre la persona o los bienes -- del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión".

3. 4. VIOLACION EN PERSONAS DE CONDUCTA DESHONESTA.

Como ya se vió con anterioridad, resultan irrelevantes para el surgimiento de este delito la edad, el sexo, el estado civil o la conducta sexual de la víctima, y por ello, no exis

87. Gómez, Eusebio. Citado por Francisco González de la Vega. Ob. cit., pág. 398.

te problema alguno en torno a si la prostituta puede ser sujeto pa sivo de violación ya que como atinadamente lo expresa Jiménez Huer ta "...la triste condición social de la prostituta no la convierte en un despojo humano carente de libertad...", postura por la cual se inclinan la mayoría de los autores. 88

Esta afirmación la hacemos en virtud de que, sien do el bien jurídico objeto de la tutela penal el concerniente a la libertad sexual y no el pudor, por ello, la violación puede recaer en personas de conducta sexual incorrecta, aún y cuando hayan dado anteriormente su consentimiento para ejecutar la cópula y poste -- riormente se nieguen a ello.

Esto es, que aún y cuando la meretriz haya presta do su cuerpo para la copulación con el que le paga, el consenti -- miento así prestado se circunscribe en todo momento a los términos convenidos, siendo dicho consentimiento revocable en cualquier mo mento, por lo que si ante negativa de la mujer en copula en forma diversa a la convenida o si después de consentir se negare a reali zar la cópula, aquél que la obligue a ejecutarla por medio de la - violencia física o moral, en forma diversa a la pactada o por es - tos medios la constriña a realizarla si se negare a ello, cometerá el delito de violación, pues tal negativa no autoriza a su cliente a utilizar dichos medios para lograr lo convenido, puesto que si - el presunto cliente fue víctima de un engaño, puede proceder con - tra ella por otra vía, pero nunca violentarla para lograr su propó sito.

Ahora bien, en sentido contrario se pronuncia el - autor español Luis Jiménez de Asúa, señalando que la prostituta ca

88. Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit., pág. 280.

rece de honestidad y pudor y que por lo tanto no puede ser víctima del delito a examen, cuando asevera:

"No niego que al atropellar a una meretriz se ha lesionado un bien jurídico que ella posee aunque haya perdido el pudor: la libertad sexual, que es una especie de la libertad (como la personal, la de guardar secretos, etc.); pero...no es ese el bien jurídico que con este delito se lesiona, sino el sentimiento del pudor". 89

No compartimos la opinión de este célebre doctrinario, puesto que ha quedado establecido que el objeto de la tutela penal no es pudor sino precisamente la libertad sexual, que es el derecho personal de determinarnos libremente para copular o para asumir la conducta sexual que elijamos, y si algún problema hay al respecto, únicamente reside en que en la legislación española los delitos contra la seguridad o libertad sexual, impropriamente han sido denominados "delitos contra la honestidad", diciéndonos el autor español Eugenio Cuello Calón que:

"La palabra honestidad aquí empleada es equivalente a pudor, recato, compostura, decencia y moderación en la persona, acciones y palabras". 90

Y como se repite, no aceptamos dicho criterio, por que, adoptando el sostenido por el ya citado Jiménez Huerta, pensamos que el hecho de que una persona llegue a prostituirse, no implica que tenga que renunciar a su derecho de poder aceptar o rechazar las proposiciones que se el hagan, esto es, no pierde su libertad sexual.

89. Jiménez de Asúa, Luis. Citado por Francisco González de la Vega. Ob. cit., pág. 390.
 90. Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., pág. 582.

CAPITULO IV. NECESIDADES JURIDICO-SOCIALES QUE MOTIVAN LA CREACION DE UN ILICITO EQUIPARADO A LA VIOLACION.

Es de todos sabido que nuestra legislación penal - vigente deja, por muchas razones, bastante que desear, y las críticas que últimamente se dirigen contra ella desde los más diversos sectores de la población, están, a nuestro juicio, absolutamente justificadas, pues la política penal de los últimos años se ha caracterizado por una serie de reformas parciales, a veces innecesarias y otras veces desafortunadas, sin tomar en consideración que el ámbito de lo penal forma parte de un contexto social mucho más amplio, sin considerar que el Derecho Penal, como una más de tantas manifestaciones sociales, a la vez que es producto de ese ámbito social, correlativamente tiene como función preservar el orden, la convivencia social de la cual emana.

La tarea del orden jurídico consiste en valorar, - delimitar y proteger eficazmente los intereses reconocidos, debe ser el resultado de un proceso dialéctico, en el que siempre esté en curso de reelaboración, evolucionando a la par que evoluciona la sociedad. Y debe ser así, puesto que los intereses hoy no reconocidos siguen ejerciendo constantemente una presión para obtener mañana el reconocimiento que ayer no consiguieron; los intereses hoy reconocidos sólo parcialmente, se esfuerzan por ampliar el ámbito de su protección; viejos intereses reconocidos en el pretérito, al cambiar las circunstancias, al modificarse las realidades sociales, pierden volumen e intensidad, o pierden título razonable para seguir siendo protegidos; al correr de los días surgen nuevos intereses, aparecen nuevas demandas que presionan al legislador, y suele acontecer con frecuencia, que la solución dada por éste a determinados conflictos, al ser llevada a la práctica, produ-

ce resultados contrarios a los que se querían, o se muestra como ineficaz, lo cual plantea para el legislador el problema de rectificar los criterios antes establecidos.

Por ello, al transformarse las realidades sociales, surge la necesidad de establecer un nuevo orden jurídico social más de acuerdo con las necesidades del presente y con miras a satisfacer las necesidades del futuro.

En tal orden de ideas, es evidente que en gran medida, nuestro Código Penal vigente ya no es capaz de satisfacer las necesidades planteadas, ni de garantizar plenamente la permanencia del orden social actual, pues al menos por lo que se refiere al Título de los llamados Delitos Sexuales, el mencionado Ordenamiento adolece de esa transformación tan necesaria a la que hemos hecho referencia, aparejada a la evolución que en materia sexual ha tenido nuestra sociedad actual, pues del tiempo en que dicho Código fue creado, a la fecha, han pasado más de cincuenta años, lapso demasiado grande, si tomamos en consideración que en los últimos diez años los conceptos, ideas y conductas sexuales han caminado a pasos agigantados, situación que tuvo su origen al surgir la llamada "revolución sexual" de los años sesentas.

