

360



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

288347

LA IMPERIOSA NECESIDAD DE REFORMAR EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL FEDERAL DEL DISTRITO FEDERAL, POR CUANTO HACE AL CONCEPTO COPULA.

Anotar el nombre del trabajo

TESIS

Anotar la opción de titulación

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

Anotar el título

PRESENTA

KAREN SANTIAGO CASTAÑEDA

Nombre del sustentante

Asesor: LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA

MEXICO, D.F. A 21 DE NOVIEMBRE DE 2001

Fecha: Mes y año



2001



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.

A MIS PADRES

CARLOS SANTIAGO MARTINEZ, Por que gracias a tu apoyo, cariño, comprensión, ejemplo, sacrificios por darme lo mejor he logrado alcanzar otra meta más en la vida, la cual la comparto contigo porque tú formas parte de ella. Te agradezco todo lo que has hecho por mi y sobre todo por darme la vida y ser MI PADRE.

ROSARIO CASTAÑEDA BRIONES, Porque este éxito y logro es también tuyo, ya que logre alcanzarlo gracias a tus consejos y apoyo, y sobre todo el tenderme tu mano y corazón en los peores momentos de mi vida gracias por ser MI MADRE.

A MIS HERMANOS:

CARLOS SANTIAGO CASTAÑEDA, este es un ejemplo para que te des cuenta que cuando se quiere lograr algo se puede, sólo es cuestión de que tú lo quieras, espero que lo consideres y te sirva como muestra para que termines lo que ya empezaste. No te olvides que siempre estaré cuando me necesites y te agradezco tu apoyo y ánimos que siempre me das para alcanzar lo que quiero.

DENY SANTIAGO CASTAÑEDA, espero que esto te sirva de ejemplo para que termines con éxito la carrera que has iniciado, sigue como vas con ese ahínco y aprovecha la oportunidad que te dan mis padres de superarte, recuerda que en la vida nada es fácil, y no se te olvide que cuentas conmigo en todo lo que necesites, agradeciendo de antemano tu apoyo que me has brindado.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MÉXICO**

Muy especial a la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Campus Acatlan, por haberme dado la oportunidad de ser parte de ella, por haber compartido conmigo sus conocimientos y por haber hecho de mi una buena profesionista, Gracias.

A MI ASESOR:

Al Lic. José Dibray García Cabrera por sus grandes conocimientos y apoyo académico para realizar el presente trabajo.

AL JURADO:

Con todo mi respeto y agradecimiento a cada uno de ellos.

CAPITULO I. EL DERECHO PENAL.

1.1 DEFINICION.	1
1.2 RASGOS DEL DERECHO PENAL.	4
1.3 DESTINATARIOS DEL DERECHO PENAL.	7
1.4 EL DERECHO PENAL Y OTRAS DISCIPLINAS JURIDICAS.	9

CAPITULO II. EL DELITO.

II.1 NOCIONES.	14
II.2 ELEMENTOS ESTRUCTURALES.	17
II.2.1 CONDUCTA.	17
II.2.2 TIPICIDAD.	20
II.2.3 ANTIJURIDICIDAD.	25
II.2.4 IMPUTABILIDAD.	28
II.2.5 CULPABILIDAD.	31
II.2.6 PUNIBILIDAD.	36
II.3 ASPECTOS NEGATIVOS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.	37
II.3.1 AUSENCIA DE CONDUCTA.	37
II.3.2 ATIPICIDAD.	40
II.3.3 CAUSAS DE JUSTIFICACION.	44
II.3.4 INIMPUTABILIDAD.	46
II.3.5 INCULPABILIDAD.	49
II.3.6 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	50

CAPITULO III. EL DELITO DE VIOLACION.

III.1 CONCEPTOS.	56
------------------	----

III.2 EVOLUCION HISTORICA.	62
III.3 DEFINICION LEGAL.	73
III.4 ESTUDIO DOGMATICO.	76
CAPITULO IV. EL DELITO DE ABUSO SEXUAL.	
IV.1 CONCEPTOS.	83
IV.2 BREVE RESENA HISTORICA UNIVERSAL DEL DELITO	91
IV.3 DEFINICION LEGAL.	93
IV.4 ELEMENTOS DEL DELITO.	101
CAPITULO V. EL DELITO DE ESTUPRO.	
V.1 CONCEPTOS.	116
V.2 DEFINICION LEGAL.	124
V.3 ELEMENTOS DEL DELITO.	135
V.4 ANALISIS PERSONAL.	136
CONCLUSIONES.	
	159
BIBLIOGRAFIA.	
	161

CAPITULO I

EL DERECHO PENAL

I.1 DEFINICION

No existe rama del Derecho de mayor trascendencia - que la penal, los bienes jurídicos sometidos a la protección del derecho penal son los más preciados por el hombre y son: la libertad, la dignidad, el honor, y la integridad, fundamentalmente.

Podemos hablar del Derecho penal subjetivo y objetivo, el derecho penal subjetivo es el derecho de castigar, - el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos actos o hechos con penas, el objetivo es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de Seguridad.

Para Luis Jiménez de Asúa el Derecho Penal es:

"El conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo - asociando a la infracción de la norma una pena finalista o -

una medida aseguradora". (1)

Raúl Carrancá y Trujillo, apunta que el Derecho Penal es tan viejo como la humanidad, tuvo en los orígenes un desarrollo muy superior al de otras ramas del Derecho, lo que se comprende con solo considerar la eficacia del medio coactivo que siempre representa la pena para los hombres.

Las definiciones de Derecho Penal tienen tres vértices de coincidencia, a saber: el delito, la pena y la relación jurídica entre ambos a virtud de la norma que asocia una al otro.

En unos países se conoce como Derecho Penal y en otros países, como Derecho Criminal, según se tomen la pena o el delito como base de la definición. En México es usual, la primera definición. (2)

Juan del Rosal, nos explica que la facultad de castigar que tiene el Estado ante la comisión de actos delictivos, es un deber más que un derecho, que el Estado en cuanto

(1) JIMENEZ de Asúa, Luis.-Tratado de Derecho Penal.-Editorial Losada.-Buenos Aires, Argentina 1978.- págs. 36 y 37.

(2) Cfr. CARRANCA y Trujillo, Raúl.- Derecho Penal Mexicano, 1991. 17a. Edición págs. 16 y 17.

to forma superior de organización de la sociedad, tiene ese-
deber para que las personas y la vida comunitaria puedan cum-
plir sus fines propios. (3)

Francisco Pavón Vasconcelos manifiesta: "El Dere-
cho Penal es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Públi-
co interno, que definen los delitos y señalan las penas o me-
didas de seguridad para lograr la permanencia del orden so-
cial". (4)

(3) Cfr. DEL ROSAL, Juan.-Lecciones de Derecho Penal.-Valla-
dolid España, 1970.-Edición del Autor.-pág. 19.

(4) PAVON Vasconcelos, Francisco.- Manual de Derecho Penal -
Mexicano.-Parte General.-Editorial Porrúa.-México 1988.-
11a. Edición, pág. 11.

I.2 RASGOS DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal tiene éstos rasgos característicos:

- A) Cultural.
- B) Público.
- C) Sancionador.
- D) Valorativo.
- E) Finalista.
- F) Personalísimo.

Es cultural, en virtud de que las ciencias se clasifican en dos grandes bloques: culturales y naturales. Las ciencias del ser incluyen las naturales y las ciencias del deber ser, o sea culturales, pues la cultura es un repertorio de comportamiento o patrones de existencia de la sociedad y entre éstas se sitúa al Derecho.

Es público ya que únicamente el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en orden al axioma liberal *nullu crimen, nulla poena sine lege*. (5)

Es sancionador y garantizador por crear la norma y la

(5) JIMENEZ de Asúa, Luis.-Op. cit.-pág. 40.

la hace positiva a través de la ley.

Es valorativo, pues la Filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el Derecho y ésta rama jurídica -- que funciona como sistema tutelar de los valores más altos, -- interviene ante las transgresiones vulneradoras de los valores fundamentales de la sociedad.

Es finalista, porque al ocuparse de la conducta debe tener un fin y este es combatir el fenómeno de la criminalidad, Pavón Vasconcelos establece el fin del Derecho Penal en mediato e inmediato; el mediato pretende la correcta convivencia social, el inmediato consiste en la represión del delito. (6)

Es personalísimo, ya que la pena se aplica únicamente al delincuente en función de haber cometido un delito y sin salir de su esfera personal, por ello la muerte del delincuente extingue la responsabilidad penal, a virtud de que la acción penal se ejerció contra una persona determinada.

El Maestro Porte Petit, Además de los rasgos ya -

(6) Cfr. PAVON Vasconcelos, Francisco.-Op. Cit. pág. 16.

mencionados del Derecho Penal, nos dice que es: Positivo o Jurídico por ser vigente, es autónomo por ser el único que - contempla los delitos, las penas y las medidas de seguridad, es imperativo por obrar la norma penal siempre como un manda_ to, siempre gira en torno a un interés social más que en tor_ no de un interés individual o particular, es político porque, es facultad del Poder Público la aplicación de las sanciones, por ser el Estado el único Titular del Poder Punitivo, es - afflictivo pues la sanción causa un daño o molestia al autor - del delito, es preventivo en virtud de que la pena sirva co- mo amenaza dirigida a la colectividad para evitar la comisión de delitos y la reincidencia en su caso. (7)

(7) Cfr. PORTE Petit, Candaudap Celestino.-Programa de Dere- cho Penal.-Editorial Trillas,México 1990. 2a. Edición - págs. 27 y 28.

I.3 DESTINATARIOS DEL DERECHO PENAL

Teniendo la norma penal una finalidad, se debe investigar y determinar a quién va dirigida, en términos generales la doctrina nos habla de tres posturas:

1.- Aquellas que entienden que los preceptos del Derecho Penal van dirigidos exclusivamente a los órganos encargados de aplicarlos.

2.- Quienes piensan que los ciudadanos son los destinatarios, a ellos van dirigidos los mandatos y prohibiciones de las normas penales.

3.- Autores como Eugenio Cuello Calón, quienes creen que las normas penales se dirigen a todos los individuos sean o no ciudadanos, imponiéndoles la ejecución u omisión de determinados hechos, entendiendo que las normas penales se dirigen por igual a los órganos encargados de la aplicación y ejecución de las mismas a los que impone este deber.

(8)

Nosotros consideramos que los destinatarios del De-

(8) CUELLO Calón, Eugenio.-Derecho Penal.-Editorial Bosch, - Barcelona España, 1976. pág. 7

recho Penal son el gobernante y el gobernado, ya que si bien es cierto que el Estado por el Poder Legislativo crea la norma Jurídico Penal y vía el Poder Ejecutivo la aplica, está obligado a observarlo cabalmente, por parte del gobernado, a él se dirigen las normas penales mediante la punibilidad, en tendida como la amenaza estatal de sancionar a todo individuo que cometa un delito.

El Derecho Penal es el basamento sociológico que - constituye el fundamento cultural, que forma la estructura - de la comunidad organizada para la convivencia, por ello no - debe extrañar la relación que existe entre el Derecho Penal y otras ramas del Derecho en general.

En este apartado hablaremos de dos ramas jurídicas - con las cuales el Derecho Penal se relaciona de manera básica: El Derecho Constitucional y el Derecho Civil, sin soslayar - que pudiere haber relación con otras ramas de la Ciencia Jurí - dica.

Son evidentes las relaciones del Derecho Penal con - el Derecho Constitucional, el primero encuentra buena parte - de su razón existencial en el segundo por ser de rango supe - rior, en México existen y hay preceptos constitucionales que guardan una relación con el Derecho Penal, a nivel adjetivo - y sustantivo, destacando los artículos 10, 11, 13, 14, 16, - 17, 18, 21, 22 y 23, de la Constitución, resaltando el artí - culo 14 que consagra el principio de irretroactividad de la - ley en perjuicio de persona alguna, el principio de legalidad o de exclusividad, convirtiéndolo en una garantía individual que expresa el dogma de nullum crimen sine lege, nulla poena

sine lege. (9)

El Derecho Penal tiene relación con el Derecho Civil, en la antigüedad el primero se encontraba absorbido por el segundo. En el Derecho Romano cierto número de hechos -- hoy valorados penalmente eran regulados por el Derecho Privado, en el Derecho germánico, el Wergeld es la indemnización pagada por el delincuente o por su familia a la víctima del delito o a sus parientes, posteriormente el Derecho Penal se separa del Derecho Privado y se constituye en una rama jurídica autónoma.

El Derecho Civil, y el Derecho Penal aspiran a regular las relaciones de los hombres entre sí y proteger sus respectivos intereses, el Derecho Penal pretende proteger bienes jurídicos, los cuales son regulados por el Derecho Civil, en las legislaciones penales es frecuente la configuración de figuras delictivas construidas sobre conceptos civiles como la propiedad, la posesión y el estado civil. (10)

Rafael Márquez Piñero, afirma que a pesar de los contactos existentes entre el Derecho Penal y el Derecho Civil, entre ambos hay marcadas y evidentes diferencias, en -

(9) Cfr. PAVON Vasconcelos. Op. Cit. pág. 18

(10) Cfr. CUELLO Calón, Op. Cit. pág. 18.

el Derecho Penal los hechos ilícitos están fijados y tipificados, que en el Derecho Civil normalmente se encuentran previstos en la ley de forma genérica e indeterminada; otra discrepancia entre ambos se halla en el diverso carácter de sus sanciones, las del Derecho Civil son reparatorias, pretenden destruir el estado antijurídico creado, anular los actos antijurídicos y reparar el daño causado por éstos cuando son suficientes para la reparación del daño y en ciertos casos, por la gravedad del hecho, por los sentimientos antisociales y de peligrosidad revelados por el agente, por la sanción pública que ha originado el hecho o por la imposibilidad de prevenir su sanción, la fuerza del Derecho Penal se hace necesaria. (11)

Según el autor Jesús Zamora-Pierce, el Derecho Civil se ocupa de la propiedad, el suyo es un vocabulario de bienes, de contratos y de obligaciones; el Derecho Penal encuentra su atención en los bienes fundamentales del hombre: la honra, la libertad, en veces la vida. El primero dice Carnelutti es el Derecho del haber, el segundo es el Derecho del ser.

Los bienes en conflicto marca el correspondiente pro

(11) MARQUEZ Piñero, Rafael-Derecho Penal-Editorial Trillas-México 1992-2a. Edición, págs. 13 y 14.

ceso, en el proceso civil se enfrentan dos particulares, los cuales litigan acerca de sus intereses patrimoniales y esperan una sentencia del órgano estatal desapasionado e imparcial. En el proceso penal, el Estado entra en liza como parte acusadora. Surge el enfrentamiento entre el individuo y el todo poderoso Leviatán; entre el hombre y el Estado. En esta lucha desigual, el resultado está decidido de antemano: la dignidad del hombre será destruida por la acción autoritaria; la resistencia a la opresión será inútil, el Estado, empleando como instrumento el proceso penal, atemorizará las conciencias, doblegará las voluntades e impondrá la tiranía irrestricta. (12)

También tienen relación el Derecho Penal y el Derecho Internacional. La creciente intercomunicación entre todos los lugares del planeta y la facilidad de desplazamiento ha hecho proliferar una especie de delincuencia internacional y existe una necesidad de represión más frecuente y eficaz colaboración entre la policía de los distintos países, las formas de criminalidad internacional como la trata de mujeres y niños, pornografía, falsificación de monedas y documentos, narcotráfico, terrorismo, plagios, secuestros de buques y aeronaves, etc., requieren una legislación penal adecuada, que va surgiendo quizás muy lentamente, la cual -

(12) Cfr. ZAMORA-Pierce, Jesús.- Garantías y Proceso Penal.- Editorial Porrúa, México, 1994. 7a. Edición. pág. XXI.

se realiza sobre todo mediante acuerdos y tratados internacionales, con lo antes explicado se puede hablar de un Derecho-Penal Internacional. (13)

(13) CUELLO Calón, Eugenio.- Op. Cit. pág. 16

CAPITULO II

EL DELITO

II.1 NOCIONES

Delito proviene del verbo latino delinquere, que significa abandonar apartarse del buen camino, alejarse del sendero de la ley.

Los autores absurdamente se han preocupado por ofrecer un concepto de delito con validez universal, una definición filosófica esencial, como el delito está ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas, y al contrario acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. (1)

Existen diversas definiciones de delito como corrientes, cada una lo define desde su perspectiva particular y -- existe una noción sociológica, clásica, positiva, doctri-

(1) CASTELLANOS Tena, Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.-Editorial Porrúa. México, 1995.- 34a. Ed. pág. 125.

nal, legal o criminológica entre otras, desde un ángulo jurídico, el delito atiende sólo aspectos de derecho.

Los estudiosos del derecho penal no coinciden en relación al número de elementos que deben conformar al delito, y se puede hablar de la corriente unitaria la cual dice que el delito por ser unidad no admite divisiones y la corriente atomizadora, que señala al delito como resultado de varios elementos que dan vida al mismo.

El artículo 7º. del Código Penal para el Distrito Federal señala: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leves penales".

Para Eugenio Cuello Calón: "El delito es la acción humana, antijurídica, típica y culpable". (2)

Según Luis Jiménez de Asúa define delito es: "Toda acción u omisión antijurídica, típica y culpable sancionada con una pena". (3)

En opinión de Rafael Garófalo delito es: "La ofensa de los sentimientos altruistas fundamentales de probidad y

(2) Citado por CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 129.

(3) JIMÉNEZ de Asúa, Luis.-Tratado de Derecho Penal.-Editorial Losada.-Buenos Aires, Argentina, 1943. pág. 132.

piedad en la medida que los posee un determinado grupo social". (4)

Conforme a Feverbach el delito es: "Una acción contraria al derecho de otro conminada por una pena". (5)

El Código Penal de 1871, en su artículo 1º. definió el delito como la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.

El Código Penal de 1929, lo conceptuaba como la lesión de un derecho legalmente protegido por una sanción penal. (artículo 2º.).

(4) Citado por VALLADO Berrón Fausto.-Introducción al Estudio del Derecho.- Edición del Autor.- México 1961, págs. 231 - 232.