Por otro lado, el legislador tampoco ha tomado en consideración que a pesar de todo ese revuelo en lo concerniente a la sexualidad, nuestra sociedad no ha hecho frente a esa situación con valentía, con honradez, despojada de prejuicios vulgares ni con la consciencia de que a través de una información científica adecuada acerca de nuestra sexualidad, se contribuiría en gran medida a la disminución de delitos (como el aborto, la violación, el estupro, incesto, etc.) o de conductas antisociales que llegan a tener trascendencia jurídica (maternidad o paternidad no deseada o a temprana edad, prostitución, divorcio, enfermedades de transmisión sexual, etc.)

El tiempo en que vivimos es el de una sociedad -- bonbardeada de sexualidad, que por otro lado, se enfrenta a una doble moralidad sexual, una para el hombre y otra para la mujer, en donde a uno y a otra se les imponen y asignan caracteres específicos desde que nacen: a la mujer se le atribuyen la pasividad, resignación, abnegación, sumisión, debilidad, fidelidad, etcétera, - en tanto que al hombre se le etiqueta como fuerte, activo, rebelde audaz, valiente, enérgico, inteligente, infiel, agresivo, etcétera.

Ahora bien, estos roles que la sociedad impone al hombre y a la mujer, se contraponen con el fenómeno actual de la - presencia constante del sexo en nuestra vida de relación, sobre todo en las grandes metrópolis como lo es la Ciudad de México, en - donde a través de todos los medios de comunicación masiva como la-televisión, la radio, el video, el cine y la prensa, la publicidad ha encontrado en las actitudes sexuales una de las mejores formas- de atraer la atención del público para lograr sus fines comercia-- les.

De igual forma, a dichos roles de los que se habla se contraponen el gran auge de la pornografía, la que día a día alberga a muchos prosélitos, en virtud de su descarada producción y- venta en forma de películas, fotos, posters, revistas, libros, ob- jetos y artefactos de índole sexual, etc., así como también el au- mento de la prostitución, con su desvergonzado ofrecimiento a cual- quier hora y en cualquier parte de la Ciudad.

Y si bien es cierto que también en la actualidad, - el Estado y algunas instituciones privadas se han esforzado a efec- to de difundir entre la población el conocimiento de la sexualidad, tanto en sus aspectos biológicos como psicológicos y sociocultura- les, a fin de nulificar la información errónea y mitificada que se tiene al respecto, para conseguir con ello que el tema de la sexua- lidad humana pueda tratarse en diálogo franco y abierto, respetuo-

so y responsable, tanto en los medios masivos de comunicación como en el medio familiar, para así contribuir a que entendamos nuestra sexualidad con naturalidad, en plenitud de libertad y de responsabilidad; tampoco deja de ser cierto que a pesar de estos esfuerzos lamentablemente no se ha conseguido un cambio general, ya que aún y cuando en los últimos años se han operado transformaciones en el comportamiento sexual, en ocasiones hasta profundas y radicales, - éstas han sido aisladas y sólo en ciertos estratos socioeconómicos de la población.

Y esta situación se debe a que, no obstante la labor de organismos oficiales y privados a que hemos hecho mención, - para el logro de la educación sexual, la misma no ha sido planeada de manera sistemática, profunda y generalizada, para permitir al individuo enfrentarse a todas esas concepciones mitificantes, re-torcidas e hipócritas que sobre el sexo tiene la moral social actual.

Asimismo, y debido a toda esa explosión de sexualidad en nuestra sociedad de la que ya hablábamos, así como a la ausencia de una educación sexual sistemática y generalizada, la manifestación de los instintos sexuales también ha sufrido diversos -- cambios y conceptualizaciones -- y sin meternos a averiguar si tales conductas referentes a la sexualidad pueden ser denominadas como - sexopatías, sexopatologías o perversiones, o a considerarlas como - sanas, correctas o normales, puesto que para valorar o calificar - una manifestación sexual, se debe confrontar con la moral socio-se xual en que se da -- al respecto únicamente diremos que el hombre - (considerado como género) se ha deshinibido y adoptado diversas -- conductas sexuales, que en un momento determinado y según las concepciones al respecto, podrían parecer aberrantes y antinaturales, prácticas sexuales en las que la mayoría de las veces la satisfacción de la libido se encuentra en el acto sexual mismo, pero que - en otras ocasiones se logra a través de actitudes o actividades di

versas o completamente ajenas a la cópula stricto o lato sensu, es decir, la satisfacción ha sido producida por haberse llevado a cabo una conducta similar al coito, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, en cuanto se realiza con el ánimo de copular, mediante la intromisión de un sustituto del pene en la vagina, en el ano o en la boca; comportamientos fácticos estos, sólo expresivos de un hecho desprovisto de relevancia típica, cuando se realizan en la intimidad y con la anuencia y aceptación por parte de la pareja, pero cuando todo lo anterior se suma al hecho de que por otro lado, el individuo se encuentra con que toda esa sexualidad vertida en su mente es reprimida por el patrón moral que nos rige, se crea el campo propicio para que esos comportamientos sexuales de que hablamos, adquieran relevancia típica por el surgimiento de los atentados contra la libertad o la seguridad sexual, en los que el sujeto activo se solaza con la experiencia de la agresión violenta y sádica ejecutada sobre el cuerpo de la persona que la sufre, cuando dicha conducta es ejecutada sin el consentimiento de la víctima.

Es por ello que planteamos la necesidad de que se cree un ilícito equiparado a la violación, ya que según nuestra -- apreciación, resulta injusto que una conducta en la que para la -- producción del coito se emplean medios artificiales con los que se efectúa la penetración (misma que, como se repite, tanto objetiva como subjetivamente constituye una relación sexual, puesto que se ejecuta con el ánimo de copular), por el solo hecho de que en su ejecución no intervenga el órgano sexual masculino, no se le tenga como una cópula, porque se considere que, si bien existió la penetración, los medios utilizados no entran dentro del concepto de -- miembro viril, que luego permita considerar el acto como un ayuntamiento sexual, requisito indispensable para la existencia de la -- violación.