(5) Citado por MARQUEZ Piñero Rafael.- Op. Cit. pág. 134.

II.2 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DELITO

Los elementos del delito son el Derecho Penal lo - que es la anatomía es a la medicina y son las partes que lo - integran, los elementos del ilícito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibi- lidad.

II.2.1 CONDUCTA

Es un comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo, que produce un resultado, sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto - activo.

La acción es actuar o hacer, implica uno o varios- movimientos corporales y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e - incluso mediante personas.

El acto o la acción stricto sensu, es todo hecho - humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo- humano capaz de modificar el mundo exterior, según Cuello Ca- lón la acción en sentido estricto es el movimiento corporal - voluntario encaminado a la producción de resultado consisten- te en la modificación del mundo exterior, Florián explica -

que la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aún cuando sea ligera o imperceptible. (6)

Los elementos de la acción son una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad, la acción humana es un acontecimiento finalista, en el Derecho Penal no puede entenderse sino como conducta culpable, por ello se habla de querer la conducta y el resultado; de no ser así, estaríamos frente a un concepto de conducta limitada a querer únicamente el comportamiento corporal.

En opinión Cuello Calón: "Los elementos de la acción son: Un acto de voluntad y una actividad corporal". Luis Jiménez de Asúa estima que son tres: "Manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad". Para Edmundo Mezger en la acción se encuentran los siguientes elementos: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer". (7)

La omisión es realizar la conducta típica con abstención de actuar, es la forma negativa del comportamiento. La omisión puede ser simple o comisión por omisión.

(6) Citado por CASTELLANOS Tena. Op. Cit. págs. 152 y 153.

(7) CASTELLANOS Tena. Op. Cit. Págs. 154 y 155.

La omisión simple consiste en hacer lo que no se de be hacer voluntaria o imprudencialmente, produciéndose el de lito, aún cuando no haya un resultado, se infringe una norma preceptiva, por ejemplo portar una arma prohibida aquí se hace (portar arma) lo que no se debe hacer. La Comisión por omisión es un no hacer voluntario, imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, infringiéndose una norma perceptiva y otra norma prohibitiva, por ejemplo el -- abandono de la obligación de alimentar a los hijos con lo que se causa la muerte de éstos. (8)

La omisión radica en abstenerse de obrar, en una - abstención, en dejar de hacer lo que se debe hacer: "Confor me a Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad vo luntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un - hecho determinado. Según Sebastián Soler, el delincuente puede violar la ley sin que un sólo músculo de su cuerpo se - contraiga por medio de una omisión o abstención". (9)

Son delitos de omisión aquéllos en los cuales las - condiciones de donde se deriva su resultado reconocen como ba - se determinante, la falta de observancia por parte del suje - to de un precepto obligatorio.

(8) Cfr. MARQUEZ Piñero, Rafael.- Op. Cit. pág. 18

(9) Autores citados por CASTELLANOS Tena. Op.Cit.págs. 152 y 153.

se podrá decir que se cometió un delito pues no lo es y no se le podrá castigar, estaríamos en presencia de conductas asociales, pero no de delitos.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, el encuadrar un comportamiento real a la hipótesis legal, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

La tipicidad consiste en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que corresponde.

Para la existencia del delito se requieren una conducta o hecho humanos, sin embargo no toda conducta o hecho son delictuosos, es necesario además que sean típicos, anti jurídicos y culpables.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad, el tipo es la creación legislativa y la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta y con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la ley penal un tipo, para que el delito quede excluido.

El tipo es la descripción legal de un delito, el profesor Mariano Jiménez Huerta, define al tipo como el injusto recogido y descrito en la Ley Penal, en esencia el ti-

po es la descripción legal del delito y en ocasiones la descripción del elemento objetivo (comportamiento) como sucede en el homicidio, pues según el artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal, lo cometa el que priva de la vida a otro. (10)

Alba Muñoz define al tipo como descripción legal de la conducta y del resultado, quedando por tanto resultado y conducta comprendidos en el tipo. (11)

El tipo era visto en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos, para los antiguos el tipo era la figura del delito, en 1906 surge en Alemania Heling, quien considera al tipo como una mera descripción, Ernesto Meyes en su tratado de Derecho Penal asegura que la tipicidad es indiciaria de la antijuridicidad, es decir, no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad. Edmundo Mezger explica, que el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, es fundamento real y de validez de la antijuridicidad, por ello Mezger define al delito como una acción típicamente antijurídica y culpable.

Según Mezger el que actúa típicamente, también actúa antijurídicamente en tanto no exista una causa de exclu -

(10) Autor citado por CASTELLANOS Tena. Op. Cit. Pág. 136

(11) Ibidem. Pág. 137

sión del injusto. El tipo jurídico penal es fundamento de la antijuricidad, a reserva de que la acción aparezca justificada por una causa especial de exclusión del injusto, si - ello sucede la acción no es antijurídica. (12)

Por ello podemos decir que la tipicidad es la razón de la antijuricidad, desde el punto de vista del proceso - formativo del derecho, la antijuricidad es la base real y de validez del tipo. La Ley consigna los tipos y conmina con penas las conductas formuladas, oponerse a los valores que - el Estado se obliga a tutelar.

Una justificante, no significa anulación de la antijuricidad porque ésta no existió jamás pues la conducta desde su nacimiento acorde con el Derecho. El tipo es la razón de ser de la antijuricidad y tiene un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho Penal, por no haber delito sin tipo legal.

Según Luis Jiménez de Asúa la tipicidad desempeña - una función meramente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se rela - ciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito pe - nal, la tipicidad es secuela del principio legalista, garan --

(12) Citado por MARQUEZ Piñero, Rafael.-Op. Cit. págs.25 y 26.

tía de libertad. (13)

Se puede explicar la tipicidad entendiendo los siguientes principios: No hay delito sin ley, no hay delito sin tipo, no hay pena sin tipo, no hay pena sin delito y no hay pena sin ley.

(13) Cfr. JIMENEZ de Asúa, Luis.-La Ley y el Delito.-Ediciones Andrés Bello.-Caracas Venezuela, 1976.-4a. Edición. págs. 331 y 332.

II.2.3 ANTIJURIDICIDAD

El Derecho Penal es garantizador y sancionador, su función es proteger los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general. Sin negar el aspecto subjetivo se puede decir que la antijuridicidad es fundamentalmente objetiva, porque se enfoca a la conducta externa.

El delito es conducta humana, pero no toda conducta humana es delictuosa necesita que sea antijurídica, típica y culpable.

En el ámbito penal radica en contrariar lo establecido por la norma. La Ley tutela la vida humana mediante el tipo penal que consagra al delito de homicidio, quien comete éste, realiza una conducta típica y antijurídica.

La antijuridicidad como concepto es negativo, por ello existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva, se puede concebir como la contradicción objetiva de los valores estatales, en el núcleo de la antijuridicidad como en núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización -- prohibida implícitamente, para Javier Alba Muños, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del poder. (14)

(14) Citado por CASTELLANOS Tena.- Op. Cit. pág. 177

Cuello Calón sostiene, que la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal, tal juicio es de carácter objetivo, por recaer sobre la acción ejecutada. (15)

Vela Treviño señala: "Toda acción será punible, si es antijurídica, con ello se establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción de la misma con la norma de Derecho". (16)

No es suficiente observar si la conducta es típica, se requiere verificar si el hecho examinado constituye una -- violación al Derecho, entendido el Derecho como organismo -- unitario, el delito es una disonancia armónica, frase que -- tiene un doble aspecto: la adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al juicio que lo valora.

Lo antijurídico comprende a la conducta en su fase externa no en su proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad, la antijuridicidad es objetiva. Para llegar a afirmar que una conducta antijurídica es necesario -- un juicio de valor, una conducta es antijurídica, cuando -- siendo típica no está protegida por una causa de justifica --

(15) Cfr. CUELLO Calón. Op. Cit. pág. 284

(16) VELA Treviño, Sergio.-Antijuridicidad y justificación.- Editorial Trillas.-México,1986.- pág. 214.

ción, es decir que la antijuridicidad es la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Castellanos Tena, cita la opinión de Carlos Binding, quien respecto a la antijuridicidad afirma que era frecuentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la ley, - estableciendo además que el delito no es lo contrario a la - ley, más bien es el acto que se ajusta a lo previsto en la - Ley Penal, reflexionando al respecto: ¿Qué es lo que hace - un hombre cuando mata a otro?. Estar de acuerdo con el artículo respectivo del Código Penal, lo mismo ocurre con el - que roba. No se vulnera la ley, se quebranta lo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico, se infringe - la norma que está por encima y detrás de la ley, la norma - crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, la norma valoriza la ley describe. (17)

(17) Cfr. CASTELLANOS Tena. Op. Cit. págs. 178 y 179.

II.2.4 IMPUTABILIDAD

El Código Penal italiano, determina que nadie puede ser castigado por un hecho previsto en la ley como infracción si en el momento de cometerlo no era imputable. Es imputable, el que posee la capacidad de entender y de que -- rer. (18)

Lo anterior, es un concepto de imputabilidad muy - discutible el ofrecido por el Código Penal italiano, en virtud de que dada la forma de pensar del humano, posiblemente el imputable entiende el acto que va a cometer y las consecuencias que el delito traerá consigo, sin embargo nos resulta muy difícil concebir que el individuo que comete un delito quiera o desee las consecuencias que generará el ilícito, es decir ser privado de su libertad por haber infringido la ley penal, por ésta razón, en principio podríamos considerar -- que la imputabilidad es la capacidad que posee el individuo - para entender los efectos de la conducta en el ámbito del Derecho Penal.

Según Porte Petit, para que el individuo conozca - la ilicitud de su acto y quiera realizarlo debe tener la capa

(18) Cfr. ACEVEDO Blanco, Ramón.-Manual de Derecho Penal. - Editorial Temis.-Bogotá Colombia, 1983, pág. 18.

cidad de determinarse en función de aquéllo que conoce, por ello a la imputabilidad se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito según pretenden algunos especialistas. (19)

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el conocimiento del deber existente, es la capacidad de obrar en Derecho Penal, de realizar actos referidos a ésta - importante rama jurídica que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

El hombre es el sujeto activo del delito, pero para que legalmente cargue con las consecuencias legales, debe tener el carácter de imputable en el campo del Derecho Penal, ello solamente puede ocurrirle a toda persona que por sus condiciones psíquicas tenga posibilidades de voluntariedad.

La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal precisamente al cometer el delito. Por ello el sujeto en principio tiene que ser imputable para luego ser culpable; no puede haber culpabilidad, si previamente no se es imputable.

(19) Cfr. CASTELLANOS Tena, Fernando.- Op.- Cit. pág.217.

Para Carrancá y Trujillo, será imputable, todo - aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psiqui- cas, exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente todo el que sea ap- to e idóneo jurídicamente para observar una conducta que res- ponda a las exigencias de la vida dentro de la sociedad huma- na. (20)

La imputabilidad será, el conjunto de condiciones- mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el mo mento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

El mínimo físico representado por la edad y el psí- quico consistente en la salud mental determinan la imputabili- dad, son dos aspectos de tipo psicológico salud y desarrollo mentales, el desarrollo mental se relaciona estrechamente - con la edad.

Luis Jiménez de Asúa, establece que la imputabili- dad como el conjunto de condiciones necesarias para que el he cho punible y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo - ejecutó, como su causa eficiente y libre. (21)

(20) CARRANCA y Trujillo, Raúl.-Derecho Penal Mexicano.-Par- te General.-Editorial Porrúa.-México 1991, 16a. Edición- págs. 108 y 109.

(21) Cfr. JIMENEZ de Asúa, Luis.-Opr. Cit. pág. 143.

II.2.5 CULPARILIDAD

Cuello Calón, afirma que se considera culpable la conducta, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella (la conducta) y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.

Luis Jiménez de Asúa, señala que al llegar a la culpabilidad el intérprete ha de extremar la finura de sus armas, para que quede lo más ceñido posible en el proceso de subsanciación, el juicio se reproduce por el acto concreto que el sujeto cometió, reafirmando el autor en cita, que en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. (22)

Sergio Vela Treviño, dice que la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y es el eslabón que asocia lo material del conocimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta. (23)

Celestino Porte Petit, concibe la culpabilidad co-

(22) Autores Citados por CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. cit. pág. 233

(23) Cfr. VELA Treviño, Sergio.-Culpabilidad.-Teoría del Delito.-Editorial Trillas, México, 1985.-pág. 337.

nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, al Maestro Castellanos Tena considera a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. El autor Luis Fernández Doblado la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso. (24)

Las formas de culpabilidad en el Código Penal para el Distrito Federal, son el dolo y la culpa, de acuerdo a la forma que el agente activo del delito dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado mediante la negligencia o imprudencia; es decir, que se puede cometer delito mediante una determinada intención delictuosa (dolo) o por descuidar las precauciones exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).

En el dolo, el sujeto activo conociendo la significación e importancia de su conducta procede a realizarla. En la culpa se ejecuta un acto con la esperanza de que no ocu

(24) Cfr. CASTELLANOS Tena, Fernando.- Op. Cit. págs. 233 a 235.

rrirá el resultado.

Ignacio Villalobos, explica que se reprocha el acto culpable porque al ejecutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidaridad social en concurso y porque teniendo obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expansión individual y todo el cuidado necesario para no causar daños, se desconoce o se posterga ese deber queriendo sólo disfrutar de los derechos y beneficios que brinda la organización, sin prescindir en nada de cuanto dicta el capricho o al deseo, -- aún con perjuicio de los demás hombres y como si el actuante fuera el único digno de merecer. (25)

Ya establecimos que las dos especies de culpabilidad, que son el dolo y la culpa.

El dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Para Luis Jiménez de Asúa, es la producción de un resultado antijurídico con consciencia de que requebranta el

(25) VILLALOBOS, Ignacio.-Derecho Penal Mexicano.-Editorial-Porrúa, México, 1990.-5a. Edición.- pág. 283.

deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y - del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación -- del resultado que se quiere o ratifica. (26)

El dolo tiene un elemento ético y otro volitivo o - emocional. El elemento ético se constituye por la conciencia de que se quebranta el deber el elemento volitivo o psicológico consiste en la voluntad para llevar a cabo el acto.

Castellanos Tena, nos ofrece la siguiente clasificación del dolo:

Directo.- "El resultado coincide con el propósito del agente.- Decide privar de la vida a otro y lo mata."

Indirecto.-"El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. Para matar a quien va a abordar un avión coloca una bomba cerca del motor sabiendo que además de ese individuo, perderán la vida otras personas."

(26) Cfr. JIMENEZ de Asúa, Luis.-Op. Cit. pág. 459.

Indeterminado.- "Intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial. Anarquista que lanza bombas.

Eventual. "Se desea un resultado delictivo, previniéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. Incendio de una bodega conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones". (27)

(27) Cfr. CASTELLANOS Tena.-Op.-Cit.-págs. 241 y 242.

II.2.6 PUNIBILIDAD

Por lo que se refiere a la punibilidad como elemento del delito, algunos autores sostienen diversas posturas, para unos es un auténtico elemento del delito, mientras que para otros es consecuencia del ilícito, el artículo 7o. del Código Penal para el Distrito Federal dice:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", no obstante lo anterior, cabe recordar que -- existen delitos carentes de castigo.

Punibilidad es el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible al hacerse acreedor a la pena, tal merecimiento trae consigo la conminación legal de aplicación de una sanción, también se utiliza la palabra punibilidad con menos propiedad para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito, es punible la conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas.

II.3 ASPECTOS NEGATIVOS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

II.3.1 AUSENCIA DE CONDUCTA.

Si faltara algunos de los elementos esenciales del delito, este no se integrará, si la conducta esta ausente - no habrá delito a pesar de las apariencias.

La ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos o impeditivos de la formación de la figura delictiva, - por ser la actuación humana positiva o negativa, la base indispensable del delito.

Actualmente el Código Penal para el Distrito Federal dispone lo siguiente. El delito se excluye cuando: El hecho se realice sin intervención de la voluntad de la gente.

Las dos causas de ausencia de conducta son las conocidas como Vis Maior y Vis Absoluta, explicaremos en que consiste cada una de ellas.

Hablamos de ausencia de conducta cuando hay un comportamiento humano, pero sin la intención o voluntad de cometer el delito, recordando que la voluntad es el elemento fundamental de la conducta.

La Vis Maior y la Vis Absoluta son las causas que - dan origen a lo que los autores han denominado como ausencia- de conducta.

La Vis Maior es una fuerza de la naturaleza, ya que no hubo voluntad del individuo para llevar a cabo ilícito alguno, pondremos un ejemplo: Un conductor de un vehículo automotor se encuentra estacionado frente a un semáforo y al - continuar la marcha una vez que tenga el siga, ocurre un tem- blor que lo hace virar el auto, impactándose contra otro, - ocurriendo daños que no pueden ser atribuidos a nadie, en - virtud de que no hubo voluntad para cometer el delito.

Vis Absoluta, es la fuerza física humana e irresis- tible que se ejerce sobre otro, quien sufre la violencia -- ejercida por el otro, se convierte en un instrumento para co- meter el delito, sin voluntad, razón por la cual quien es - obligado mediante la fuerza física a cometer un delito, no - puede considerarse que actuó voluntariamente, el ejemplo que pondremos ilustrará lo antes explicado: Dos individuos pasan frente a una joyería y A es empujado por B, yéndose a impac- tar sobre el cristal que protege las joyas, surgiendo daños- en propiedad ajena, sin que A sea penalmente responsable, - en virtud de que no actuó voluntariamente y si en cambio será penalmente responsable B por haber utilizado a otro, como- instrumento para cometer delito.

La ausencia de conducta nos permite decir que hay comportamiento humano, que no ha lugar a considerarse como conducta en virtud de que la conducta requiere fundamentalmente la voluntad, que es el consentimiento para llevar a cabo algo, de ahí que muchos autores entre ellos los de la corriente de la escuela Argentina y Colombiana, afirman que el término correcto para designar a este elemento del delito (la conducta) debe ser acto, ya que éste término es más explicativo que el de la conducta, toda vez que la conducta puede comprender tanto hechos como actos es decir, existen movimientos corporales en ambas situaciones con la diferencia de que en el hecho no hay voluntad a pesar de haber comportamiento humano y en la conducta por regla general si hay voluntad para llevar a cabo determinado acto, de ahí que acorde con lo expresado por los autores de las corrientes citadas, debemos establecer que el término más idóneo debido y correcto, para designar el elemento del delito conocido como conducta, debe ser acto.

II.3.2 ATIPICIDAD

Es el no encuadramiento o la no adecuación de la -- conducta en concreto con la figura creada en abstracto por el tipo penal respectivo.

A veces se confunden ausencia de tipo con atipici-- dad, sin ser lo mismo.

La ausencia de tipo significará la existencia de - conductas que pudieran ser consideradas como delictivas las - cuales no lo son por no estar contenidas en el ordenamiento - legal correspondiente.

Si el 30 de Diciembre de 1990, una persona, reci bió de su superior jerárquico inmediato un asedio reiterado - con fines lascivos, en ese momento preciso había falta de ti po, toda vez que el tipo penal de hostigamiento sexual fue - creado mediante la publicación en el Diario Oficial de la Fe- deración del día 21 de Enero de 1991.

En cambio la atipicidad se presentaría, si el 28- de Enero de 1992, un compañero de trabajo, asedia reiterada mente con fines lascivos a otro de su mismo nivel, en virtud de que para darse el hostigamiento sexual, es necesario que- el sujeto activo sea superior jerárquico del sujeto pasivo --

del ilícito penal.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 15 establece: El delito se excluye cuando:

"... II. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- A. Ausencia de calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
- B. Si faltan el objeto material o el objeto jurídico.
- C. Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo.
- D. Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley.
- E. Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.

F. Por no darse en su caso, la antijuridicidad especial.

A veces el legislador se refiere a cierta calidad - del sujeto activo, del sujeto pasivo o de ambos, como por ejemplo en el delito de peculado el sujeto activo debe ser un servidor público.

Sin el interés por proteger no habrá objeto jurídico, por ejemplo la falta de propiedad o de posesión en los delitos patrimoniales y se presentará atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, por ejemplo privar de la vida o pretender hacerlo a quien ya no la tiene.

En ocasiones el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo, por ejemplo, si la ley exige la realización del hecho en despoblado.

Si la hipótesis legal requiere de modalidades específicas, éstas han de verificarse, por ejemplo la violencia física o moral en el caso de la violación.

Hay tipos que contienen elementos subjetivos del injusto, por ejemplo aquel que habla de: "con el propósito".

Excepcionalmente algunos tipos penales requieren una especial antijuridicidad, el delito de allanamiento de morada, al señalar en la descripción que el comportamiento humano se efectuó sin motivo justificado, fuera de los casos en que la ley lo permita. Entonces al obrar justificadamente con el permiso legal, se colma el tipo y se presenta en consecuencia la atipicidad.

II.3.3 CAUSAS DE JUSTIFICACION

Podría ocurrir que la conducta típica este en oposición al Derecho y sin embargo no ser antijurídica por no existir alguna causa de justificación.

Las causas de justificación pueden excluir la anti-juridicidad típica, representan el aspecto negativo del delito y en presencia de alguna de ellas falta la antijuridicidad, que es un elemento esencial del delito, en tales condiciones la acción realizada a pesar de su apariencia resulta conforme a Derecho y en consecuencia NO HAY DELITO.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15, fracciones IV, V, y VI, regula las causas de -justificación, las cuales son:

- A. Legítima defensa.
- B. Estado de necesidad.
- C. Cumplimiento de un deber.
- D. Ejercicio de un Derecho.

El estado de necesidad es un acontecimiento en el -que se debe llevar a cabo una acción decisiva cuando existen -dos bienes jurídicos tutelados y debe elegirse uno de ellos -será el salvaguardado afectando el otro.

El cumplimiento de un deber significa llevar a cabo aquellos a que se está obligado, por ejemplo la privación de la libertad que lleva a cabo el Agente de la Policía Judicial quien detiene a otra persona, ejecutando la orden de aprehensión respectiva.

El ejercicio de un Derecho se observa cuando alguien está autorizado para llevar a cabo actos que en otros casos - serían delictuosos, por ejemplo la privación de la libertad - es un delito y no lo será si la privación la efectúa un Agente de la Policía Judicial en base a una orden de aprehensión, porque ESTARA EJERCIENDO UN DERECHO.

II.3.4 INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es la falta de capacidad para en tender los efectos de la conducta en el ámbito del Derecho Pe nal.

Será inimputable el sujeto que al cometer el acto - no esté en actitud de entender realmente las consecuencias pe- nales y sociales que el mismo trae consigo.

Las causas de inimputabilidad, son las que anulan- o neutralizan el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo- caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictug sidad.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artí- culo 15 determina: "El delito se excluye cuando:

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

Estamos de acuerdo con lo dispuesto por la fracción respectiva, en virtud de que además prevé lo que los autores denominan acciones libres en su causa, las cuales consisten en los siguientes:

"La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama liberae in causa (libres de su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse ánimo bebe en exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí -- sin duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. En el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad -dice Cuello Calón-, el sujeto era imputable.

Al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da-

base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable,
siendo acreedor a una pena". (28)

(28) CASTELLANOS Tena.- Op. Cit. págs. 221y222.

II.3.5 INCULPABILIDAD

La inculpabilidad se presenta, al no existir los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad, tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los elementos del delito, ya que existirá solamente si conjugan los caracteres constitutivos de su esencia. Así la tipicidad debe referirse a una conducta, la antijuridicidad a la oposición objetiva al derecho de una conducta coincidente con un tipo penal y la culpabilidad presupone una valoración de la antijuridicidad de la conducta típica.

Al tratar la inculpabilidad se hace referencia a la eliminación del elemento culpabilidad supuestamente en una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 15, fracción VIII nos habla como causa de inculpabilidad realizar la acción u omisión bajo un error invencible, o vencible, sobre los elementos del delito respecto a la licitud de la conducta.

II.3.6 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En función de estas, no es posible la aplicación de la pena, son el factor negativo de la punibilidad, se entiendan como las causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. Los elementos esenciales del delito subsisten, sólo se excluye la posibilidad de punición.

Analizaremos las excusas absolutorias de mayor importancia.

a).- Excusa en razón de mínima temibilidad. El artículo 375 del Código Penal vigente establece que cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia. La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del Agente.

b).- Excusa en razón de la maternidad consciente.

El artículo 333 del Código Penal establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Para González de la Vega, la impunidad para el -- aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de su im-- prudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad; por ende resultaría absurdo reprimirla. (29)

En relación con el aborto, cuando el embarazo es - resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentiu mentales. Nada puede justificar -dice Eugenio Cuello Ca - lón-, imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida. Para la operancia de la impunidad - se requiere la demostración previa del atentado sexual, aún- cuando respecto a éste no se haya seguido juicio alguno en - contra del violador.

En el primer caso se exime de pena en función de nu la o mínima temibilidad; en el segundo, en razón de la no - exigibilidad de otra conducta, pues el Estado no está en con

(29) GONZALEZ de la Vega, Francisco.-El Código Penal Comentu do.-Editorial Porrúa, México,1994.-12a. Edición pág. - 312.

diciones de exigir a la mujer un obrar diverso, más se mantiene incólume la calificación delictiva del acto. Con acierto expresa Ricardo Abarca, que el derecho a la libertad sexual no puede llegar hasta el punto de justificar la muerte - dada en el feto, pero se excluye la pena en virtud de los sentimientos de repugnancia de la propia mujer al serle violentamente impuesta la maternidad. (30)

c).- Otras excusas por inexigibilidad. En el capítulo anterior quedó estudiado cómo el encubrimiento de parientes y allegados fundado a nuestro juicio, en la no exhibibilidad de otra conducta, a pesar de ser una verdadera excusa absolutoria, antes de las reformas de 1985 era considerado como circunstancia excluyente de responsabilidad al identificársele como causa de inculpabilidad; pero que a partir de esas reformas y debido tanto a la derogación de la fracción IX del artículo 15 del Código Penal como a la inclusión de casi todo su contenido en un nuevo párrafo del artículo 400, se le ha reconocido su verdadera naturaleza de excusa absolutoria; debe aclararse que ahora éstos supuestos tan sólo se circunscriben al ocultamiento del infractor y a la omisión de auxilio para investigar los delitos o perseguir a los delincuentes, excluyendo el ocultamiento de los efectos, objetos o instrumentos del delito, ya no considerados en la nueva redacción. Por el contrario y en lo referente a lo sujetos,-

(30) Citado por CASTELLANOS Tena.-Op.-Cit.-pág. 318.

debe advertirse como actualmente el inciso b) de la fracción V del Artículo 400 del citado ordenamiento jurídico, se amplia a favor tan to a la concubina como al concubinario. Asimismo se supri men las condiciones de no emplear algún medio delictuoso ni mediar interés bastardo, el cual se sustituye por los víncu- los derivados de "motivos nobles".

Este fundamento opera para las excusas contenidas - en los artículos 260, fracción II y 151 del Código Penal- del Distrito Federal, la primera alude a la excención de pe- na a determinados parientes de un homicida, también si ocultan, des truyen, o sin la debida licencia sepultan el cadáver del oc- ciso. El otro precepto excusa a ciertos familiares de un- detenido, procesado o condenado cuando favorezcan su evasión, excep to si proporcionan la fuga mediante violencia en las per- sonas o fuerza en las cosas. Otro caso de inexigibilidad, de donde surge una excusa absolutoria, se halla en la frac- ción IV del artículo 247 del mismo cuerpo legal; se refi re a la falsa declaración de un encausado. La propia Cons titución protege al inculpado con una rica gama de garantías; por ende, el Estado, en el caso de la excusa mencionada, no está en condiciones de exigir un obrar diferente. Adviér- tase, sin embargo, la dificultad de realización de la hipó- tesis, porque tratándose del acusado no se le toma protesta- y según nuestra ley, la falsedad debe hacerse precisamente - previa protesta de decir verdad, para integrar el delito cu-

ya pena, en la especie, se excusa; pero su verdadera naturaleza es de una causa de justificación, pues el artículo 20 de la Constitución concede al acusado el derecho de expresar lo que considere conveniente. El mismo ordenamiento alude al caso de quien es examinado sobre la cantidad en la cual es tima una cosa y falta a la verdad. Aquí no existe razón - para la excusa, si el que falta a la verdad cree, por error, manifestar lo cierto, indudablemente no comete delito.

d).- Excusa por graves consecuencias sufridas. -- Por una comprensión indulgente y humanitaria, así como en - función de los verdaderos fines de la pena, en la reforma pe nal de 1983, adicionada por la de diciembre de 1991, se - establecen excusas absolutorias (o formas de perdón, judi - cial) en el artículo 55: "Cuando por haber sufrido el su - jeto activo consecuencias graves en su persona o por su seni - lidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente inne cesaria e irracional la imposición de una pena privativa o - restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o - sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará -- siempre en dictámenes de peritos".

Sin duda, el precepto capta los casos en los cuales - el sujeto activo sufre graves daños en su persona, de tal ma

nera que sea hasta inhumana la imposición de la pena, o inne
cesaria, tratándose de personas de avanzada edad o precaria-
salud.

CAPITULO III

EL DELITO DE VIOLACION

III.1 CONCEPTOS.

El Maestro Francisco González de la Vega, al respecto nos da estas nociones.

"La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación. El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, -- contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (violencia física, vis) o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, metus). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a

la libre determinación de su conducta en materia erótica. - Además, en la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave porque, dada la utilización de medios coactivos o impositivos, al daño causado específicamente contra la libertad sexual se suman otras ofensas a - diversas categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación - violenta de libertad física, asalto, lesiones más o menos -- graves, y aun homicidio. Debe notarse que los casos violentos de derramamiento de sangre "por voluptuosidad" constituyen en la legislación mexicana delitos de homicidio y lesiones cometidos con la calificativa de obrar por motivos depravados . En resumen, la violación constituye el más grave de los delitos sexuales porque, además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la --- tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad -- corporal o la vida de los pacientes.

Es cierto que la mayor parte de las legislaciones, - bajo el común nombre de violación y como especie de ésta, incluyen la figura conocida doctrinariamente como violación -- presunta, consistente en el ayuntamiento sexual con personas incapacitadas para resistir al acto por enfermedades de la - mente o del cuerpo, por su corta edad o por semejantes condi

ciones de indefensión. Creemos, sin embargo, que como estas hipótesis delictivas no implican para su existencia el uso de la violencia y como los bienes jurídicos comprometidos o lesionados por la acción a veces son distintos a la libertad sexual, más bien constituyen un delito especial, provisto de su propia descripción legislativa, y distinto a la verdadera violación; su nombre adecuado, más que el de violación presunta debe ser el de delito que se equipara a la violación o violación impropia". (1)

El Diccionario Jurídico Mexicano, define al ilícito de violación como la "cópula efectuada mediante violencia física o moral con una persona de uno u otro sexo". (2)

En nuestro Código Penal se define: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo" (Artículo 265). Agregando más adelante que por cópula se entiende la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Para Rafael de Pina, "La violación es el acceso car-

-
- (1) González De la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México 1990. 23a. Ed. págs. 381 y 382.
(2) Instituto de Investigaciones jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VIII, Ed. Porrúa, S.A. México, 1985. p. 405.

nal obtenido por la violencia con persona de cualquier sexo, y sin su voluntad". (3)

En este mismo sentido, Cuello Calón nos manifiesta: "Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los siguientes casos:

- 1° Cuando se usare de fuerza o intimidación.
- 2° Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.
- 3° Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores". (4)

González de la Vega nos comenta, respecto a la violación: "la imposición de la cópula sin consentimiento del --- ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación". (5)

(3) De Pina, Rafael, Código Penal para el Distrito y Territorio Federales, 5a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1960, p. 174.

(4) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Volumen Segundo, 14a. Ed. Ed. Bosch, S.A. Barc. 1980. pág. 584.

(5) González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano. - Los Delitos, Tomo II. Ed. Porrúa S.A. Méx, 1994. p. 440.

Díaz de León indica que es un "delito cometido por quienes utilizando la fuerza física o moral obliga a la víctima o copular, a yacer o a tener acceso carnal". (6)

El maestro Maggiore, define al delito de violencia carnal expresando: "consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencia o de amenazas". (7)

Para el doctor Celestino Porte Petit, "por violación propia debemos entender, la cópula realizada en personas de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsivas". (8)

Definida como lo está en nuestro Código Penal Federal, nos parece de manera clara y adecuada; lo único dable objetar, es que en lugar de utilizar la palabra "realice", se incorpore la palabra "imponga", ya que esta última sería más coherente con la violencia requerida tanto física como moralmente, para este tipo penal.

(6) Díaz de León, Marco Antonio, Código Penal Federal con Comentarios, Ed. Porrúa, S.A. México, 1994, p. 440.

(7) Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal. Parte Especial, Volumen IV, 3a. ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 56.

(8) Porte Petit Candaudap, Celestino, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, 2a. ed, Editorial y Litografía - Regina de los Angeles, México, 1973.p. 12.

Por consiguiente, podríamos afirmar que comete el de
lito de violación, el que por medio de la violencia física
o moral, impone cópula a persona de cualquier sexo.

IV.2 EVOLUCION HISTORICA.

El Derecho romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como especie de los delitos de coacción y, a veces, de injuria. Según Mommsen, vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal, o, lo que es lo mismo, por medio (metus), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción. Dentro de estos delitos de coacción se sancionaba precisamente con pena capital el stuprum violentum. La Lex Julia de vis publica igualmente le reservaba la penalidad de muerte. El Derecho canónico según cita de Cuello Calón, consideró el mismo delito tan sólo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad; en mujer ya desflorada no podía cometerse; en cuanto a las penalidades canónicas que eran las prescritas para la fornicatio, no se sintió la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte. (9)

(9) Autores citados por González de la Vega. Op. cit. pág. - 383.

El antiguo Derecho español, en el Fuero Juzgó (Ley - XIV, título V, libro III), se ordenaba: Si algun omne fiziere por fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre: si el omne es libre recibe 100 azotes, é sea dado por siervo a la mujer que fizo fuerza: é si es siervo, sea quemado en fuego. En la Partida Setena (Ley III, título XX), se decía: Robando algun omne alguna mujer viuda de buena forma, o virgen, o casada, o religiosa, a yaziendo con alguna de ellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, deve morir por ende: é demás deven ser todos sus bienes de la mujer que assí oviesse robada o forzada" (10)

En nuestro país, durante la época prehispánica, encontramos al delito en estudio, sancionado en el pueblo Maya, castigándolo con "lapidación, con la participación del pueblo entero". (11) Es muy importante recordar que entre nuestros pueblos prehispánicos, a la mujer se le respetaba en gran forma, además de penalizar de manera muy severa a este ilícito, por lo cual no existía el índice de violaciones como en nuestros días.

Durante la época colonial, debemos hacer memoria que se aplicaron algunas de las leyes que regían en España; por

(10) Ibidem. pág. 384.

(11) Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México, Ed. Porrúa. S.A. México 1974, p. 42.

consiguiente, tenemos en México colonial las leyes de Indias, la Novísima Recopilación de Castilla, la Nueva Recopilación de Castilla, -entre otras- así como las anteriormente mencionadas, el Fuero Real, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas.

"En los Códigos penales modernos, sin que la infracción haya perdido su acento de máxima gravedad dentro de los delitos sexuales, se ha abandonado la penalidad de muerte para los casos de violación en sí mismos considerados, sin -- perjuicio de extremar las sanciones, mediante agravaciones -- especiales o por acumulación, cuando con ella coinciden o--- otros eventos delictuosos, como los de contagio venéreo, asalto, incesto, lesiones y homicidio". (12)

CODIGO DE 1871

En este ordenamiento penal, el ilícito de violación se encuentra en el título sexto "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres", - en el capítulo III, agrupado con los de atentados al pudor y estupro, del Artículo 795 al 802.