De ahí que anteriormente también hallamos propues-

to cambiar el concepto jurídico de cópula, precisamente para que a ese tipo de conductas ejecutadas con el propósito de realizar el coito (con un acto similar a éste), cuando se realicen por medios violentos o aprovechándose de las condiciones de indefensión de la víctima, sean consideradas como cópulas y se les sancione como a tales, pues consideramos que la libertad sexual de un ser humano no sólo puede coartarse con la violación o los atentados al pudor, sino con cualquier acto de naturaleza sexual que le sea impuesto por medio de la violencia física o moral, ejecutado en su cuerpo con cualquier sustituto del órgano sexual masculino, por lo que es timamos que tales conductas deben ser sancionadas más severamente, precisamente con las penas de la violación propia, y no como acontece en la práctica, con una pena tan mínima como lo es la de los atentados al pudor, simplemente porque se considera que con ese ac to no se configuró una cópula.

4. 1. SUJETOS DEL ILICITO.

Para hacer el análisis de este punto, tendremos - que hacer referencia necesariamente a los sujetos del delito de -- violación propia, a fin de poder hacer las argumentaciones necesarias que nos permitan determinar con precisión quiénes serían los -- sujetos activo y pasivo en el ilícito equiparado a la violación -- que proponemos, para lo cual creemos indispensable primeramente - ofrecer una conceptualización del tipo de referencia, por lo que -

al respecto estimamos que podría quedar de la siguiente forma:

Art. 265.- "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo...". Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, cuando por medio de la violencia física o moral y con ánimo erótico sexual, se introduzca cualquier objeto en algún vaso idóneo o no para el concubito.

O bien, podría quedar igualmente de la siguiente forma:

Art. 265.- "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo...". Para los efectos de esta disposición, se entiende por cópula el ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyacuación o sin ella, en la que haya habido introducción del órgano sexual masculino, o cuando con ánimo erótico sexual se introduzca algún objeto que haga las veces de aquél, por cualquiera de esas vías.

4. 1. 1. SUJETO ACTIVO.

Sobre este particular, haremos un breve análisis de las opiniones vertidas al respecto por los doctrinarios, y en este sentido, González Blanco afirma que:

"Como la cópula consiste en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir, el hombre. En consecuencia, como la mujer no puede tener cópula, no cabe admitir que pueda desarrollar una conducta que sea susceptible en el precepto 265 del Código Penal". 91

Por su parte, González de la Vega explica que:

"Aún cuando teóricamente es indudable que la mujer puede ser sujeto activo de la violación cuando fuerza o intimida a un hombre para el coito, creemos que en la práctica y en general el varón es el posible sujeto activo del delito, ya que la cópula se caracteriza por típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril —normal o anormal—, — pues sin ésta no se puede con propiedad decir que ha habido copulativa conjunción carnal". 92

Y continúa diciendo este autor que:

"...excluimos de la posibilidad del delito el acto homo sexual femenino —acto de inversión efectuado de mujer a mujer—, porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de introducción sexual...". 93

Por otro lado, Porte Petit manifiesta:

"Por nuestra parte, consideramos que la mujer puede ser sujeto activo de la violación mediante la violencia física, puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo, en virtud

91. González Blanco, Alberto. Ob. cit., pág. 162.

92. González de la Vega, Francisco. Ob. cit., pág. 392.

93. *Ibidem.*, pág. 393.

de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni evitar la maniobra fisiológica sobre él -- realizada". 94

Con un criterio jurídico más amplio, al igual que Porte Petit y siguiendo al insigne Carrara, Jiménez Huerta es uno de los pocos autores que le atribuye a la mujer --al menos-- la posibilidad fáctica de ser "sujeto activo secundario" en el delito a examen, cuando manifiesta que:

"...la frase "tenga cópula" gramatical y conceptualmente tiene una significación mucho más amplia que permite proyectarla tanto sobre el varón como sobre la mujer, -- pues no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser quien accede o penetra...la cópula existe por el solo hecho de que se produzca el acceso o penetración, con toda independencia de quiénes fueron sujeto activo y pasivo del indicado hecho contemplado en su significación penalística...". 95

A su vez, Carrara opina que:

"Generalmente se sostiene que la violencia carnal también es posible por parte de la mujer sobre el hombre; -- pero mal podrá configurarse la violencia carnal consumada por la mujer sobre el hombre, dentro de los términos de la violencia física, y por esto los doctores suponen comunmente esta hipótesis dentro de la violencia moral". 96

Después de analizar los conceptos doctrinarios vertidos con anterioridad, nos percatamos nuevamente de que toda esa discusión referente al hecho de que si la mujer puede o no ser sujeto activo en la violación propia empleando la violencia física o la moral, cuando el pasivo es un hombre, y más aún, cuando la pasi-

94. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., pp. 41 y 42.

95. Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit., p.p. 257 y 258.

96. Carrara, Francesco. Ob. cit., parágrafo 1514, nota 1a., pág. 239.

vo es mujer, dicha discusión, decimos, gira en torno al concepto - que sobre la cópula han establecido los autores, la cual, repetimos, no es considerada desde un punto de vista amplio, sino restringido, puesto que si para la gran mayoría de los tratadistas no - existe obstáculo alguno que les impida aceptar otras vías distintas a la vaginal para que se integre la cópula violenta, resulta sorprendente —pues no encontramos razón lógica alguna— que no acepten otros medios cuando lo que se sustituye es el órgano sexual masculino, como se puede corroborar con lo expresado por Jorge R. Moras en el sentido de que:

"...lo que aquí cuenta es la anomalía del conducto y -- función, que es usado, por el que accede, como sustituto de la vagina y para su propia satisfacción erótica, -- sin que le importe cómo va a reaccionar el sujeto que -- lo soporta". 97

O con lo expuesto por Garona, quien acepta la cópula anormal en la violación, sea aquella anal o bucal, pensando que:

"lo importante es el propósito de realizar el coito o -- un acto similar, afectando la honestidad o libertad de la víctima". 98

O con lo manifestado por Ure, citado por Garona, - en el sentido de que:

"Aunque la boca no sea un órgano sexual ni tenga la actividad erógena de éstos, ha sido reemplazante de los -- mismos por parte del sujeto activo y objeto de una verdadera penetración suscedánea del coito vaginal o anal". 99

97. R. Moras, Jorge. Citado por Marcela Martínez Roaro. Ob. cit., pág. 238.
 98. Garona. Ibidem., pág. 239.
 99. Ure. Ibidem., pág. 242.