La definición del hecho delictivo es: "Al que por

(12) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos, 10a. ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1970, p. 376.

medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una -
persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo". --
(Artículo 795).

La cópula con una persona que se encontrara sin sentido, o sin tener expedito el uso de razón, a pesar de ser -
mayor de edad, equiparándose esta conducta a la violación --
(Artículo 796).

A la violación le correspondía una sanción de seis -
años de prisión y multa de segunda clase, siempre que la víctima pasara de catorce años de edad. Si era menor de la edad señalada, el término medio de la pena, era de diez años (Artículo 797).

Si la violación era precedida o acompañada de golpes o lesiones, se observaban las reglas de la acumulación para los delitos que resultaran (Artículo 798).

Se aumentaban las penas ordenadas en los Artículos --
796, 797, 798, comentados anteriormente, cuando el reo era as
cendiente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido, o la cópula era contra el orden natural, con dos años más; si el reo era hermano del ofendido, con un año más, si el reo --
ejercía autoridad sobre el ofendido, o era su tutor, maestro, criado, asalariado de alguno de éstos o del ofendido o reali-

zaba el hecho delictivo abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón, o ministro de algún culto, con seis meses más (Artículo 799), -- quedando inhabilitados para ser tutores, o en su caso, suspendiéndolos desde uno hasta cuatro años en el ejercicio de su profesión, al funcionario público, médico, cirujano, comadrón, dentista o maestro, por abusar de sus funciones (Artículo 800).

Cuando el delito lo cometía un ascendiente o descendiente, en los casos estipulados en los Artículos 795, 796 y 797, se le privaba al culpable de todo derecho a los bienes del ofendido, así como de la patria potestad respecto de sus descendientes. Si era hermano, tío o sobrino del ofendido, no podía heredar a éste (Artículo 801).

Si como resultado de la comisión del delito, resultaba alguna enfermedad a la persona ofendida, se le imponía al agente la pena que fuera mayor entre las que le correspondieran por la comisión del delito y por la lesión, considerando el delito como ejecutado con una circunstancia agravante de cuarta clase. Pero si muriera la persona ofendida, se le imponía la pena estipulada en el Artículo 557 (homicidio simple) (Artículo 802).

En el título decimotercero De los delitos contra la libertad sexual, en el capítulo I, del Artículo 860 al 867.

El Artículo 860, estipulaba: "Comete el delito de -- violación: el que por medio de la violencia física o moral - tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo". Como podemos observar, esta definición es - igual a la establecida en el Código Penal de 1871.

Se equiparaba a la violación, la cópula con una persona que se encontrara sin sentido o sin expedito uso de la razón, a pesar de ser mayor de edad (Artículo 861).

Para la violación cometida sobre persona púber, se - imponía una sanción de seis años de segregación y multa de - quince a treinta días de utilidad; si la persona era impúber la segregación se aumentaba hasta diez años (Artículo 862).

Si la comisión del hecho delictivo, se acompañaba o precedía de otros delitos, se penalizaba de acuerdo a las reglas de la acumulación (Artículo 863).

La sanción aumentaba en el Artículo 862, entre otros cuando el reo era ascendiente, descendiente, padrastro, ma--

drastra o hermano del ofendido, o cuando la cópula sea contra el orden natural, de dos a cuatro años, si el reo ejercía autoridad sobre la víctima o era su criado, asalariado, tutor o maestro, o cometiere la violación abusando de sus funciones como médico, cirujano, dentista, comadrón, ministro de algún culto, funcionario o empleado público, de uno a tres años (Artículo 864), éstos quedaban inhabilitados para ser tutores o curadores y el juez podía suspenderlos hasta cuatro años en el ejercicio de su profesión al funcionario público, médico, cirujano, comadrón, dentista, ministro de algún culto o maestro que hayan cometido el delito abusando de sus funciones (Artículo 865).

Para el supuesto establecido en el Artículo 860, cuando se cometía por un ascendiente o descendiente, se le privaba al culpable de todo derecho a los bienes del ofendido y a la patria potestad respecto de todos sus descendientes, e inhabilitaba para ser tutor o curador. Si el reo era hermano, tío o sobrino de la víctima, no podía heredar a ésta ni ejercer, en su caso, la tutela o curatela del ofendido (Artículo 866).

Finalmente, siempre que se perseguía un delito de violación, se averiguaba de oficio si hubo contagio al ofendido, de alguna enfermedad, para imponer al agente del ilícito, la sanción que fuera mayor entre las que correspondían para la

violación y por el otro delito, agravando la sanción con -- una circunstancia de cuarta clase, añadiendo que se observaría lo mismo cuando se causara la muerte (Artículo 867).

De la apreciación de este Código, estimamos que son muy pocos los cambios en relación al Código de 1871.

CODIGO DE 1931

En el título decimoquinto "Delitos Sexuales", capítulo I, del ordenamiento penal en examen, está el delito de -- violación, en los Artículos 265 y 266.

El texto original estipulaba: "al que por medio de -- la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de dos a ocho años" (Artículo -- 265).

La cópula con persona privada de razón o sentido, o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiese resistirla, eran equiparadas con la violación (Artículo 266).

Del estudio de estos Artículos se desprende que en -- este último ordenamiento, ya no se fija una sanción especial

agravante para el ascendiente o descendiente que cometiera - el ilícito de igual forma, tampoco se menciona la violación cometida por funcionario público o por maestro, entre otros de los antes citados.

Asimismo, ya no se estipula la inhabilitación, en el ejercicio de su profesión, de aquellos médicos, dentistas, - cirujanos, comadrones o ministros de algún culto, entre otros actores del ilícito en estudio. Por último, debemos añadir que tampoco se indica la pérdida de la patria potestad o para ser tutores o curadores a los ascendientes, descendientes, ma drastras, o padrastros, que ejecutaren el hecho delictivo.

REFORMAS AL CODIGO PENAL EN 1991

Como un real y evidente producto de la legislaciónis vivida, el Código Penal fue reformado mediante decreto publicado el 21 de enero de 1991 en el Diario Oficial, quedando para el - caso del delito que nos ocupa, de la siguiente manera:

Se adiciona el segundo párrafo del Artículo 265: "Pa ra los efectos de este Artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima -- por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo".

Se reforma el segundo párrafo del Artículo 265, el -

cual pasa a ser el tercer párrafo: "Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, - por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el - sexo del ofendido".

El artículo 266 se reforma de la siguiente manera: -
"Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I. Al que sin violencia realice cópula con persona - menor de doce años de edad;

II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del - hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

' Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad".

Asimismo, se adicionó el Artículo 266 bis, el cual -- textualmente expresa las circunstancias agravantes de la violación, de la siguiente manera:

"Artículo 266 bis.- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su

mínimo y máximo cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada".

III.3 DEFINICION LEGAL.

El Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal dispone lo siguiente:

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

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

Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Al referirnos al primer elemento, mencionando la cópula normal y la anormal, nos referimos a la primera cuando se ejecuta el hecho mediante la introducción del miembro viril por vía vaginal a la víctima; y en cuanto a la anormal, cuando esta se realiza entre homosexuales masculinos o de varón con mujer, por una vía que fisiológicamente no está des-

tinada a ese fin, como lo es por vía anal u oral.

Merece la pena añadir que "es irrelevante que el ayuntamiento se haya agotado plenamente por el derrame seminal dentro del vaso utilizado para la fornicación o que no se haya efectuado, puesto que, en ambos casos, la acción de copular ha existido y, también, se han lesionado los derechos de la víctima a la libre determinación de su conducta en materia erótica -libertad sexual-, objeto preferente de la tutela penal. El daño que sufre el ofendido en dicha libertad existe, aún cuando su violentador no haya podido efectuar la delictiva carnal o aún cuando haya interrumpido el acto en el curso de la fornicación ya iniciada. Para las exigencias jurídicas de integración del elemento "cópula" es suficiente la existencia de la introducción sexual independientemente de sus resultados. (13)

En cuanto al segundo elemento referente a que la cópula se efectúe en persona de cualquier sexo, este delito no pone ningún límite respecto a la edad o desarrollo fisiológico, estado civil o conducta anterior del pasivo; no se establece ningún límite, por lo que cualquier ser humano es susceptible de una violación.

(13) González De la Vega. Op. Cit. Págs. 379 y 380.

Respecto al tercer elemento, en torno a que se realice sin voluntad del ofendido, se refiere a la ausencia de -- consentimiento de la víctima para acceder a la cópula. El -- maestro González de la Vega nos comenta que si una persona -- ejecuta una relación sexual masoquista, en la cual se ejecuten actos de crueldad, si ésta así lo acepta, no habría violación. Sin embargo, el amante sádico, puede convertirse en violador, cuando por crueldad fuerza a otro al acto, pero no necesariamente el amante sádico es un violador, "por ejemplo", si contrata a una prostituta con ofrecimiento de dinero para que ésta tolere en su cuerpo la tortura, emplea en ella la violencia pero realiza la cópula con su consentimiento". (14)

Por último, el cuarto elemento, en cuanto al medio -- que utiliza el agente para obtener de su víctima la cópula, se da en dos vertientes: de manera física o moral. La primera, la podemos entender como aquella fuerza material aplicada sobre el cuerpo del pasivo, utilizada por el agente para superar la resistencia de la víctima para obligarla contra su voluntad a someterse a la comisión de la cópula. Por violencia moral, podemos entender el amago, amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla (Artículo 373 del Código Penal Federal)

(14) Ibidem. pág. 386.

IV.4 ESTUDIO DOGMÁTICO.

Al respecto el Maestro Marco Antonio Díaz de León -- nos explica lo siguiente:

Conducta

La conducta típica establecida en el artículo 265 a comento consiste en realizar cópula por medio de la violencia física o moral, con personas de cualquier sexo. Realizar cópula, por expresa definición establecida por este artículo y sólo para los efectos del mismo, significa introducir el miembro viril en el cuerpo de la víctima, o sea en la vagina, en el ano o en la boca. Esta presunción legal de cópula implica, primero una penetración de pene, aunque no sea total, perfecta o con eyaculación, en el cuerpo de la víctima y, segundo, que al señalar los orificios por donde se efectúa el acceso carnal, con lo mismo, se elimina toda posibilidad de discusión acerca del lugar por el cual deba introducirse el miembro viril en el físico del sujeto pasivo para que se considere como cópula; por tanto, al indicarse la vía oral, con ello equivocadamente aquí se concluye la discusión existente sobre si la fellatio in ore constituye o no una manera de copular.

El elemento normativo "... por medio de la violencia física o moral...", exige, en primer término, que el autor -

haya utilizado violencia física como medio para copular, es decir, a través del empleo de su fuerza corporal materializada en la ofendida con dicha finalidad, y se comprende, el que aquélla puede consistir en golpes, malos tratos, empujones, ataduras, rasgaduras de ropas o desnudamientos, aberturas de piernas o en cualquier otro despliegue idóneo de energía directa y suficientemente aplicada a la víctima para subyugarla o, por lo menos, para inutilizarle su resistencia; por tanto, no existirá este elemento de la violencia física, si el uso de ésta es inidóneo o insuficiente, en el sentido indicado, para realizar la cópula, como ocurriría, por ejemplo si el agente simplemente antes de copular quitara vigorosamente algún mueble interpuesto entre él y el sujeto pasivo o bien el agente le abriera los glúteos un poco a su víctima, para introducirle el pene, si ésta antes de ello hubiera con sentido las maniobras previas al coito.

La violencia moral, se traduce en la manifestación - que hace el agente respecto de causarle un mal al pasivo, como forma de amedrentarle o intimidarle de manera idónea y su ficiente para vencer su resistencia y lograr la cópula. El re conocido autor de Derecho Penal Argentino, Ricardo Núñez, respecto a la violencia moral nos proporciona la siguiente idea : "es la amenaza o promesa directa de un mal por la palabra escrita u oral o un acto que la signifique. El mal a producir, de inmediato o - luego, puede consistir en el daño de algún interés de la víc

tima (su persona o personalidad, sus efectos, sus bienes, -- sus parientes o personas ligadas por afectos). Pero debe -- ser un daño cuyo anuncio, por su naturaleza o forma, intimide a la víctima, vale decir, le infunda un miedo que doble-- que su resistencia" (15)

Resultado

El resultado es instantáneo y material; se produce - en el momento mismo en que penetra el pene en la vagina, en el ano o en la boca, es decir, con la cópula, con "la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo", utilizando el agente, para ello, la violencia física o moral. - Desde luego, la realización de actos concretos tendientes a introducir el miembro viril, de acuerdo a lo antes explicado sin llegar a la cópula por causas ajenas a la voluntad del - agente, constituye tentativa; para esto debe existir siempre prueba plena de la intención de copular del sujeto activo, - pues de otra forma, si no se probara el dolo, los actos considerables como comienzo de esta acción, serían sólo constitutivos del delito de abuso sexual, siempre y cuando se dieran los elementos típicos de éste, señalado en el artículo - 260 de este Código Penal, como ocurriría, v. gr., con el -- coito interfemoral.

Para que el resultado se produzca no es necesario que

(15) Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit. Págs. 474 a 477

la penetración del pene, en las modalidades ya comentadas, - puede darse que sea completa, perfecta o con eyaculación, - tampoco se exige el rompimiento del himen. Esto es, aquí, - para que exista cópula no es necesario que el órgano genital masculino llegue a la vagina, pues es suficiente su introducción vulvar o vestibular en forma apreciable. Respecto del ano, la violación se consuma si el miembro viril se introduce hasta el esfínter interno de la región anal. Únicamente se requiere que penetre el miembro viril, así fuera de manera parcial. Por lo tanto, el simple roce o frotación del pene, sin que se introduzca, en la cavidad vaginal, anal u oral, y aunque se produjera eyaculación, no constituye violación.

Nexo de causalidad

Es el que se da entre la conducta desplegada por el autor y el resultado producido. Por tanto, aunque se diera la cópula, no existirá el delito de violación, si no existe prueba plena en el proceso penal, primero, de la idoneidad de la fuerza física o moral empleada y, segundo, que aunque existiera tal idoneidad, debe demostrarse que su empleo fue suficiente para forzar al pasivo a copular. Sería inidónea, por ejemplo, la fuerza física utilizada de manera irrelevante para llegar a yacer, como ocurriría si dicha violencia la aplicara el agente sólo para robar a la víctima, y ésta en la confusión por tal hecho se quita, por motu proprio. sus ropas inti--

mas, abre las piernas y el agente realiza la cópula vaginal sin mediar despliegue de fuerza física por parte de éste, lo mismo ocurriría, por ejemplo, en el caso de que agente emplea la violencia física únicamente para realizar un abuso sexual, y la víctima ante el éxtasis de éste accede a tener la cópula por su cuenta y sin presentar oposición para ello.

La otra forma de violencia prevista por la norma en estudio, o sea la moral, se refiere al empleo de la vis espiritual para obligar al o a la paciente a copular. Esta violencia moral, equivale a la manifestación o a cualquiera otra expresión del agente, por la cual hace saber a la víctima que le infligirá a ésta algún daño a su persona, a su familia, a terceros o a sus intereses. Tal amenaza de causar un mal debe ser suficiente e idónea, para amedrentar al pasivo, y por tanto, para vencer su resistencia y llega a la cópula sin su voluntad. Trátase, pues, de una coacción directa e inmediata proveniente de un enunciado, oral, escrito o derivado de un acto que lo denote, significante de originar un daño al paciente que sea suficiente para vencer su oposición al acceso carnal.

La violencia moral será inidónea, si carece en sí misma de propiedades o significado para intimidar a la víctima para copular.

Por cuanto a que la violencia, física o moral, habrá

de ser suficiente, significa que en todo caso su expresión - debe hacerse en proporciones de intensidad, cantidad o calidad indispensable a vencer la resistencia de la víctima para lograr la cópula.

Tipo Subjetivo

El aspecto subjetivo del tipo indica que se trata de delito doloso (dolo directo), dado se requiere que el agente conozca los elementos objetivos de aquél y que además quiera dirigir y dirija su conducta al fin de lograr el resultado, o sea copular por medio de la fuerza física o moral.

Sujeto Activo

Unisubjetivo. Los varones como autores, dado que éstos son los que tienen miembro viril, aunque sin descartar la posibilidad de responsabilidad penal en mujeres como partícipes.

Sujeto Pasivo

Cualquier persona, ya sea varón o mujer mayor de 12 - años de edad, que tenga la capacidad de comprender el significado pueda resistirlo.

Esto incluye a las esposas e inclusive a las prostitutas, por la circunstancia de que pueden ser obligadas con violencia o moralmente a copular en el amplio sentido de este --

término.

Bien Jurídico

La libertad sexual. (16)

Por nuestra parte, consideramos que el delito de violación, en relación con la conducta, es de acción, doloso, - no requiere de calidad específica sujeto activo y sujeto pasivo, es unisubsistente, puede ser unisubjetivo o plurisubjetivo, cabe la tentativa, la participación en cualquiera de - sus formas y puede haber concurso de delitos tanto el ideal o formal, como el material o real. El primero puede presentarse si además de violación se ocasiona la muerte del pasivo y el concurso real o material podría ocurrir cuando el sujeto, además de violar a su víctima la golpea, finalmente debemos decir que es un delito material y de lesión.

(16) Díaz de León. Op. Cit. Págs. 476 y 477.

CAPITULO IV

EL DELITO DE ABUSO SEXUAL

IV.1 CONCEPTOS .

Antes de entrar al análisis de este delito, debemos mencionar que con motivo de la reforma efectuada al Código Penal el 21 de enero de 1991, el antiguo delito de atentados al pudor, sufrió cambios como el de nombre, llamándose abuso sexual, sin embargo, en su esencia no se transformó como lo veremos en seguida. Por lo tanto, en algunos puntos del estudio, como en la historia o concepto, nos referiremos al atentado al pudor.

Desde el punto de vista gramatical, abuso significa ---usar mal, injusta, impropia o indebidamente una cosa.

Nuestro Código Penal, define al abuso sexual, como: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de --llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obli--gue a ejecutarlo" (Artículo 260).

González de la Vega, al referirse a la noción general -de este tipo nos dice: "En términos esenciales, se entiende -por delito de atentado 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)

Dentro de la legislación Española, encontramos los abusos equiparados a la violación y al estupro, el primero en el título IX, Artículo 430, que castiga al que abusare deshonestamente de personas de uno u otro sexo, concurriendo cualesquiera de las circunstancias expresadas para la violación.

Muñoz Conde, nos explica que "Gramaticalmente el término "honestidad" equivale a decencia o reputación y en este sentido es demasiado amplio para la rúbrica de los delitos que -- nos ocupan, pues excede en mucho del ámbito de lo sexual; así puede hablarse de un honesto funcionario o de un comerciante -- deshonesto, etc." (2)

Para Rodríguez Devesa "Es indiferente el sexo de los sujetos activo y pasivo. La acción abraza tanto a los actos contra natura como aquellos distintos del coito por los que el -- agente intenta satisfacer sus apetitos libidinosos. Para la -

(1) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, - 21a. ed., Ed. Porrúa. México, 1970, p. 332.

(2) Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, 6a. ed., Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1985. pp. 241 y 242.

consumación no es necesario que se produzca el orgasmo. Generalmente, no bastará el empleo de fuerza en las cosas o una actitud pasiva, pero cabe imaginar una intimidación en que el -- miedo se infunda por una explosión de cólera sobre algún objeto, y también, caso frecuente, que por halagos o una retribución el sujeto activo determine a su víctima a realizar actos impúdicos en su persona. La lascivia por simple representación no es punible, a no ser que sea el epílogo de la violencia usada con este fin. La sodomía *ratione sexus* (pederastia y amor lésbico) es impune si no va acompañada de las circunstancias indicadas en el Artículo 429". (3)

Otro tipo similar es el plasmado en el mismo Código Penal Español, en su Artículo 436 sancionando "al que cometiere cualquier abuso deshonesto, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos Artículos precedentes".

En torno a este Artículo. Muñoz Conde manifiesta: "Sujetos activo y pasivo, pueden serlo, tanto el varón como la mujer. Por abusos deshonestos hay que entender aquellos actos de contenido sexual que no constituyan acceso carnal, incluyéndose -- también los contactos físicos homosexuales, siempre que reúnan alguna de las circunstancias establecidas por los Artículos, -- Artículos 434 y 435, lo que significa una ampliación en el cam

(3) Rodríguez Devesa, José María, Derecho Penal Español. Parte Especial, 9a. ed., Madrid, 1983, pp. 181 y 182.

po de aplicación con respecto a la anterior normativa. Antes de la reforma -agrega- los actos de homosexualidad, realizados con persona mayor de 12 años, eran atípicos, pues en el delito de abusos deshonestos se hacía expresa referencia que los sujetos pasivos fueran los mismos que los establecidos en los -- Artículos precedentes, lo que hacía imposible que el varón fuera sujeto pasivo". (4)

El maestro Díaz de León, lo define de la siguiente manera: "El abuso sexual se comete por quien, sin intención de -- llegar a la cópula, realiza un acto sexual u obliga a realizarlo, en una persona (varón o mujer) sin mediar la voluntad de ésta para ello". (5)

El delito de abuso sexual nos parece, sin lugar a dudas sumamente importante, preponderantemente, su validez en el ámbito penal; pero en relación con la definición legal consideramos que dentro de ésta, debería omitirse"... ejecute en ella - un acto sexual o la obligue a ejecutarlo..." y en verdad, valdría la pena en su lugar hablar de actos, eventos o enojosas -

-
- (4) Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal. Parte Especial, 6a. ed. Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1985, pp. 360 y 361.
- (5) Díaz de León, Marco Antonio, Código Penal Federal con Comentarios, Ed. Porrúa. México, 1994, p. 432.

situaciones de orden sexual, para que se pudiera presentar este ilícito. De esta manera, es factible definir: comete el delito de abuso sexual el que contra el consentimiento de una persona, manifestado en cualquier forma, y sin el propósito de -- llegar a la cópula realice en el sujeto pasivo, actos, eventos o molestas situaciones de orden sexual.

La naturaleza jurídica del abuso sexual, consiste en -- ejecutar un acto sexual u obligar a ejecutarlo a una persona -- sin su consentimiento y sin el propósito de llegar a la cópu-- la. Si en la ejecución del ilícito se hiciere violencia física o moral, la pena se aumentará hasta en una mitad. El bien jurídicamente tutelado, consideramos es la libertad sexual del individuo.

Es necesario recordar que anteriormente a la reforma de 1991, se denominaba atentados al pudor, y como observaremos, no sufre ningún cambio trascendental en sus elementos esenciales, sino que únicamente cambia el nombre y la sanción es aumentada. Enseguida transcribiremos ambos delitos, para observar la diferencia real antes y después de la reforma.

El Artículo 260, antes de la reforma de 1991, denominado atentados al pudor exponía: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual con intención lasciva o la obligue a -

ejecutarlo, se le impondrá prisión de quince días a un año y - de diez a cuarenta días de trabajo en favor de la comunidad.

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

Por su parte, el texto del mismo Artículo posteriormente a la reforma del 21 de enero de 1991, llamado abuso sexual, es el siguiente: "Al que sin consentimiento de una persona y - sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de -- tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad".

De esta manera podemos observar que el cambio sufrido - por el Artículo en cuestión, únicamente es la sanción, la cual se transformó de quince días a un año, y de diez a cuarenta -- días de trabajo en favor de la comunidad, -estipulada antes de la reforma- en la sanción de tres meses a dos años de prisión.

El Artículo 266 bis, menciona los casos en que se aumentará la sanción hasta en una mitad en su mínimo y máximo, para este delito, cuando:

"I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión; y

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada".

"Ejecutar un actor, significa realizar físicamente un contacto erótico en el cuerpo de la víctima, es decir, el agente debe efectuar materialmente una maniobra libidinosa que puede consistir en tocar, frotar, rozar, tentar o acariciar con sentido lascivo, alguna parte del cuerpo de la persona ofendida, como por ejemplo en una mujer el pubis, los senos, los glúteos, o cualquiera otra parte de contenido sexual de su físico, faltando el consentimiento de ésta. Por tanto, no existirá el --

elemento normativo de la ejecución material de acto sexual, si el activo sólo pronuncia palabras obscenas, deshonestas o de invitación a realizar un acto sexual, o bien si se limita a -- ver el cuerpo del pasivo sin su consentimiento, y sin obstar, vamos a suponer la desnudez de éste si así le hubiera sorprendido aquél; tampoco existirá dicho elemento del tipo si los tocamientos los efectúa el agente en su propio cuerpo, v.gr. en su pene, sin importar que los mostrare a la ofendida sin el -- consentimiento de ésta". (6)

González de la Vega, refiriéndose al delito de atentados al pudor (lo mencionamos por constituir antecedente inmediato del abuso sexual), indica lo siguiente: "El análisis -- del precepto total nos da los siguientes elementos constitutivos: I. Ejecución en la víctima de un acto erótico-sexual distinto al ayuntamiento; II. Ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula; III. Que dicho acto se efectúe: a) sin el consentimiento de persona púber, b) con o sin consentimiento de persona impúber. A estos requisitos derivados de la redacción literal de la ley debe agregarse como elemento psicológico muy señalado. IV. El ánimo de lubricidad".(7)

(6) Díaz de León, Marco Antonio, Código Penal Federal con Comentarios, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 433.

(7) González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, 10a. ed. Ed. Porrúa, México 1986, p. 333.

IV.2 BREVE RESEÑA HISTÓRICA UNIVERSAL DEL DELITO.

Bajo el título de atentados al pudor en la mujer, se -- agrupaban de manera genérica los delitos de adulterio y estupro, en el Derecho Romano. Durante la evolución de las instituciones penales, las formas de ejecución del delito en estudio, se llegaron a sancionar como una forma de coacción, consistente en la fuerza aplicada a una persona con el fin de constreñirla físicamente a que deje realizar un acto contra su voluntad, o mediante la amenaza de un mal o bien por miedo para determinarla a efectuar o no una acción. "También, dentro del amplísimo concepto de la injuria u ofensa intencionada a la personalidad de un tercero se comprendieron la seducción para fines inmorales u obscenos y los atentados al pudor contra niños nacidos libres; por último, esa forma se utilizaba para reprimir las tentativas de violación en mujer o niña libre, de conducta honesta, haciéndose posteriormente extensiva a todo acto que ofendiera al pudor de una mujer honrada". (8)

El Código Penal de Francia, en los Artículos 331 y 332, bajo la designación común de attentat á la pudeur, comprende - al atentado al pudor sin violencia en un niño de cualquier sexo, siendo menor de trece años; al cometido por cualquier as--

(8) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, 10a. ed. Ed. Porrúa, México, 1986, p. 333.

cendiente sobre la persona de un menor, aún cuando su edad sea mayor de trece años, siempre que no estuviere emancipado por matrimonio; al ejecutado con violencia en contra de cualquier persona de uno u otro sexo.

IV.3 DEFINICION LEGAL.

Dentro de la historia nacional de delito, podemos decir, que en nuestras civilizaciones prehispánicas, se tenía un gran respeto por las mujeres, de tal forma que podían caminar por cualquier lugar a cualquier hora del día sin correr el riesgo de sufrir una molestia hacia su persona; todo esto debido también a los fuertes castigos para los infractores. El delito de abuso sexual no lo encontramos regulado como tal; no obstante, consideramos que su antecedente en esta época, fue el delito de estupro y violación, como lo explicaremos posteriormente.

CODIGO DE 1871

En este ordenamiento, el delito de atentados al pudor, antecedente del de abuso sexual, se encontraba tipificado en el título sexto "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres", capítulo III "Atentados contra el pudor. Estupro. Violación.

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

Más adelante se especificaba que el atentado contra el pudor ejecutado sin violencia física ni moral, se castigaba con multa de primera clase, con arresto menor o con ambas penas, a juicio del juez según las circunstancias, si el ofendido fuere mayor de catorce años (Artículo 790).

Por lo contrario, el atentado cometido por medio de la violencia física o moral, se sancionaba con la pena de dos años de prisión y multa de 50 a 500 pesos, si el ofendido era mayor de catorce años y multa de 70 a 700 pesos (Artículo 791).

Por último, se estipulaba que el atentado al pudor se entendía como delito consumado (Artículo 792).

CODIGO DE 1929

En principio diremos que este Código Penal, regula el tipo de atentados al pudor en el título décimo tercero, "De los delitos contra la libertad sexual", capítulo I "De los atentados al pudor, del estupro y de la violación".

La definición del ilícito en estudio es la siguiente: "Se da el nombre de atentados al pudor: a todo acto erótico-sexual que, sin llegar a la cópula carnal, se ejecute en una persona púber sin su consentimiento de ésta" (Artículo 851).

Al igual del Código Penal de 1871, se hace referencia al atentado al pudor ejecutado sin violencia y con violencia. En el primer caso, se sancionaba con multa de diez a veinte -- días de utilidad, con arresto hasta de seis meses o con ambas sanciones, a juicio del juez según las circunstancias. Cuando se ejecute en una impúber, se sancionará con multa de veinte a cincuenta días de utilidad y con arresto no menor de seis me-- ses (Artículo 852).

Por otro lado, el atentado cometido con violencia ffsi-- ca o moral, era sancionado hasta con tres años de segregación y con multa de cincuenta a sesenta días de utilidad. Si el -- ofendido no llegaba aún a la pubertad, la segregación era has-- ta de cuatro años y multa de sesenta a setenta días de utili-- dad. (Artículo 853). El atentado al pudor sólo se sancionaba cuando se hubiera consumado (Artículo 854).

En el Artículo 855, se establecía la figura del exhibi-- cionismo sancionándola según lo establecido en el Artículo 852.

CODIGO DE 1931

El delito que estamos analizando, en el Código de 1931 original se encontraba bajo el título de decimoquinto "Delitos sexuales", capítulo I "Atentados al pudor, estupro y violación".

Se estipulaba como atentado al pudor al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecutaba en ella un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, aplicándose de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos. Si se ejecutaba con violencia física o moral, la pena era de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos (Artículo 260).

Asimismo, el atentado contra el pudor sólo se castigaba cuando se hubiera consumado (Artículo 261).

Como podemos observar, en este ordenamiento ya no se estipula en un Artículo el atentado al pudor cometido con violencia física o moral y en otro el ejecutado sin ésta, sino que - en uno sólo se indican ambas hipótesis, únicamente especificando la agravación de la pena para el realizado con violencia.

En este mismo sentido, tampoco se establece el exhibicionismo, citado en el Código de 1929. Sin embargo, lo único que prevaleció en los tres ordenamientos penales fue la estipulación sobre la tipificación del ilícito, únicamente cuando se hubiere consumado.

REFORMAS AL CODIGO PENAL EN 1991

Con esta reforma, el delito de atentados al pudor cambia

de nombre, denominándolo abuso sexual. El texto del Artículo 260 no se modifica en gran parte, quedando: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarían hasta en una mitad".

No obstante, el Artículo 261 sí se modifica por completo, de la siguiente manera: "Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de --doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de com--prender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión". Con una reforma, se estatuye una nueva hipótesis en el Artículo 261.

En Relación al Número de Actos

Este ilícito es unisubsistente, porque se requiere de un sólo acto para que se colme el tipo penal, esto es, se con

figura el tipo con el acto sexual ejecutado en otra persona -- sin su consentimiento, o el hecho de obligar a esta última a ejecutarlo.

En Relación al Número de Sujetos

Es unisubjetivo, ya que en la descripción legislativa se menciona: "Al que..."; lo cual nos lleva a entender como necesaria la participación de un sólo sujeto para la configuración del delito.

Por su Forma de Persecución

El abuso sexual se persigue de oficio, ya que es obligación de la autoridad perseguirlo, aún en contra de la voluntad del ofendido.

En Función de su Materia

1. Federal.- Será federal, en cuanto a su tipificación dentro del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.

2. Común.- El abuso sexual es un ilícito con mayor presentación en el ámbito común, es decir, dentro de la jurisdicción de cada uno de los estados, siendo sancionado por cada --

una de las autoridades de los mismos.

Clasificación Legal

Se encuentra clasificado en el Libro Segundo, Título dé cimoquinto "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", capítulo I, Artículos 260 y 261 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

Imputabilidad e Inimputabilidad

Imputabilidad

Como ya lo hemos mencionado en anteriores ocasiones, la imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

Menores de edad

En cuanto a los menores de edad que cometen ilícitos, - diversos penalistas se han manifestado por considerarlos fuera del derecho penal, como persona inimputables.

Nuestro pensar es calificarlos como personas imputables, con excepción de aquellos que por su notoria escasez de edad - no tienen la capacidad de querer y entender, en el campo del de

recho penal.

Estimamos como imputables a estos individuos, porque -- creemos que sí son entes de imputación de delitos, la única diferencia es que están sometidos a un régimen diferente al co--mún.

IV.1 ELEMENTOS DEL DELITO.

Para efectuar el estudio dogmático del delito de abuso sexual, tomaremos como base al Artículo 260, independientemente del estudio analítico que hemos realizado anteriormente, el cual comprende los dos tipos relativos al abuso sexual.

CLASIFICACION DEL DELITO

En Función de su Gravedad

El tipo penal de abuso sexual, estimado desde el punto de vista de la clasificación bipartita, lo consideramos un delito por estar sancionado por la autoridad judicial.

En Orden a la Conducta del Agente

Es un delito de acción, debido a que el agente en la -- realización del hecho delictivo ejecuta movimientos corporales o materiales para lograr un objetivo, es decir, ejecuta en --- otra persona un acto sexual u obliga a ejecutarlo. Existe la posibilidad de efectuar tanto la violencia física como la mo-- ral.

Por el Resultado

El abuso sexual es un tipo de realización material, debido a que se produce un resultado, en la ejecución del mismo

se necesita de un hecho cierto, el cual consiste en ejecutar - un acto sexual en otra persona u obligarla a realizarlo.

Por el Daño que Causan

Es un delito de lesión, ya que está afectando el bien - jurídicamente tutelado de la otra persona, el cual es la libertad sexual; lo daña.

Por su Duración

Es un tipo penal de consumación instantánea, pues se -- colma la hipótesis plasmada en el Código, en el momento mismo de su ejecución.

Por el Elemento Interno

El abuso sexual es de carácter doloso, porque para su - ejecución, el agente tiene la voluntad de realizar la conducta antijurídica, deseando el resultado de la misma.

En función a su Estructura

En cuanto a su estructura, es un delito simple, porque únicamente protege un bien jurídicamente tutelado por la norma el cual es la libertad sexual.

Cuando un menor de edad, comete un abuso sexual sobre otra persona, éste es sancionado por el Consejo Tutelar para Menores; el hecho de someterlos a este Consejo no significa -- que no sea imputable, por consiguiente consideramos incorrecto conceptuarlos al igual de aquellos que padecen alguna enfermedad mental.

Acciones libres en su causa

Las acciones libres en su causa se presentarán cuando el agente, para abusar sexualmente de cierta persona, se pone en algún estado de inimputabilidad. Empero, a pesar de esta circunstancia, el agente es imputable completamente, porque dolosa o culposamente se ha puesto bajo ese estado.

En relación a este punto, el Artículo 15 del Código Penal Federal, señala lo siguiente: "al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya -- previsto o le fuere previsible".

Inimputabilidad

La inimputabilidad, como ya lo hemos reiterado, es la - falta de capacidad de querer y entender en el campo del dere-- cho penal.

Incapacidad

La incapacidad se presentará en aquellos casos en que - el individuo, por su reducida edad no comprenda el carácter de su acción, o bien, en virtud de padecer algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

Trastorno Mental Transitorio

El trastorno mental transitorio se presenta en aque---- llos casos, en que el agente sufre un cambio eventual en su -- psique, el cual lo lleva a actuar de una forma distinta de como lo haría en condiciones normales. Es decir, que por su altera_ ción o trastorno mental transitorio, abusa sexualmente de otra persona, lo cual ha cometido sin la voluntad de hacerlo.

Asimismo, es muy importante recordar que para conside-- rar inimputable al agente, deben practicarse los estudios pro-- fesionales necesarios, al mismo, con el fin de llegar a la ver_ dad de su comportamiento, y poder darle el tratamiento mereci-- do.