Insistiendo sobre lo anterior, y con base en el -- concepto que sobre la cópula propusimos, estimamos en concordancia con los autores antes citados, que lo que en este delito debe considerarse primordialmente, es el ánimo de realizar una forma susceptible o equivalente del coito, sin importar qué se introduce o por donde se introduce (vagina, ano o boca), pues ya sea con una cópula normal o con una anormal, según nosotros opinamos, de cualquier forma se coarta la libertad sexual de un ser humano, si ésta le es impuesta sin su consentimiento y mediante el empleo de la violencia, ya sea física o moral.

Por ello, estimamos como incorrecto el que algunos de los doctrinarios argumenten que sólo teóricamente la mujer puede ser sujeto activo en la violación, cuando ejerce fuerza o intimida a un hombre para el coito, manifestando que en la práctica sólo el varón es posible sujeto activo del delito, en virtud de que la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual y que como sólo puede realizar ésta quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir, el hombre, en consecuencia no admiten la posibilidad de que la mujer pueda desarrollar una conducta subsumible en el tipo a estudio, porque además es necesario un determinado estado emocional y fisiológico en el hombre que permita desarrollar su actividad viril,

También estimamos inapropiada la manifestación hecha en el sentido de negarle absolutamente a la mujer su papel de protagonista activo sobre otra mujer, argumentando que en toda realización de la cópula se requiere de una participación viril, además de que esgrimen que en el frotamiento lésbico no existe propiamente fenómeno copulativo.

Y no estamos de acuerdo, porque si bien es cierto que así planteadas las cosas, en gran parte les asiste la razón a los autores, tampoco deja de ser cierto que, como se repite, vién-

dolas desde otra perspectiva, desde un punto de vista jurídico social, y en virtud de toda esa explosión de sexualidad a la que hicimos referencia en el proemio de este Capítulo, entre dos mujeres no sólo se puede adoptar el frotamiento lésbico como conducta sexual, sino muchas otras que hagan las veces de una cópula, y si a esto aunamos la gran facilidad que existe en el mercado negro para adquirir implementos u objetos que puedan hacer las veces de un órgano sexual masculino, dichos objetos pueden ser utilizados por la mujer para satisfacer sus torpes y desviadas emociones o tendencias, si lo único que le interesa es desahogar su líbido, no importando si el pasivo es hombre o mujer, pues en última instancia existe penetración, y si ésta se impone mediante el empleo de la violencia, se agrade la libertad sexual, y aquélla se realiza —lo más importante— con el ánimo de copular, tanto objetiva como subjetivamente.

Otra hipótesis en la que la mujer también puede ser considerada como sujeto activo del delito a estudio, es la misma a que se refiere nuestro Máximo Tribunal de Justicia, el que en la siguiente tesis jurisprudencial ha dejado establecido lo siguiente:

"VIOLACION TUMULTUARIA, MUJER SUJETO ACTIVO EN LA, COMO COPARTICIPE.- Tratándose de la violación tumultuaria, - si bien es evidente que en el caso de una mujer no es posible que como sujeto activo realice la conducta núcleo del tipo, también es claro que ello no es óbice para que se le tenga como responsable del delito citado - en los términos de la fracción III del artículo 13 del Código Penal, si auxilió a su coacusado desnudando y violentando a la ofendida para que aquél pudiera copular con la misma, participación prevista en el precepto antes mencionado; y si bien es cierto que el artículo 266 bis del propio Código, que prevé la pena agravada por la violación tumultuaria o cometida por otros dos o más sujetos, señala que la intervención de éstos debe ser directa o inmediata, asimismo es verdad que ello no significa que la intervención de la pluralidad de sujetos activos deba ser como autores materiales, es decir, que todos realicen el núcleo del tipo, sino que quiere de-

cir que su concurso sea simultáneo al momento de la cópula, esto es, interviniendo en su ejecución, prestando una ayuda material e inmediata durante la violación, pudiéndose dar en otros casos, entre los que intervienen en los hechos, una violación sucesiva, esto es, que tengan cópula uno tras otro con la ofendida". 100

Por supuesto, pensamos que tampoco deberá existir obstáculo alguno para considerar como sujeto activo del delito de violación propia, al hombre, cuando empleando como sustituto de su pene cualquier artefacto que haga las veces del mismo, y por medio de la violencia física o moral, realice la cópula con cualquier -- persona.

Por otro lado,, y por lo que respecta a las hipótesis contenidas en el artículo 266 del Ordenamiento Punitivo, estimamos que también deberá considerarse como sujeto activo a la mujer, y de igual forma al hombre, cuando introduzcan cualquier objeto en un vaso idóneo o no para el concubito, a una persona menor de doce años o en un sujeto que se halle imposibilitado por cualquier causa para autodeterminarse voluntariamente en sus relaciones sexuales, por no disponer el pasivo de las facultades provenientes del conocimiento, por un estado de enajenación mental que le anule la consciencia o la voluntad, por insuficiencia de sus facultades volitivas o por defectos congénitos o adquiridos; o bien, en persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de resistir la conducta delictuosa, como en los casos en que la capacidad de la víctima para asimilar los estímulos y para actuar en armonía

100. Amparo Directo 2532/81. Seminario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 151 y 156. Segunda Parte. Julio-Diciembre 1981. Primera Sala. Pág. 104. Salvador Castro Zavaleta. Sesenta y Cinco Años de Jurisprudencia Mexicana. 1917 a 1981. Per Se Editorial. México 1986, pág. 160. Tesis 274.

con ellos, se encuentra anulada por su estado de inconsciencia, -- producida ésta por causas accidentales o producidas por el actuar doloso del activo, como en los casos del sueño, el sonambulismo, -- algunos estados patológicos que produzcan desvanecimientos o desmayos, o en el caso de las enfermedades o imposibilidades físicas, -- como una parálisis, debilidad extrema, anemia aguda, decrepitud física, además de lesiones o mutilaciones que dejen incapacidad física, o por encontrarse la víctima atada, etcétera, o por causas imputables al agente, como podría ser en los estados de inconsciencia provocados por narcóticos, anestésicos, bebidas alcohólicas, -- etcétera.