Falta de salud mental

La falta de salud mental, es cuando se considera a un individuo inimputable en consecuencia de mente enferma.

El Artículo 15, Fracción, VII, indica en cuanto a este punto: "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no -- tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no -- ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible".

Con el fin de ampliar más la información sobre la falta de salud mental, transcribimos textualmente el Artículo 69 Bis, el mismo que manifiesta lo siguiente:

"Si la capacidad del autor, de comprender el carácter -- ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuída por las causas señaladas en la fracción VII del Artículo 15 de este Código, a juicio del -- juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el Artículo 67 o bien ambas, -- en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afecta-

ción de la imputabilidad del autor".

Miedo Grave

El abuso sexual también se puede cometer por miedo grave. Si entendemos por miedo grave aquellas circunstancias subjetivas por medio de las cuales el sujeto actúa impulsado, por éstas, siendo más fuertes que su propia voluntad. Verbigracia, en las "novatadas", cuando al nuevo integrante de un equipo se le hace pasar por distintos medios para "festejar" su ingreso al mismo, puede suceder que alguno de los sujetos activos, -- por miedo a que le hagan daño sus demás compañeros si no abusa sexualmente del nuevo integrante, ejecuta el delito.

Es prioritario advertir que este pánico debe ser interno, subjetivo, porque de existir un temor, real objetivo, ya no será miedo grave, sino temor fundado, como lo explicaremos más adelante cuando hablemos de la inculpabilidad.

La Conducta y su Ausencia

La Conducta

Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

Clasificación

Es un delito de acción. Porque para su realización se -

requiere de la participación del agente con movimientos corporáneos o materiales, mediante los cuales ejecute el hecho delictivo.

Sujetos

El maestro González de la Vega en relación al delito de atentados al pudor, antecedente inmediato del ilícito es estudio, nos comenta: "El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, hombre o mujer; igualmente el sujeto pasivo puede serlo hombre o mujer".

1. Sujeto activo.- Podrá ser cualquier persona, será -- quien ejecute el abuso sexual en el otro individuo o quien lo obligue a ejecutarlo.

2. Sujeto pasivo.- Es cualquier persona, el titular del bien jurídicamente tutelado de la libertad sexual, en este caso, será sobre quien ejecuta el sujeto activo el acto sexual, o a quien obligan a ejecutar un acto sexual sobre el primero.

3. Ofendido.- Es sobre quien recae la acción, en el tipo en estudio, coincide con el sujeto pasivo, Puede ser cualquier tipo de persona.

Objetos del Delito

1. Objeto jurídico.- El objeto jurídico, como todos sa-

bemos, es el bien jurídicamente tutelado; por consiguiente, - nos referimos a la libertad sexual de cada individuo.

2. Objeto material.- Es sobre quien se ejecuta la conducta antijurídica; en el abuso sexual coincide el objeto material con el sujeto pasivo, ya que es él quien resiente directamente el resultado de la acción delictiva.

Ausencia de Conducta

La única forma en que consideramos puede existir ausencia de conducta, es mediante el hipnotismo. De esta manera, - el agente es colocado en un estado de letargo, quedando su voluntad al arbitrio de un tercero, quien le ordena abusar sexualmente de otra persona sin su consentimiento, o en su caso a obligar a esta última a ejecutar un acto sexual.

Tipicidad y Atipicidad.

Tipicidad

Tipo penal

El tipo penal en estudio, es el descrito en el Artículo 260 del Código Penal Federal, el cual dice lo siguiente:

"Artículo 260.- Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella -

un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Si hiciere uso de violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad".

Tipicidad

Es la adecuación de la conducta al tipo penal, esta se va a presentar cuando el sujeto activo despliegue una conducta exactamente igual a la descrita por el legislador en el texto penal, configurándose el delito.

Clasificación del Tipo Penal:

1. Por su composición.- Es un tipo normal, ya que la -- descripción efectuada por nuestros legisladores se encuentra - conformada de elementos objetivos.

2. Por su ordenación metodológica .- Es fundamental o básico, porque tiene plena independencia, se encuentra formado - con una conducta ilícita sobre un bien jurídicametne tutelado:

3. Por su autonomía o independencia.- Es autónomo en -- virtud a que tiene vida propia, no necesita de la realización de ningún otro ilícito para su configuración y sanción.

4. Por su formulación. Es un tipo amplio debido a que -

contiene en su descripción una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, es decir, se colma el tipo penal con la lesión causada al bien jurídicamente tutelado, independientemente, de los medios empleados para la realización del ilícito.

5. Por el daño que causa. Es un tipo de lesión porque - de un resultado, de un daño inminente al bien jurídicamente tutelado.

Atipicidad

El jurista González Blanco, en cuanto al delito de atentados al pudor, antecedente del abuso sexual, expresa: "El aspecto negativo de la tipicidad o sea la atipicidad, se presenta en este delito, cuando no se realizan actos eróticos sexuales, sino de otra clase como sería por ejemplo el caso del ladrón que al robar a la dama en un camión le restrega una parte pudenda." (10)

Por falta de los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos. Cuando falte el elemento subjetivo plasmado en el texto legal: "sin el consentimiento de una persona...",

(10) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales. Editorial -- Aloma. México 1958. pág. 78.

por lo cual, si la otra persona ha otorgado el mismo, no habrá delito.

ANTI JURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

Antijuridicidad

Para que la conducta desplegada por el agente sea considerada como delito, debe ser antijurídica, es decir, contraria a derecho.

Se presenta tanto la antijuridicidad formal como material.

Causas de Justificación:

Puede pensarse, en la hipótesis de ser el sujeto pasivo, cónyuge del sujeto activo, el segundo actúa en ejercicio de un derecho; sin embargo, nosotros consideramos que no es posible el ejercicio de un derecho ni entre los cónyuges, debido a que este estatus no da el derecho de violentar la libertad sexual de otra persona, aunque sea el consorte.

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

Culpabilidad

La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que

une al sujeto con su acto.

El abuso sexual es de realización dolosa. Para la ejecución del mismo se requiere de la voluntad del agente para -- realizar el acto sexual sobre su víctima, éste desea el resultado.

El maestro Díaz de León opina: "Se trata de un delito doloso (dolo directo). El tipo establece como elemento subjetivo la intención lasciva, sin que exista la de yacer; es decir, el agente debe querer únicamente abusar sexualmente, sin tener en mente llegar a la cópula, dado, se limita a buscar un desahogo lúbrico, sin aspirar a tener acceso carnal." (11)

Inculpabilidad

Es el aspecto negativo de la culpabilidad, es la falta del nexa intelectual y emocional que une al sujeto con un acto.

El error

En nuestro derecho penal mexicano, el error que ocasiona la inculpabilidad del agente es el de naturaleza invencible.

(11) Díaz de León, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios, Ed. Porrúa. México, 1994, p. 433.

Es cuando humanamente no es posible evitar el hecho, por la -- falsa concepción de la realidad que se tiene en cuanto a éste, por lo cual no se puede prever el resultado antijurídico.

El Artículo 15 del Código Penal Federal Mexicano establece lo siguiente:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error - invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta".

Asimismo, en relación a esto el Artículo 66 estatuye:

"Artículo 66.- En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del Artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de - que se trata admite dicha forma de realización. Si el error - vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la

pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate."

Temor fundado

El temor fundado se presentará cuando el agente actúe - bajo circunstancias objetivas que le puedan ocasionar algún daño. Por ejemplo, cuando en una "novatada", el nuevo integrante sufre un abuso sexual de sus compañeros, pero uno de ellos sabe que de no hacerlo, corre el riesgo de sufrir graves daños es decir, éste ya tiene el conocimiento objetivo del peligro - que corre, necesariamente porque ya ocurrió en alguna ocasión, situación por la cual actúa contra su voluntad.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

No se presentan

PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Punibilidad

Es el merecimiento de las penas, la encontramos establecida en el Artículo 260 el cual dice "...se le impondrá pena - de tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mi

nimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad".

Excusas absolutorias

No se presentan.

Es de justicia reconocer que el análisis dogmático del - delito que nos ocupa en este apartado, lo llevó a cabo el Doctor Eduardo López Betancourt, en su obra Delitos en Particular y a continuación, realizaremos el análisis personal de este tipo penal.

CAPITULO V

EL DELITO DE ESTUPRO

V.1 CONCEPTOS.

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

El Diccionario Jurídico Mexicano define en relación con el estupro: "Proviene del latín stuprum, que es el acto ilícito con doncella o viuda; deshonestidad, trato torpe, lujuria; torpeza, deshonra; adulterio, incesto; atentado contra el pudor, violencia, acción de corromper, seducción. El vocablo -- latino stupro, equivale a estuprar, violar por fuerza a una -- doncella, quitarle su honor; contaminar corromper, echar a perder".(1) Asimismo, más adelante comenta que el concepto de este delito con excepción del etimológico, ha tenido algunos -- cambios , pues con el transcurrir del tiempo se ha reducido al acceso carnal del hombre con una mujer, logrado con abuso de confianza o engaño.

El autor Francesco Carrara define al delito de estupro

(1) Instituto de investigaciones jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV. Ed. Porrúa.S.A. México,1985,p.141.

como el "conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, - precedido de seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia". (2)

González de la Vega considera al delito en estudio como "la conjunción sexual, obtenida sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligadas por matrimonio y de conducta sexual honesta".(3)

El autor ibero, Muñoz Conde, expresa: "La palabra estupro, derivada del latín stuprum, tuvo el significado en el Derecho medieval de yacimiento carnal ilícito. Pero a partir - del siglo XVI se restringe dicho significado en el idioma castellano al yacimiento carnal realizado con mujer virgen o doncella mediana engaño o seducción". (4)

Giuseppe Maggiore, nos comenta: "La palabra estupro ha sido empleada por la doctrina y las legislaciones en distintos significados; los principales son: 1) estupro simple, que es el concubito con una persona libre, es decir, soltera, y

(2) Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Tomo 4, 2a. ed., Ed. Témis, Bogotá, 1967, p. 184.

(3) González, de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, 21a. ed., Ed. Porrúa, S.A. México, 1986, p. 359.

(4) Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal. Parte Especial, 6a. ed. Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1985, pp. 353 y 354.

honestas; 2) estupro con seducción que es la unión carnal con engaños, 3) estupro con violencia, que es el ayuntamiento obtenido con coacción física o moral. Además, el estupro propio, o sea el que produce desfloración, se distingue del impropio, que no produce ese efecto". (5)

El maestro Díaz de León define al estupro como un: "Delito cometido por quien realiza cópula con una persona, mujer o varón, mayor de doce años y menor de dieciocho, logrando su aceptación mediante el empleo de engaño".(6)

El delito de estupro con fisonomía propia, pasa por -- una larga evolución. En sus inicios, es utilizado el término estupro para designar cualquier concubito extramatrimonial, - hasta alcanzar el actual significado de acceso carnal con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, por medio del - engaño.

En Roma, se conocía usualmente con el nombre de estupro, adulterio, a pesar de estar limitado a la mujer casada. Asimismo, el término de estuprum se identificaba también, como todo acto impúdico con hombres o mujeres, como la unión --

(5) Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, Parte Especial, 6a. Ed. Ed. Publicaciones Volumen IV, 3a. ed. Ed. Témis, Bogotá, Colombia, 1989, nota 19 de la p. 57.

(6) Díaz de León, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios, Ed. Porrúa, S.A., México, 1994, p. 434.

carnal con una virgen o viuda honesta. La violencia no era -- constitutiva de este delito. Cuando la unión carnal estaba -- acompañada de violencia, quedaba comprendida dentro de la no-- ción de crimen, así lo señala el Digesto, "Eum qui per vim stu-- prum intulit vel marí vel foeminae... -ublicam vim committere nulla dubitatio est" (no hay ninguna duda de que aquel que vio-- lentamente comete estupro en un hombre o mujer... comete vio-- lencia pública).

En el Digesto, en su ley XXXIV, título V, Libro XLVIII, se señalaba que cometía el delito de estupro el que, fuera de matrimonio tuviera acceso con mujer de buenas costumbres, exceptuando el caso de la concubina; el adulterio se comete con mujer casada; el estupro, con una viuda, una virgen o una niña. La instituta de Justiniano, Ley IV, título VIII, párrafo IV, indicaba: "la citada ley Julia castiga el delito de estupro, en que sin violencia se abusa de una doncella o de una viuda que vive honestamente; la pena para gente acomodada es la confiscación de la mitad de los bienes, y para los pobres pena corporal".

La Ley de Leovigildo, rey de los visigodos, establecía que la pena para el estuprador, si fuera hombre libre, era -- volverse esclavo de la víctima, pero si era ya esclavo, se le quemaría en el fuego. Por otro lado, en la antigua legisla-- ción de Inglaterra, el estupro se sancionó en un principio --

con la pena de muerte, pero posteriormente se transformó la pena, por castración y pérdida de ambos ojos.

Para el derecho canónico el estupro es el comercio carnal ilícito, con una mujer virgen o viuda, que viva honestamente y que no sea pariente en grado prohibitivo para el matrimonio; esto último, para diferenciarlo del incesto.

En el origen histórico del tipo en estudio, tenemos el título XIX, leyes I y II, de la Setena Partida, aplicable a "los que yacen con mujeres de orden (pertenecientes a órdenes religiosos), o con viudas que vivan honestamente en sus casas, o con vírgenes, por halago o engaño, sin hacerles fuerza". El texto original de las citadas leyes es el siguiente:

"Castidad es una virtud que ama a Dios e deven amar los omes. Lo anterior, dicho por los Sabios antiguos, tan noble, e tan poderosa es la su bondad, que ella sola cumple para presentar las ánimas de los omes, e de las mugeres castas, ante Dios; e por ende yerran muy gravemente a aquellos corruptores de las mugeres, que biven de esta guisa en Religión o en sus casas, seyendo biudas, o seyendo vírgenes.

Gravemente yerran los omes que se trabajan de corromper las mugeres Religiosas, nurque ellas son apartadas de los vicios, e de los sabores deste mundo e se encierran en el Monas-

terio para fazer asperavida, con intencion de servir a Dios
Otrosi dezimos, que fazen grand maldad aquellos que sosacan --
con engaño, o falago, o de otra manera, las mugeres virgenes -
o las biudas, que son de buena fama, o biven honestamente e --
mayormente, quando son huespedes en casa de sus amigos; e non
se puede escusar, que el que yoguiere con alguna muger destas,
que non fizo muy gran yerro, maguer diga que lo fizo con su -
plazer della, non le faziendo fuerca. Ca, segund dizen los Sa
bios antiguos, como en manera de fuerca es, sosacar e falagar
las mujeres sobredichas, con prometimientos vanos, faziendoles
fazer maldad de sus cuerpos; e aquellos que traen esta manera,
mas yerran que si lo fiziessen por fuerca". (8)

Durante el siglo pasado, los tratadistas clasificaron -
al estupro en voluntario y violento; posteriormente otros a---
gregaron una tercera categoría denominada in violenti, ni vo-
luntario, en la que se inclufan todos los casos en que faltara
el consentimiento racional de la mujer, pero hubiera concurri-
do su consentimiento instintivo o animal. Esta corriente fue
preferida por los tratadistas alemanes.

Dentro de la historia del Derecho Español, Cuello Calón
expresa: "En el antiguo derecho hallamos sanciones para he---

(8) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal. Parte Especial, to-
mo II, Volumen Segundo, 14a. ed., Ed. Bosch, Barcelona, -
1980, pp. 614 y 615.

chos análogos a los previstos en este Artículo. En el Código penal de 1822 se castigaron con pena de deportación los abusos deshonestos cometidos sobre niños o niñas por funcionarios públicos, ministros de la religión, tutores, ayos, -- maestros, directores, y criados (Artículo 172). Esta figura de delito pasó con alguna modificación a los Códigos de 1848 1870, 1928, 1932, 1944 y ha sido reproducida por el vigente".

En el Código Español de 1963, el estupro comprende -- tres diferentes tipos de descripción y naturaleza distinta, los cuales son los siguientes:

"a) El estupro de una doncella mayor de doce años y -- menor de veintitrés cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de educación o guarda de la estuprada (Artículo 434 del Código Penal español). Este delito, al que la doctrina española designa estupro doméstico, tiene, como característica muy especial que lo separa de la noción del estupro general aceptada, la de que no es menester que el sujeto activo haya empleado procedimientos fraudulentos, siendo bastante, para la punibilidad del hecho, que se ejecute por personas que guarden, acerca de la víctima, determinadas condiciones de superioridad, dominio espiritual o confianza. Por -- otra parte, se requiere que la mujer ofendida sea doncella, es decir, virgen, pura de todo contacto vaginal. Separádo=

se de la noción doctrinaria del estupro, este caso se sanciona como modo de garantir a las mujeres inexpertas, menores de edad, contra los abusos de autoridad o de confianza en el aprovechamiento sexual.

b) El estupro cometido con hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años (Artículo 435 del Código Penal español). De esta manera y en forma defectuosa en cuanto a su clasificación y descripción, incluye el Código español al incesto dentro del delito de estupro. Además de la incorrecta denominación del delito, su principal defecto consiste en considerar en todo caso simplemente como víctimas del incesto a las mujeres, aún cuando ya sean plenamente adultas, responsables de sus actos y consientan la prestación sexual, caso en que más bien son partícipes de la infracción.

c) El estupro cometido por cualquiera otra persona con una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitres, interniendo engaño (párrafo primero del Artículo 436 vigente del Código Penal español). Esta forma del delito corresponde con mayor cercanía a su noción generalmente aceptada, puesto que el fraude es elemento imprescindible. Sin embargo, la ley española no exige literalmente que la mujer sea doncella o de conducta sexual honesta; fue necesario que una jurisprudencia la interprestase la descripción en el sentido de que la víctima debe ser de vida honesta y buenas costumbres, sin lugar a dudas la inter

pretación del máximo Tribunal con que cuenta nuestro País resulta muy importante, pues indiscutiblemente la honestidad es una virtud que en este mundo terrenal casi ya no existe y las buenas costumbres nacen de los principios inculcados. Además nótese que en la norma no se indica en qué consiste la acción material de estuprar, interpretándose doctrinaria y jurisprudencialmente como el acceso carnal, aunque la cópula no sea perfecta ni produzca el embarazo de la ofendida". (9)

El maestro Francesco Carrara distingue el estupro, considerado como hecho, en simple, con seducción y con violencia. Posteriormente nos expresa: "abriéndome camino para decir que el estupro simple no es punible y que el estupro con violencia da origen al delito de violencia carnal, circunscribo las indagaciones relativas al presente título únicamente al estupro -- con seducción verdadera o presunta". (10)

V.2 DEFINICION LEGAL.