En todos estos casos, se repite, la mujer debe ser considerada como sujeto activo del delito, por ser ella quien realiza la conducta típica, pero también se estimará como agente activo a la mujer, cuando tenga cópula con un varón menor de doce años, aún y cuando éste sea quien realice la introducción peneana en la mujer.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Estimamos que en el delito de atentados al pudor, - sí cabe la existencia de la tentativa punible, pues la propia cotidianidad de la vida diaria, nos permite desprender la posibilidad real y jurídica de ejecución de actos unívocos encaminados directa e inmediatamente a la realización de maniobras lúbricas, esto es, cuando el proceso de ejecución esté integrado por varios actos tendientes a la realización del delito.

SEGUNDA.- Por lo que respecta al delito de estupro, creemos necesario que se considere que la cópula que se ejecuta en este delito pueda ser igualmente la normal o la anormal, y por supuesto, - mejor aún, que se estimara como cópula el concepto que al respecto propusimos, es decir, la introducción del pene o cualquier sustituto del mismo en la vagina, en el ano o en la boca, sin que ello -- quiera decir que la aceptación que de estos actos en su cuerpo haga la pasivo, sea un obstáculo para seguirla considerando como casta y honesta, ya que como se repite, creemos que dichos atributos se exigen a la víctima sobre su vida anterior al delito y no en el momento en que se cometió, qmén de que la ofendida puede aceptar dichos actos simplemente por desconocimiento, por debilidad o por engaño, puesto que en caso contrario, se llegaría al absurdo de -- que la sola aceptación de la cópula, aún la normal, obtenida mediante engaño, por sí misma evidenciaría la falta de castidad y honestidad en la mujer, y bajo esas condiciones, nunca se llegaría a integrar el delito de estupro.

T E R C E R A.- Los conceptos de castidad y honestidad encierran - un contenido de carácter eminentemente ético-social, y de esta suerte, la castidad es simple y llanamente la abstención de relaciones sexuales ilegítimas, en tanto que el concepto de honestidad no es sólo la abstinencia corporal de contactos sexuales, sino también - es la correcta actitud moral y material en la esfera de lo sexual, de donde se desprende que este último concepto en sí mismo encierra a la castidad, por lo que desde este punto de vista, podrá haber mujeres castas sin ser honestas, pero no mujeres honestas sin ser castas. Por otro lado, tales elementos normativos no deberán ser valorados de forma estricta por el legislador, sino atendiendo a las circunstancias de la época, la cultura, el medio social y el lugar donde se cometió el delito.

C U A R T A.- No estamos de acuerdo con la exigencia de la ley respecto a que el estupro deberá cometerse mediante el engaño, en virtud de que si la propia ley ha fijado una edad máxima y presume -- una mínima para considerar a la mujer como sujeto pasivo del delito, (siendo casta y honesta), creemos que simultáneamente está presumiendo que no tiene la capacidad suficiente para actuar libremente en la esfera de lo sexual; de esta suerte, creemos que la exigencia de tal medio comisivo va contra el espíritu de la propia -- ley, pues si una mujer casta y honesta menor de dieciocho años y mayor de doce, da su consentimiento para la cópula sin que medie - el engaño, resulta que ella no es sujeto pasivo del estupro por la no concurrencia de dicho medio, y así, se le niega la tutela penal a quien más la necesita.

Q U I N T A.- Por lo que hace al delito de violación propia, creemos un tanto exagerada la opinión de los doctrinarios, que siguen

do al insigne Carrara, estiman que los actos violentos ejecutados materialmente en el cuerpo del pasivo, deben ser suficientes como para vencer la oposición de la víctima, y simultáneamente, la resistencia de esta última debe ser seria y constante, es decir, no fingida para simular honestidad, sino expresando una voluntad decididamente contraria y sostenida hasta el último momento y no simplemente comenzada al principio para después abandonarla, aceptando el goce mutuo (91); porque pensamos que no es necesario que la fuerza material aplicada al cuerpo del pasivo deba ser tal, que anule por completo su dignidad, sino que deberá bastar con que tal fuerza física sea suficiente para vencer la voluntad de la víctima, ante el convencimiento de ésta de lo inútil de su resistencia, con vencimiento producido por el miedo ante la aborrecible agresión, por el temor a sufrir mayores daños o bien por estar agotado el ofendido y carecer ya de energías para continuar repeliendo la agresión, por lo que en ningún caso deberá concluirse que la víctima voluntariamente cedió a su resistencia, sino que su voluntad contaría llegó al último extremo y que sucumbió ante la fuerza superior del agente.

S E X T A.- Por lo que respecta a la violación impropia, si bien es cierto que al realizar el análisis correspondiente, diferimos de la respetable opinión vertida por el insigne autor Francisco González de la Vega, respecto a que esta infracción penal se constituye en un delito especial y autónomo de la violación propia, manifestando nosotros que de la misma descripción típica se desprende claramente que sólo se trata de una específica forma de ejecución y de manifestación típica del delito de violación propia; tampoco deja de ser cierto que del mismo análisis, también se pone de

91. Cfr. Citado por González de la Vega, Franciso. Ob. cit., pág. 392.

manifiesto que en los casos en que el pasivo, por cualquier causa se halle imposibilitado para determinarse voluntariamente en sus relaciones sexuales, el bien jurídico protegido lo será la seguridad sexual, ya que aún y cuando la víctima preste su consentimiento para la cópula, la voluntad dada en tales circunstancias carece de valor para investir de licitud a la conjunción carnal, en virtud de ser un consentimiento inválido por provenir de personas que no están en posibilidad de querer y entender, en posibilidad de comprender el significado y alcance de una relación sexual. Ahora bien, tratándose de los casos en que el sujeto pasivo no pueda resistir la conducta delictuosa y no se encuentre privado de los sentidos, el objeto de la tutela penal lo será la libertad sexual, puesto que el enfermo o imposibilitado se da perfectamente cuenta del atentado sexual que en su cuerpo y contra su voluntad se realiza, pero no puede reaccionar por la imposibilidad de defensa derivada del estado físico en que se encuentra.

S E P T I M A.- Por lo que hace al concepto de cópula, término respecto del cual estimamos que gira todo este trabajo de investigación, en todo momento sostenemos la ingente necesidad de variar dicha conceptualización, quedando firme la idea de penetración, intrusión o introducción inherente a ella, pero cambiando la idea de qué y dónde se introduce, y para ello proponemos un diverso concepto, más acorde a la realidad sociojurídica que vivimos, quedando dicho concepto de la siguiente manera: "COPULA NORMAL O STRICTO -- SENSU: ES LA PENETRACION DEL PENE EN LA VAGINA". "COPULA ANORMAL O LATO SENSU: ES LA INTRODUCCION DEL PENE O DE CUALQUIER SUSTITUTO DEL MISMO EN LA VAGINA, EN EL ANO O EN LA BOCA".

O C T A V A.- Atendiendo a las argumentaciones hechas valer en el

punto respectivo, creemos que en todo caso en que el marido ejerza fuerza sobre su cónyuge, empleando la violencia física o moral, a fin de tener relaciones sexuales, se repite, en todo caso existirá el delito de violación, ya que ninguna ley establece que a virtud del matrimonio la mujer queda despojada de su libertad individual, y con ella, de su libertad sexual, y quienes afirman lo contrario, lo hacen motivados por los resabios de las ideas romanistas que todavía hace poco imperaban, ya que en nuestro sistema jurídico vigente se establece la igualdad entre los sexos ante la ley, otorgándole a ambos cónyuges igualdad de deberes y prerrogativas en el hogar, por lo que cada copulación matrimonial debe ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito, más nunca exigida por la fuerza, pues si bien es cierto que la cohabitación es una obligación y un derecho derivado del matrimonio, su incumplimiento no autoriza usar la fuerza para obtenerlo, ya que la propia Constitución General de la República, en su artículo 17, establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

NOVENA.- Tampoco deberá quedar impune la cópula impuesta por medio de la violencia, ya sea ésta física o moral, a cualquier persona de conducta deshonesta, específicamente a las personas que se dedican a ejercer la prostitución, puesto que el bien jurídico tutelado por este ilícito, lo es precisamente la libertad sexual, -- que es el derecho personal para autodeterminarse libremente para copular con quien se desee o para asumir la conducta sexual que se elija, y el hecho de que una persona se prostituya, no implica la renuncia a su derecho de poder aceptar o rechazar las proposiciones eróticas que se le hagan.

DECIMA.- Al iniciar el análisis del último Capítulo de este -

trabajo de investigación, mencionamos que nuestra legislación penal vigente poco a poco ha ido perdiendo —al menos por lo que respecta al Título de los llamados Delitos Sexuales— la capacidad de satisfacer las necesidades jurídico-sociales planteadas, así como la de garantizar plenamente la permanencia del orden social actual, en virtud de que no ha evolucionado a la par que evoluciona el entorno social, pues al menos en materia sexual, nuestro Código adolece de la mencionada transformación, que debió ir aparejada a la evolución que a ese respecto ha sufrido nuestra sociedad, pues en los últimos diez años, los conceptos, ideas y conductas sexuales han dado pasos agigantados, en tanto que el mencionado Ordenamiento, salvo algunas excepciones, no evolucionó paralelamente; por ello, se planteó la necesidad de establecer un nuevo orden jurídico social más de acuerdo con las necesidades del presente y con miras a satisfacer las necesidades del futuro, pues como ahí lo referimos, la tarea del orden jurídico consiste en valorar, delimitar y proteger los intereses ya reconocidos, debe ser el resultado de un proceso dialéctico que siempre esté en curso de reelaboración.

DECIMO PRIMERA.— El legislador tampoco ha tomado en cuenta que vivimos en una sociedad literalmente bombardeada de sexualidad, con la presencia constante del sexo a través de todos los medios de comunicación como la televisión, la radio, la video, el cine y la prensa, en los que la publicidad ha manipulado y utilizado las actitudes sexuales, como una de las mejores armas para atraer la atención del público para lograr sus fines comerciales, así como tampoco ha tomado en consideración el gran auge de la pornografía y de la prostitución, y que no obstante todo ese revuelo en torno a lo sexual, nuestra sociedad no ha hecho frente a dicha situación valientemente, despojada de prejuicios, ni consciente de que sólo a través de una información científica adecuada sobre nuestra sexualidad, se coadyuvaría a la disminución de delitos o de --

conductas antisociales que llegan a tener trascendencia jurídica.

DECIMO SEGUNDA.- Debido a la ya referida explosión de sexualidad, aunada a la ausencia de una educación sexual sistemática y generalizada, la manifestación de los instintos sexuales también ha sufrido diversos cambios y conceptualizaciones, en donde el ser humano se ha deshinibido y adoptado diversas conductas sexuales, que según desde el punto de vista que se les mire, podían parecer aberrantes y antinaturales, prácticas estas en las que la mayoría de las veces la satisfacción se logra en el acto sexual -- mismo, pero que en otras ocasiones se obtiene a través de actitudes diversas o completamente ajenas a la cópula (tal y como actualmente se le conceptualiza), llevándose a cabo una conducta similar al coito, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, en cuanto se realiza con el ánimo de copular, mediante la introducción de un sustituto del pene en la vagina, el ano o la boca; haciéndose notar que dichas conductas están desprovistas de relevancia típica, pero que cuando son obtenidas por medio de la violencia tanto física como moral, entonces resulta injusto que una conducta en la que para la producción del coito se emplearon medios artificiales con los que se efectuó la penetración, por el solo hecho de que en su ejecución no intervenga el órgano sexual masculino, se repite, resulta injusto y además absurdo que a tal conducta no se le tenga como cópula, porque se considere que si bien existió la penetración, los medios utilizados no entran dentro del concepto de miembro viril, que permita considerar al acto como un ayuntamiento sexual, por lo que estimamos que tales conductas deben ser sancionadas más severamente, esto es, con las mismas penas de la violación propia, y no como acontece en la realidad, con una pena tan mínima como lo es la de los atentados al pudor, puesto que la libertad sexual de un ser humano también resulta lesionada cuando se ejecutan en su cuerpo actos de esta naturaleza por medio de la violencia, -

aún y cuando se considere que con esa conducta no se constituyó -- una cópula.