En nuestro país, durante la época prehispánica, particularmente entre los aztecas, según nos comenta el profesor Lucio Mendieta y Núñez, para los delitos de embriaguez, encubri-

(9) González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano. - Los Delitos, 21a. ed., Ed. Porrúa, S.A. México, 1986, pp. 362 y 363.

(10) Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, Volumen II, Tomo 4, 2a. ed., Ed. Témis, Bogotá 1967, p. 189.

miento, falso testimonio, falsificación de medidas, hechicería homicidio, incesto, malversación de fondos, peculado, pederastía, riña, robo, sedición, traición, así como el de estupro, - tenían penas de una gran gama, exceptuando la de prisión.

Sin embargo, en el pueblo maya, el ilícito en estudio - era castigado con "lapidación, con la participación del pueblo entero."(11)

En la Novísima Recopilación, libro XII, Título XXIX, -- ley IV, nos señala: "Los reos reconvenidos por causas de estupro no sean molestados con prisiones.

Deseando ocurrir a los daños morales y políticos, de -- que tal vez será ocasión la diferente práctica que se sigue -- por los Jueces ordinarios y tribunales superiores del Reyno en la substanciación y determinación de las causas de estupro; y para unificarla que en adelante haya de seguir en todos ellos, tengo encargado al mi consejo, que tratando esta materia con - la madurez y detención que acostumbra, me consulte las reglas ciertas y seguras que le parezcan mas acertadas. Pero siendo repetidos los recursos que se me hacen, en solicitud de que - no se molesten las personas por causas de daños; he juzgado -

(11) Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario. Cárcel y penas en México, Ed. Porrúa, S.A., México, 1974, p.42.

urgentísimo poner pronto remedio á las arbitrariedades y abusos que se versan en el particular de prisiones por dichas -- causas mientras se establecen las reglas fixas y que deban observarse sobre lo general de este asunto; y he tenido á bien mandar por punto general, que en las causas de estupro, dándose por el reo fianza de estar á Derecho, y pagar juzgado y -- sentenciado, no se le moleste con prisiones ni arrestos; y si el reo no tuviese con que afianzar de estar á Derecho, pagar juzgado y sentenciado, ó de estar á Derecho solamente, se le dexé en libertad, guardando la ciudad, lugar ó pueblo por cárcel; prestando caución juratoria de presentarse, siempre que le fuese mandado, y de cumplir con la determinación que se -- diese en la causa; y con arreglo á esta mi Real resolución -- procedan las Justicias en los casos que ocurran, sin permitir su contravención". (12)

El Código Penal del Estado de México, así como los Proyectos de 1949 y 1963, tipifican al delito en estudio en el título de "Delitos contra la libertad e inexperiencia sexual", y el Código Penal de Michoacán en el de "Delitos contra la libertad y seguridad sexual".. Los proyectos de 1949 y 1963 -- aluden simplemente a la mujer honesta, y, el segundo reduce -

(12) Rodríguez de San Miguel, Juan N., Pandectas hispano-mexicanas, Tomo III, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1980, p. 485.

la edad de la estuprada a mayor de doce y menor de dieciséis - años. El Proyecto de 1958 es igual al de 1963, pero además elimina los medios de seducción o engaño.

CODIGO DE 1871

En este ordenamiento, el delito en análisis lo encontramos en el título sexto "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres", capítulo III del Artículo 793 y 794.

El Artículo 793 nos define el ilícito de la siguiente manera: "Llámesse estupro: la cópula con mujer casta y honesta, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento". En esta definición, se requiere la castidad y la honestidad de la mujer para poderse tipificar el delito; además el medio por el cual el agente logra la cópula con su víctima es por seducción o engaño, situaciones que cambiarán, como lo observaremos más adelante.

El estupro sólo se castigaba: I. si la edad de la estuprada pasare de diez años, pero no de catorce, con cuatro años de prisión y multa de segunda clase; II. si la víctima no llegare a los diez años de edad, con pena de ocho años de prisión y multa de 100 a 1,500 pesos; y, III. cuando la estuprada pasara de catorce años, el estuprador fuera mayor de edad y haya -

dato a su víctima por escrito palabra de casamiento, y se nega ra a cumplirla sin causa justa posterior a la cópula o ante--- rior a ella pero ignorada por aquél, la sanción era arresto de cinco a once meses y multa de 100 a 1,500 pesos (Artículo 794).

Del párrafo anterior podemos advertir que la edad para poder tipificar el estupro es de catorce años hacia abajo, ya que se sanciona con una pena al estupro cometido con mujer de diez a catorce años, y con otra sanción mayor al ejecutado -- con mujer menor de diez años. Resulta muy difícil concebir - que una pequeña de diez años o menos, dé su consentimiento - para realizar el acto sexual con un tercero, mediante el engaño o seducción, ya que debemos empezar dudando de la capaci-- dad de una niña de la edad indicada, para dar su consentimiento para la efectuación de un acto de esta magnitud.

Consideramos un criterio absurdo, el establecido en la fracción II del Artículo 794, al expresar que sólo se castigará el estupro cuando el agente de su palabra de casamiento -- por escrito, de lo cual se desprende la impunidad de aquellos individuos que dieron su palabra de casamiento, pero no por - escrito, aunque ejecutaran todos los actos necesarios para indicar su finalidad de promesa de matrimonio.

En este Código, el estupro se encuentra en el título de cimotercero "De los delitos contra la libertad sexual", capítulo I, del Artículo 856 a 859.

La definición del tipo penal en análisis, es: "Llámase estupro: la cópula con mujer que viva honestamente, si se ha empleado la seducción o el engaño para alcanzar su consenti---miento" (Artículo 856). En ésta, a diferencia del Código de 1871, podemos observar que ha desaparecido el vocablo "casta", para dejar únicamente a la mujer de vida honesta, conservándose sin embargo, los medios de obtención del consentimiento, ya sea por seducción o engaño.

Si la víctima no pasaba de la edad de dieciséis, años - se presumía que el estuprador había empleado la seducción o el engaño (Artículo 857); el legislador de 29 cambia el pensa---miento del de 1871, que consideraba como posible el consenti---miento de una mujer menor de diez años, para realizar cópula - con otro individuo, al castigar el estupro con mujer menor de diez años.

La edad de la mujer no debe rebasar los dieciocho años, para poder punir el estupro, y, se sancionaba en la forma si---guiente: I. si la estuprada era impúber, con tres años de se---

gregación y multa de quince a treinta días de utilidad; II. si la estuprada fuere púber, con arresto y multa de diez a quince días de utilidad. El numeral de referencia, en su tipo, establecía la circunstancia agravante de cuarta clase, si la estuprada era doncella.

No se procedía contra el estuprador sino por queja de la mujer ofendida o de sus padres, o a falta de éstos, de sus representantes legítimos, pero si el agente se casaba con la mujer ofendida, cesaba toda acción para perseguir el delito -- (Artículo 859).

CODIGO DE 1931

En el texto original de este ordenamiento, el estupro se localiza en el título decimoquinto denominado, "Delitos sexuales", en su capítulo I, del Artículo 262 al 264.

La definición del estupro se menciona en el Artículo -- 262: "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, -- casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos". En este Código vuelve a aparecer el vocablo "casta", permaneciendo, al igual del Código de 1871 y del Código de 1929, como medio de obtener el consentimiento para tener el acceso carnal con la víctima,

la seducción o engaño".

De manera similar al Código de 29, en el texto primigenio de 31, no se procedía contra el estuprador sino por querrela de la mujer ofendida o de sus padres, o a falta de éstos, de sus representantes legítimos; pero sí el agente del delito se casaba con la víctima, cesaba toda acción para perseguirlo (Artículo 263).

Finalmente, en este Código, originalmente se estipulaba la reparación del daño, en los casos de estupro, la cual consistía en el pago de alimentos a la mujer y a los hijos, - si los hubiere. Dicho pago se hacía en la forma y términos - que la ley civil fijaba para los casos de divorcio. Actualmente este Artículo se encuentra derogado, pero la idea continúa en el artículo 276 bis del actual Código Penal.

REFORMAS AL CODIGO PENAL EN 1985 Y 1991.

En el año de 1984, se efectuó una reforma al Código Penal, mediante decreto de 29 de diciembre, publicado en el Diario Oficial del 14 de enero de 1985, modificándose el Artículo 262, para quedar de la siguiente manera:

"Artículo 262.- Al que tenga cópula con mujer, menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento

por medio de engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión."

Cabe señalar que anteriormente este Artículo manifestaba:

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

Como podemos advertir, el cambio obtenido es la eliminación de la seducción como medio de ejecución del delito, -- quedando únicamente el engaño.

En torno a esta reforma, Olga Islas de González expresó: "La reforma penal al estupro, eliminó la seducción como medio para obtener el consentimiento de la mujer casta y honesta. La supresión es plenamente acertada por varias razones:

a) Los juspenalistas no se han puesto de acuerdo sobre si la seducción ha de ser necesariamente de naturaleza sexual o si puede ser de cualquier otra índole, y la discusión ha -- perdurado durante más de un siglo:

b) La seducción, desde el punto de vista más atendible de la sexología, es una actividad inherente a toda relación sexual;

c) La casi insalvable dificultad de probar si la seducción ha sido o no la causa de la relación sexual en el caso concreto;

d) La carencia de antisocialidad del empleo de la seducción en las relaciones sexuales;

e) La sexología postula que sin la seducción la mujer es convertida en mero objeto de la relación sexual". (13)

Otra reforma fue la efectuada por Decreto del 22 de diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial el 21 de enero de 1991, mediante el cual finalmente queda el texto actual del Artículo 262:

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

(13) Islas de González Mariscal, Olga. La Reforma Jurídica en 1984 en la Administración de Justicia. Ed. Procuraduría General de la República, México, 1985, p. 109.

En esta reforma, se cambia el sentido del delito de es
tupro al establecer que el delito se puede cometer en cual---
quier persona, y no únicamente en la mujer casta y honesta co
mo anteriormente se señalaba; asimismo, se fija una edad de
mayor de 12 años y menor de dieciocho, siendo que antes se es
tipulaba sólo que la mujer fuera menor de dieciocho años.

V.3 ELEMENTOS DEL DELITO.

La naturaleza jurídica del delito de estupro es tener - cópula con persona, ya sea varón o mujer, mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo el consentimiento por medio del engaño. El bien jurídicamente tutelado es la seguridad sexual.

El ser humano al entontrarse viviendo en sociedad se -- preocupa por proteger todo lo referente al sexo, ya que es de vital importancia que se desarrolle en un plan psicológico y - físico normal; así, el Estado otorga su protección al bien ju rídico de la seguridad sexual.

El hombre, en su evolución vive diferentes etapas psico lógicas y biológicas que le permiten irse preparando para su - desenvolvimiento en los distintos campos; necesita obtener la - madurez para poder practicar las relaciones sexuales sin sufrir ningún daño, dándose ésta con el transcurrir del tiempo y las ví vencias que va teniendo el propio individuo, tanto en su perso na como en las de terceros.

Uno de los indicadores de la madurez citada es la edad, ya que científicamente está demostrado que la generalidad de - los seres humanos, a determinados años, pasan de una etapa psi cológica a otra. El Estado en su preocupación por equilibrar esta desventaja en que se encuentran los varones o mujeres ma-

yores de 12 años y menores de 18, para realizar las relaciones sexuales, sanciona penalmente a quienes se aprovechan de esta circunstancia, para efectuar con ellos accesos carnales mediante el engaño.

Es así como el Estado tutela no únicamente aquellas acciones destinadas a obtener, mediante el engaño, el acceso sexual a una persona, que por su poca experiencia o madurez se encuentra incapacitada para decidir de manera consciente y -- responsable sobre estas relaciones, sino también evita consecuencias perjudiciales para ellos mismos y para la sociedad, como es el de traumatismos, desviaciones, lesiones; así como la descomposición de la sociedad por conductas sexuales contra natura, nacidas en muchas ocasiones como resultado de las prácticas sexuales en personas sin la apropiada madurez.

Los elementos del estupro que se desprenden del análisis de su composición, son los siguientes: I. Una acción de cópula normal; II. Que esa cópula se efectúe en varón o mujer mayor de doce años y menor de dieciocho; y III. Que se haya obtenido su consentimiento por medio de engaño.

AIV.4 ANALISIS PERSONAL.

Clasificación del Delito

En Función de su Gravedad

El estupro, desde el punto de vista de la clasificación bipartita, es un delito en virtud de ser sancionado por la autoridad judicial correspondiente, sometiéndolo a un procedimiento penal, con el fin de imponer una pena.

El Orden a la Conducta del Agente

Es un delito de acción, porque para su ejecución se requiere de movimientos corporales o materiales, ejecutados por el sujeto activo. Uno de los elementos esenciales de este tipo es tener cópula con su víctima, resultando imposible, por este hecho su realización por omisión.

Por el Resultado

Es material porque en la perpetración del estupro, --- siempre habrá un resultado, es decir, para la configuración - del tipo penal se requiere de un hecho cierto, consistente en la cópula en persona mayor de doce años y menor de dieciocho.

Con el resultado se está afectando el bien jurídicamente tutelado, el normal desarrollo psicosexual del pasivo.

Por su duración

El estupro es instantáneo, porque la acción delictiva -

se consuma en el mismo momento de su realización, es decir, - la conducta puede presentarse mediante una sola acción o bien, mediante varios actos que la integren, pero la consumación se efectúa instantáneamente.

Para González de la Vega: "El estupro es delito instantáneo; se consuma en el momento mismo de la intromisión sexual con independencia de su agotamiento fisiológico o de que el acto sea interrumpido intencional o involuntariamente antes del derrame seminal, o de que éste, por cualquier causa, no se pueda lograr, y con independencia también de las consecuencias -- posteriores a la cópula". (14)

Por el Elemento Interno

Es doloso este ilícito, porque en su ejecución el agente tiene la voluntad de realizarlo, quiere la producción del resultado típico, el sujeto activo desea tener cópula con su víctima, que es mayor de doce años y menor de dieciocho, para la cual obtiene su consentimiento mediante el engaño.

En función a su Estructura

El estupro es de estructura simple, porque el texto del

(14) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. - Los Delitos, 10a. ed. Ed. Porrúa. S.A. México, 1970p.361.

tipo penal únicamente protege el bien jurídicamente tutelado - del normal desarrollo psicosexual. Se ampara un solo bien jurídico tutelado.

En Relación al Número de Actos

Es unisubsistente, debido a que se exige un solo acto - para la configuración del delito, es decir, el ilícito se ejecuta en un único acto, consistente en el coito con la persona menor de dieciocho años y mayor de doce obteniendo su consentimiento mediante el engaño.

Recapitulando, podemos afirmar que el delito de estupro es un ilícito y no una falta administrativa, en virtud de que su ubicación la encontramos en el Código Penal para el Distrito Federal y además por la naturaleza misma del hecho, en virtud de que se protege la libertad y el normal desarrollo psicosexual del individuo.

Evidentemente el estupro es un delito de acción, atendiendo a la conducta que se despliega, toda vez que la cópula requiere de un movimiento de tipo corporal.

El estupro es material por dejar un resultado cierto, es instantáneo, doloso porque no cabe la culpa, se necesita de un sólo acto y de estructura simple por proteger el tipo penal únicamente un bien jurídico - en este caso la libertad sexual de la persona.

En Relación al Número de Sujetos

Es unisubjetivo, ya que para su realización el tipo penal requiere de un solo sujeto activo. El texto legal en su Artículo 262, expresa; "Al que...", con lo cual entendemos que es necesaria la presencia de un único individuo en la comisión del tipo penal.

Por su Forma de Persecución

Es un ilícito perseguible únicamente por la petición de la parte ofendida, se requiere de la declaración del ofendido, para la persecución del mismo.

Este hecho lo estipula el Artículo 263 del Código Penal Federal, al indicar: "En el caso del Artículo anterior, no se procederá contra el sujeto activo, sino por queja del ofendido o de sus representantes".

Es muy importante el texto del Artículo 115 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual establece:

"Artículo 115.- Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de dieciséis años, podrá querellarse por sí mismo o por quien esté legitimado para ello. Tratándose de menores de edad o de incapaces, la querrela se presentará por quienes

ejerzan la patria potestad o la tutela".

En Función de su Materia

Es un delito común, debido a que se perseguirá por la - autoridad jurisdiccional correspondiente a cada uno de los estados o del Distrito Federal.

Clasificación Legal

El estupro se encuentra clasificado en el Libro Segundo, Título decimoquinto "Delitos contra la libertad y el normal de sarrollo psicosexual", capítulo I, Artículos 262 y 263, del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

En cuanto a la clasificación del estupro, González Blanco lo considera un ilícito de "acción por omisión; como delito material y no formal, porque su ejecución puede extenderse en el tiempo y fraccionarse y admitirse en consecuencia la tentativa, y por último, como delito instantáneo y no permanente, - pues se consume y se integra en el momento en que se realiza - el acceso carnal". (15)

(15) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales, Ed. Aloma, México, 1958, p. 90.