DECIMO TERCERA.- En el punto correspondiente, propusimos dos conceptualizaciones acerca de cómo podría quedar tipificado este pretendido ilícito equiparado a la violación, mismos conceptos que son los siguientes:

Art. 265.- "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo...". PARA LOS EFECTOS DE ESTA DISPOSICION, SE ENTIENDE POR COPULA EL AYUNTAMIENTO O CONJUNCION CARNAL, NORMAL O ANORMAL, CON EYACULACION O SIN ELLA, - EN LA QUE HAYA HABIDO INTRODUCCION DEL ORGANOS SEXUAL MASCULINO, O CUANDO CON ANIMO EROTICO SEXUAL SE INTRODUZCA ALGUN OBJETO QUE HAGA LAS VECES DE AQUEL, POR CUALQUIERA DE ESAS VIAS.

O bien, podría quedar de la siguiente manera:

Art. 265.- "Al que por medio de la violencia física o moral tenga copula con una persona sea cual fuere su sexo...". SE EQUIPARA A LA VIOLACION Y SE SANCIONARA CON LAS MISMAS PENAS, CUANDO POR MEDIO DE LA VIOLENCIA FISICA O MORAL Y CON ANIMO EROTICO SEXUAL, SE INTRODUZCA CUALQUIER OBJETO EN ALGUN VASO IDONEO O NO PARA EL CONCUBITO.

DECIMO CUARTA.- Por lo que respecta a la persona que pudiera desempeñar el papel de protagonista activo, al ejecutar estas conductas que deben ser consideradas como un delito equiparado a la violación, estimamos que la tendencia que existe entre los autores de negarle a la mujer la posibilidad de ser sujeto activo en la violación propia e impropia, deriva primordialmente, como así lo dejamos establecido, del concepto que sobre la cópula rige actualmente, la que no es considerada desde un punto de vista amplio,

sino restringido, lo cual resulta una incongruencia, puesto que si para la gran mayoría de los doctrinarios no existe obstáculo alguno que les impida aceptar otras vías distintas de la vaginal para que se integra la cópula violenta, resulta sorprendente que no - - acepten otros medios, cuando lo que se sustituye es el órgano sexual masculino, pues lo que en este delito debe considerarse primordialmente, es el propósito de realizar el coito o una forma suscedánea o equivalente de éste, como lo dijimos con antelación, sin importar qué se introduce ni por dónde se introduce, ya que de una u otra forma, esto es, con una cópula normal o anormal, de cualquier manera se coarta la libertad sexual de un ser humano, si dicha copulación le es impuesta sin su consentimiento y empleando la violencia, ya sea física o moral.

DECIMO QUINTA.- De tal suerte, existe la posibilidad -- fáctica para la mujer de poder figurar como agente del delito en la violación (en el supuesto de que se aceptara nuestra propuesta) siendo pasivo un hombre o una mujer, en virtud de que si la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción, entonces la mujer puede realmente ejecutar ésta, cuando, con ánimo erótico-sexual y mediante la violencia, utilice cualquier objeto o algún miembro de su cuerpo para realizar dicha introducción, y no sólo - - mente como lo visualizan los tratadistas más escépticos, que la mujer no puede tener cópula porque no tiene un órgano capaz de ser - - introducido o que entre mujeres únicamente se puede dar el frotamiento lésbico; o como lo estiman los autores más liberales, que la mujer sólo puede ser "activo secundario" cuando el pasivo sea un hombre, y sólo mediante la violencia física, en virtud de la cual pueda vencer los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano sexual masculino, existiendo entonces la cópula al producirse la penetración o acceso, independientemente de quien haya penetrado.

DECIMO SEXTA.- Bajo esta perspectiva, desde luego que -- aceptamos sin reservas el hecho de que en la violación impropia, - es decir, en las hipótesis contenidas en el precepto 266 del Ordenamiento Punitivo, tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos, cuando introduzcan el pene o cualquier sustituto del mismo, en un vaso idóneo o no para el concubito, a una persona menor de doce años, en un sujeto que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, o en un individuo que también por cualquier causa, no pueda - resistir la conducta delictuosa.

DECIMO SEPTIMA.- Por último, en virtud de que como todos sabemos, la gran mayoría de los atentados contra la libertad - sexual en nuestra gran Ciudad, son ejecutados sobre personas del - sexo femenino, proponemos que se tome en consideración la posibilidad de crear una o, de ser posible, varias Agencias Investigadoras del Ministerio Público, diseminadas adecuadamente en los cuatro -- puntos cardinales de la Capital, para el efecto de que el conocimiento de estas agresiones sea hecho también por personas del sexo femenino, adecuadamente capacitadas y adiestradas para atender y - entender a este tipo de víctimas, integradas en un grupo interdisciplinario compuesto por abogadas, doctoras, trabajadoras sociales, psiquiatras, psicólogas, e incluso, que el personal de la Policía Judicial así como de la Policía Preventiva fuesen mujeres, en atención a las siguientes consideraciones:

- - -A) La víctima se sentiría menos avergonzada de ir a denunciar los hechos, sabiendo que quien la va a atender y ayudar es una persona de su propio sexo, que entendería en toda su magnitud la problemática, y no como acontece en la realidad actual, de que por el temor de saber que al acudir a poner en conocimiento de la autori-

dad los hechos de que fue víctima, va a ser atendida por varones - (en la mayoría de los casos), se abstiene de dar a conocer el delito, puesto que sabe que se va a enfrentar al hecho de tener que narrar una y otra vez su terrible experiencia, empezando por el policía de imaginaria que atiende la barandilla, después los agentes - de la Policía Judicial, para posteriormente pasar ante el médico - legista, y por último, ante el personal investigador del Ministerio Público, todos ellos varones, ante quienes tiene que pasar el oprobio de narrar todos y cada uno de los detalles de la experiencia, servidores públicos que como también sabemos, muchas veces carecen, ya no digamos de la preparación adecuada para el manejo de estas personas, sino del más mínimo tacto, de la más mínima caballerosidad para abstenerse de hacer observaciones obscenas o indecorosas, o de comentarios y preguntas poco adecuadas que ofenden - la dignidad y el pudor de la pasivo.