Para nadie es un secreto que la creación de los tipos penales, denominados por el legislador Delitos contra la Libertad y El Desarrollo Psicosexual es absurda, pues hasta el Doctor Raúl Carrancá y Rivas manifiesta su inconformidad respecto a dicha denominación en los siguientes términos:

"El Título Décimo Quinto, ya derogado, se denominaba -- así: "Delitos Sexuales, Capítulo I, Atentados al Pudor, Estupro y Violación". Se trataba de una denominación genérica y -- por lo tanto más amplia, genérico como se sabe es común a muchas especies, hay un principio universal de Derecho Penal que se puede leer en el Diccionario, cuando este explica lo que significa la palabra especificar, a saber: "La ley no especifica todos los delitos "¿Por qué restringir entonces o especificar? La nueva denominación me parece criticable ¿de qué libertad se trata? eso de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, habida cuenta de la sintáxis de la oración, -- hace suponer que se pudiera tratar de la libertad psicosexual, cuando lo correcto es a mi juicio, el hablar de la libertad se xual y punto; ya que la libertad psíquica se da por entendida ¿Pero qué es exactamente el normal desarrollo psicosexual, con qué parámetro se califica? Es evidente que lo que para unos es normal para otros no lo es". (16)

(16) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México 1998. 21a. Ed. pág. 684.

Nuestra crítica de los elementos que estructuran el delito de abuso sexual, es la que a continuación, brevemente expresamos:

No es posible ejecutar un acto sexual sin la cópula -- respectiva, aún aceptando el sui géneris concepto jurídico -- que de cópula hace el legislador del Distrito Federal, sin -- consentimiento de una persona u obligar a otra ejecutar un acto sexual, requiere de violencia y sin embargo el segundo párrafo del artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, es aberrante y contradictorio, al aumentar hasta en una mitad el mínimo y el máximo de la pena, si se hace uso de la violencia física o moral, en virtud de que como ya lo señalamos la violencia física o moral está implícita en la esencia misma del tipo penal en estudio.

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Imputabilidad

La imputabilidad es el presupuesto del delito, que se define como la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

Menores de edad

Los menores de edad son inimputables para diversos autores, es decir, se encuentran fuera del derecho penal, por lo cual a ellos no se les puede imputar un hecho delictivo.

A nuestro parecer, con excepción de los que psicológicamente carecen de una edad para entender el alcance de sus actos, los menores de edad sí son imputables, la única diferencia es que están sometidos a un régimen distinto, es decir, cuando un menor cometa un delito, será enviado al Consejo Tutelar de Menores, donde se le rehabilitará mediante terapias psicológicas y educativas.

Acciones libres en su causa

Las acciones libres en su causa se presentan, cuando el agente voluntariamente se coloca en un estado de inimputabili-

dad, para efectuar el estupro; verbigracia, aquel individuo -- que para lograr el coito con una persona menor de dieciocho -- años y mayor de doce, se embriaga y a base de engaños logra el consentimiento de su víctima. El sujeto será imputable completamente.

Inimputabilidad

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, es decir, es la falta de capacidad para entender y querer en el campo del derecho penal.

Incapacidad

Consideramos que la incapacidad se presenta cuando el individuo es menor de edad, pero únicamente aquellos que mencionamos anteriormente, los cuales por su mínima edad no es posible que quieran y entiendan en el campo del derecho penal.

Asimismo, el sujeto será incapaz cuando padezca algún - trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, por lo -- cual tampoco es posible que quiera y entienda en el campo del derecho penal.

La capacidad está orientada a considerar la edad, y la madurez biológica del sujeto, así como la salud psíquico-men-

tal que tiene el autor, esto es no se puede formar un concepto de imputabilidad hasta haber hecho un estudio del grado de madurez moral fuerza de voluntad y desarrollo intelectual que ha alcanzado, y así analizar hasta qué grado el individuo tiene - comprensión de que sus actos son ilícitos.

Trastorno Mental Transitorio

Esta situación se presentará cuando el individuo sufra un trastorno mental eventual, ejecutado el ilícito de estupro sin la intervención de su voluntad. Es menester recordar la necesidad de probar científicamente este hecho, porque de lo contrario no se podrá estimar como inimputable al sujeto activo.

Falta de salud mental

La falta de salud mental se da en el estupro, cuando - cometido por un individuo que sufre algún padecimiento mental, por el cual no es posible que tenga la capacidad de querer y - entender en el campo del derecho penal.

En relación a esta enfermedad el Artículo 15, Fracción VII, nos indica: "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en --

virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual - retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá - por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o - le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuída, se estará a lo dispuesto en el Artículo 69 bis de este Código*.

El contenido del Artículo 69 Bis nos ordena: "Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuída por las causas señaladas en la fracción VII del Artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según - proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena - que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el Artículo 67 o bien ambas, en caso de - ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor".

LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

Conducta

La conducta, como todos sabemos, es el comportamiento -

humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

Clasificación

En los delitos, la conducta desplegada por el agente -- puede ser de acción o de omisión, y dentro de la última se puede presentar la omisión simple y la comisión por omisión.

En el estupro, la conducta será de acción, debido a la necesidad de movimientos corpóreos o materiales que necesita la realización del acto ilícito. El agente debe llegar al -- coito, obtenido con engaño del sujeto pasivo, quien deberá ser menor de dieciocho años y mayor de doce.

Un autor ibérico, Queralt Jiménez, nos indica que tradi-- cionalmente, y teniendo presente al seductor, el engaño consistía en la promesa de matrimonio incumplida. Esto era cada vez más poco sustentable; tanto por el engaño en sí, como por el - incumplimiento de la promesa de matrimonio.

Una interpretación más satisfactoria, tanto antes como ahora, reside en concebir el engaño como engaño sobre la rele-- vancia de la relación en sí y sobre sus consecuencias. De lo contrario habría que admitir cualquier engaño por insignifican-te que fuera. Otra cosa es saber si hoy puede engañarse a al-

güien sobre el acto amoroso y sobre sus consecuencias, de forma tal que acceda a su práctica y luego se sienta tan defraudado como para acudir a la Ley Penal." (16)

Sujetos

1. Sujeto activo.- Es el individuo que ejecuta el hecho delictivo, en este caso podrá ser cualquier persona.

2. Sujeto pasivo.- Es el titular del bien jurídicamente tutelado, es decir, será aquel sujeto menor de dieciocho años y mayor de doce hombre o mujer.

3. Ofendido.- Será la persona o personas que resienten el daño causado por la ejecución del estupro. De acuerdo al Artículo 115 del Código Federal de Procedimientos penales: - "Cuando el ofendido sea menor de edad pero mayor de dieciséis años podrá querellarse por sí mismo o por quien esté legitimado para ello. Tratándose de menores de esta edad o de otros - incapaces la querella se presentará por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela".

(16) Queralt Jiménez, Josep, Derecho Penal Español. Parte Especial, 2a. ed. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1992, p. 146.

Objetos del Delito

1. Objeto jurídico.- El objeto jurídico del delito es el bien jurídicamente tutelado, es decir, es el normal desarrollo psicosexual de la víctima.

La opinión del maestro Porte Petit es la siguiente: "lo que la ley tutela es la inmadurez de juicio en lo sexual, esto es, el legislador considera que en esa edad la mujer no tiene capacidad suficiente para actuar libremente, pues su consentimiento es viciado. Pero analizando la ley, encontramos que la exigencia de los medios seductores o engañosos echa por tierra la finalidad legal, puesto que nos lleva a esta conclusión: Cuando se dé el consentimiento por una menor de dieciocho años y no menor de doce, casta y honesta sin que medie el engaño o la seducción, no hay estupro, es decir, en aquellos casos en que una menor de dieciocho años y no menor de doce, dé su consentimiento sin la concurrencia de dichos medios, no es su sujeto pasivo del mencionado delito, no obstante que la ley ha acordado, al fijar el máximo de edad, que no tiene la capacidad para actuar libremente, posición totalmente opuesta a la finalidad de la ley, habida cuenta que, en estos casos si la menor accede a las pretensiones del sujeto activo, es precisamente por su inmadurez de juicio en lo sexual, originada por su corta edad, y sostener lo contrario sería afirmar que no es exacto que en esa edad hay necesidad de protección a dicho menor

a virtud de que el consentimiento no está viciado". (17)

Objeto material.- Será el sujeto sobre quien directamente recae el resultado del estupro, será el menor de dieciocho años y mayor de doce.

Lugar y Tiempo de la Comisión del Delito

Para la estipulación de la sanción existen tres teorías.

De la acción.- Es cuando se establece que el ilícito sea sancionado en el lugar donde se produjo la acción.

Del resultado.- Esta teoría nos lleva a considerar que debe sancionarse el delito en el lugar donde se produjo el resultado.

De la ubicuidad.- En esta tesis, se explica que lo más importante es sancionar el delito, sea en donde se produce la acción, o donde se realizó el resultado, el hecho es que no quede impune.

En cuanto al estupro, diversos autores han considerado la edad de la víctima, es decir, que se dé cuando el sujeto pasivo tenga menos de dieciocho años y sea mayor de doce.

Ausencia de Conducta

Estimamos posible la ejecución del ilícito en estudio, mediante la hipnosis. Cuando el agente es colocado en un estado de letardo, quedando su voluntad en manos de un tercero y - este momento ejecuta el ilícito.

Podemos decir que la perpetración del estupro bajo esta condición nos lleva a considerar la ausencia de conducta. No obstante, es indispensable la comprobación de este hecho.

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

Tipicidad

Tipo penal

El tipo penal es la descripción legislativa de la conducta ilícita. En el tipo en análisis, la encontramos en el - Artículo 262, del Código Penal para el Distrito Federal, en - materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal:

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

Tipicidad

Esta se presentará cuando el agente despliegue la conducta plasmada en el texto legal. Si el agente ha tenido copia con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento mediante el engaño, entonces esta se adecúa al tipo penal establecido, por lo cual deberá ser sancionado.

Clasificación del Tipo Penal:

Por su composición.- Es un tipo normal porque contiene únicamente elementos objetivos, en el tipo penal.

Por su ordenación metodológica.- Es fundamental o básico, porque tiene plena independencia, la conducta ilícita recae sobre un bien jurídicamente tutelado.

Por su autonomía o independencia.- Es autónomo por la razón de tener vida propia; no necesita de la ejecución de algún otro ilícito para su tipificación.

Por su formulación.- Es casuístico, ya que en el texto legal, el legislador plantea diversas formas de realización del delito. Esta clasificación se subdivide en alternativos y acumulativos.

El estupro es acumulativo, porque exige la realización o concurso de las hipótesis planteadas por el legislador en el tipo penal, para la adecuación de la conducta. Se requiere que la cópula se efectúe en persona menor de dieciocho --- años y mayor de doce, y además que el consentimiento se obtenga mediante el engaño.

Por el daño que causa. Es un delito de lesión porque se causa un daño real al bien jurídicamente tutelado.

Atipicidad

Es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Se producirá en los siguientes casos:

Por falta de la calidad exigida en cuanto al sujeto pasivo.- La conducta no será típica, si el sujeto pasivo es mayor de dieciocho años o menor de doce.

Por falta de los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos. El tipo penal establece la necesidad de obtener el consentimiento por medio del engaño, por lo cual se presenta esto no se configurará el delito.

ANTI JURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

Antijuridicidad

Para que un hecho pueda ser considerado como ilícito, de be ser antijurídico, esto es, contrario a derecho. El estupro al dañar el normal desarrollo psicosexual de la promesa agraviada, esta atentado contra el derecho.

Es preciso señalar que en este ilícito se presenta tan to la antijuridicidad formal como la material.

Causas de Justificación:

Ejercicio de un derecho.- En este caso se puede plantear el problema del esposo, en donde él puede tener coito con su esposa, a pesar de que ella sea menor de dieciocho años y mayor de doce, sin la del' delito en estudio. También pensamos - que es imposible la presentación del engaño, bajo esta situación, ya que uno de los fines del matrimonio, precisamente es la procreación.

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

Culpabilidad

La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

Dolo.- Es un delito doloso eminentemente, porque den--

tro de los requisitos del tipo, se encuentra la obtención del consentimiento a base del engaño, por lo cual podemos entender que el agente tiene toda la voluntad plena de llegar al coito con la persona menor de dieciocho años y mayor de doce, haciendo uso de este medio.

El jurista González Blanco, opina: "El estupro es un delito de dolo. El dolo consiste aquí en querer la conducta, con conocimiento de que se realiza con mujer casta y honesta, menor de dieciocho años.

La maniobra dolosa del sujeto activo, consiste en lograr el consentimiento para realizar la conducta por parte de la ofendida, empleando la seducción o el engaño". (18)

Inculpabilidad

Es el aspecto negativo de la culpabilidad, considerado como la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

El error

; Dentro de nuestro sistema penal, únicamente es aceptable el error invencible, es decir, aquel humanamente imposible de superar.

El Artículo 15 del Código Penal Federal Mexicano estipu
la lo siguiente:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII.-Se realice la acción o la omisión bajo un error -
invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que inte---
gran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por--
que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance
de la misma, o porque crea que está justificada su conducta;"

Asimismo, en relación a ésto el Artículo 66 señala:

"Artículo 66.- En caso de que el error a que se refiere
el inciso a) de la fracción VIII del Artículo 15 sea vencible,
se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de --
que se trata admite dicha forma de realización. Si el error
vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la
pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate".

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

En el tipo en estudio no se presentan

PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Punibilidad

La punibilidad es el merecimiento de las penas, en el -
estupro se encuentra plasmada en el Artículo 262, donde se ---
aplicará al agente "de tres meses a cuatro años de prisión".

Excusas absolutorias

En el delito en estudio no se presentan.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El concepto cópula debe ser el mismo en los delitos de Abuso Sexual, estupro y violación, en el Código Penal para el Distrito Federal, pues de seguir así como están los tipos penales contenidos por los Artículos 260 y 262 del Código mencionado obligarán a hacer al órgano jurisdiccional interpretaciones-subjetivas y otras veces analógicas, contraviniendo lo señalado por el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

SEGUNDA.- La razón que nos obligó a la elaboración de la presente tesis, fue el contenido del segundo párrafo del Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, mismo que en su parte conducente dispone: "PARA LOS EFECTOS DE ESTE ARTICULO SE ENTIENDE POR COPULA ..." lo cual permite suponer que al aplicar una sanción penal a quien cometa el delito de Abuso Sexual o el delito de estupro, se estará llevando a cabo una interpretación subjetiva del elemento cópula y ello puede generar injusticias.

TERCERA.- Sostenemos que para el efecto de evitarse interpretaciones debe ser el mismo concepto de cópula para el tipo penal de Abuso Sexual, y para el tipo penal del delito de Estupro, que el contenido por el segundo párrafo del Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, con el fin de que el ór-

gano jurisdiccional, aplique de manera más justa y coherente la ley en los hechos constitutivos de los delitos previstos por los Artículos 260 y 262 del Ordenamiento Jurídico de referencia.

CUARTA.- Pensamos que la situación que prevalece actualmente en los tipos penales, contenidos en los numerales 260, 262 y 265, pudiera subsanarse, si se reforma el párrafo segundo del Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, en los siguientes términos: "PARA LOS EFECTOS DE ESTE CAPITULO, SE ENTIENDE POR COPULA ..."

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

- ACEVEDO BLANCO, RAMON. MANUAL DE DERECHO PENAL. EDITORIAL TEMIS. BOGOTA COLOMBIA 1983.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1991. 17a. EDICION.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. CARRANCA Y RIVAS, RAUL. CODIGO PENAL ANOTADO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1998. 21a. EDICION.
- CARRANCA Y RIVAS, RAUL. DERECHO PENITENCIARIO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1974.
- CARRARA, FRANCESCO. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. TOMO II. EDITORIAL TEMIS. BOGOTA COLOMBIA 1967.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1998. 39a. EDICION.
- CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL. EDITORIAL BOSCH. BARCELONA ESPAÑA 1976.
- DEL ROSAL, JUAN. LECCIONES DE DERECHO PENAL. EDICION DEL AUTOR. VALLADOLID ESPAÑA 1970.
- DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. CODIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1994.
- DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL. EDITORIAL PORRUA. TOMOS I y II. MEXICO 1998. 3a. EDICION.

- GONZALEZ BLANCO,ALBERTO. DELITOS SEXUALES. EDITORIAL ALOMA. MEXICO -
1958.
- GONZALEZ DE LA VEGA,FRANCISCO. EL CODIGO PENAL COMENTADO. EDITORIAL-
PORRUA. MEXICO 1994. 11a. EDICION.
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO.EDITORIAL PO-
RRUA. MEXICO 1996. 25a. EDICION.
- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL,OLGA. LA REFORMA JURIDICA. PROCURADURIA -
GENERAL DE LA REPUBLICA. MEXICO 1984.
- JIMENEZ DE ASUA,LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL. EDITORIAL LOSADA.BUE
NOS AIRES ARGENTINA 1978.
- JIMENEZ DE ASUA,LUIS. LA LEY Y EL DELITO. EDITORIAL SUDAMERICANA. --
BUENOS AIRES ARGENTINA 1987.
- MAGGIORE, GIUSEPPE. DERECHO PENAL. VOLUMEN IV. EDITORIAL TEMIS. BOGO
TA COLOMBIA 1989.
- MARQUEZ PINERO, LUIS. DERECHO PENAL. EDITORIAL TRILLAS. MEXICO 1992.
2a. EDICION.
- PAVON VASCONCELOS,FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL. EDITORIAL PO -
RRUA. MEXICO 1988. 11a. EDICION.
- PINA RAFAEL,DE. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERA -
LES. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1960. 5a. EDICION.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO -
DE VIOLACION. EDITORIAL REGINA. MEXICO 1973.

- QUERALT JIMENEZ, JOSEP. DERECHO PENAL ESPAÑOL. EDITORIAL BOSCH. BARCELONA ESPAÑA 1992. 2ª. EDICION.
- RODRIGUEZ DE VESA, JOSE MARIA. DERECHO PENAL ESPAÑOL. EDITORIAL BOSCH. BARCELONA ESPAÑA 1976.
- VALLADO BERRON, FAUSTO. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. EDICION - DEL AUTOR. MEXICO 1961.
- VELA TREVINO, SERGIO. ANTIJURIDICIDAD Y JUSTIFICACION. EDITORIAL TRILLAS. MEXICO 1986.
- VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1990. 5ª. EDICION.
- ZAMORA-PIERCE, JESUS. GARANTIAS Y PROCESO PENAL. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1994. 7ª. EDICION.