- - -B) De igual forma, por la misma capacitación y adiestramiento con que contaría dicho personal femenino, pudiera ser que se percataran con facilidad cuándo la denunciante estaría mintiendo o inventando los acontecimientos para perjudicar a una persona por un fin bastardo, lo que obviamente ayudaría a ser más pronta y expedita la impartición de justicia.

- - -C) Por ser mujeres las empleadas integrantes del personal de tales Agencias Investigadoras, la pasivo se sentiría más confiada - para poder narrar con todo lujo de detalles la agresión sufrida, y sabiéndose comprendida y apoyada, su versión dada bajo esas circunstancias aportaría elementos importantes que permitirían evidenciar con más claridad y rapidez la presunta responsabilidad del agente, cosa que no sucede en la actualidad, puesto que, como se repite, - por la vergüenza de encontrarse frente a un hombre y estarle comentando ese evento tan denigrante y oprobioso, en muchas de las veces la víctima omite detalles muy importantes en su declaración.

- - -D) De igual forma, el personal del servicio médico forense deberá ser también del sexo femenino, ya que uno de los factores que inciden en que las pasivos de este delito se abstengan de denunciar los hechos, es que saben que después del terrible suceso que han padecido, se van a enfrentar a un víacrucis en el que serán interrogadas sin la más mínima delicadeza ni consideración, en donde al parecer ella es la victimaria y no la víctima, y aún más, que tendrán que mostrar sus órganos genitales agredidos a un sujeto -- que para variar es hombre y de quien dependerá el diagnóstico sobre si existió o no la cópula.

- - -E) Debido al traumatismo tanto físico como emocional sufrido por la víctima de esos atentados, es necesario que inmediatamente que acuda a denunciar los hechos, le sea proporcionada la ayuda -- profesional necesaria tendiente a la superación de dicho impacto emocional, y para ello será necesaria la intervención de la psicóloga y la trabajadora social, a fin de valorizar el grado en que -- el evento tuvo repercusión en la psique y el organismo de la pasivo, así como las repercusiones familiares, sociales y laborales -- que ésta podría tener, dando desde luego intervención a la médico y a la psiquiatra, quienes ayudarán profesionalmente a la agraviada en el momento, y de ser necesario, aún con posterioridad.

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

- 1.- ARIZMENDI CARDONA, ENRIQUE. APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL. SEGUNDA EDICION. CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. MEXICO 1976.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. CARRANCA Y RIVAS RAUL. CODIGO PENAL ANOTADO. DECIMA SEGUNDA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1986.
- 3.- CARRARA, FRANCESCO. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. PARTE ESPECIAL. VOLUMEN II. TERCERA EDICION. EDITORIAL TEMIS, BOGOTA 1973.
- 4.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. VIGESIMO TERCERA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1986.
- 5.- CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL, TOMO II, PARTE ESPECIAL, VOLUMEN SEGUNDO. DECIMO CUARTA EDICION. BOSCH CASA EDITORIAL, S.A. BARCELONA, ESPAÑA 1975.
- 6.- DE P. MORENO ANTONIO. CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE ESPECIAL. EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1968.
- 7.- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. CUARTA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1979.
- 8.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO. DECIMO OCTAVA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1982.
- 9.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. LA LEY Y EL DELITO. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. EDITORIAL HERMES, S.A., MEXICO 1986.

- 10.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. TERCERA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1978.
- 11.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. TOMO I. INTRODUCCION A LAS FIGURAS TIPICAS. QUINTA EDICION. EDITORIAL PORRUA S.A., MEXICO 1985.
- 12.- MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO. EL MATRIMONIO. PRIMERA EDICION. TIPOGRAFICA EDITORA MEXICANA, S.A., MEXICO 1965.
- 13.- MARTINEZ ROARO, MARCELA. DELITOS SEXUALES. TERCERA EDICION. - EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1985.
- 14.- MEZGER, EDMUND. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR, MEXICO 1985.
- 15.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. SEPTIMA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1985.
- 16.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL. SEPTIMA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1985.
- 17.- PEREZ, LUIS CARLOS. TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO IV. EDITORIAL TEMIS, BOGOTA 1971.
- 18.- PLANIO, MARCEL. RIPERT, GEORGES. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL. TOMO I.1. INTRODUCCION, FAMILIA Y MATRIMONIO. EDITORIAL CAJICA, S.A., PUEBLA, MEXICO 1983.
- 19.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE ESTUPRO. CUARTA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO-1982.

- 20.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL -
DELITO DE VIOLACION. EDITORIAL JURIDICA MEXICANA, MEXICO 1966.
- 21.- SOLER, SEBASTIAN. DERECHO PENAL ARGENTINO, TOMO III. EDITORIAL
ARGENTINA, BUENOS AIRES 1970.
- 22.- SESENTA Y CINCO AÑOS DE JURISPRUDENCIA MEXICANA. 1917 a 1981.
PER SE EDITORIAL, MEXICO 1986.
- 23.- DICCIONARIO DE DERECHO. DE PINA VARA, RAFAEL. EDITORIAL PORRU
A, S.A., MEXICO 1986.
- 24.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DE
CIMO NOVENA EDICION. EDITORIAL ESPASA CALPE, S.A., MADRID 1970.
- 25.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. EDITORIAL EDICIONES AN
DRADE, S.A., MEXICO 1986.
- 26.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. ACTUALIZADO, CONCORDA-
DO Y CON JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA. GABRIEL LEYVA Y LISANDRO CRUZ
PONCE. MIGUEL ANGEL PORRUA, S.A., LIBRERO EDITOR, MEXICO 1986.