

301809
162
9ET

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE ESTUPRO EN EL
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
Y LA NECESIDAD DE REFORMARLO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

LUZ MARIA SOLER ROMERO

LIC. MIGUEL BERRONES CASTILLO
PRIMERA REVISION

LIC. ANSELMO PEREZ XOCHIPA
SEGUNDA REVISION

México, D.F.,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1993



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

Las nuevas reformas al Código Penal para el Distrito Federal, en el Título Decimoquinto que se refiere a los "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", así nos muestra el artículo 262 un nuevo enfoque sobre el delito de estupro al contemplar por primera vez al hombre como posible sujeto pasivo.

El presente trabajo tiene como fin hacer un análisis jurídico del delito, por consiguiente considero que es necesario tener un concepto claro sobre lo que es el estupro, así también tener bien definidos los elementos que constituyen su tipo.

El tema de estudio se enfoca a reformar el delito de estupro, actualizándolo a nuestra época y a nuestra ciudad de México Distrito Federal, ya que el objeto primordial es declarar impune al activo, cuando el pasivo sea mayor de catorce años y no de dieciocho como marca la ley penal, tomando como punto de apoyo para ello el artículo 148 del Código Civil, en donde se estipula como requisito indispensable para contraer matrimonio que el hombre haya cumplido dieciséis años y catorce la mujer.

Mi inquietud para proponer dicha reforma la baso en que en la actualidad, la sexualidad ya no es considerada un tema difícil de

tratar, pues hoy en día a diferencia de lo que ocurría en otras épocas, ésta se ha convertido en un tema aceptado de conversación. Existe una libertad con que se habla de aspectos sexuales en la vida cotidiana de la adolescencia indicativo de cuáles son hoy en día las actitudes sociales de nuestra cultura hacia la sexualidad.

Actualmente, existe diversa información acerca de temas sexuales que permiten a la juventud mantenerse informada sobre los riesgos que se pueden tener de una sexualidad mal llevada, por lo tanto considero que hay mujeres menores de dieciocho años que están en mejor aptitud de defenderse de un engaño y que difícilmente pueden ser objeto de un estupro, debido al arraigo de sus principios morales, o simplemente por una correcta educación sexual recibida de su núcleo familiar.

El análisis jurídico que se hace en esta tesis a las reformas penales efectuadas al Código Penal Vigente para el Distrito Federal, presenta un criterio distinto con los especialistas en materia penal, quienes válidamente opinarán que existen múltiples errores, más sin embargo, la sustentante en cuanto a este tema, el único propósito que tiene es conocer esta materia, la cual se inicia con la elaboración del presente trabajo, pues ya que es un requisito fundamental para obtener el título de Licenciado en Derecho.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

A. EN EL DERECHO ROMANO

1. La Ley de las XII Tablas
2. La Lex Julia
3. El Digesto
4. Las Instituciones de Justiniano

B. EN EL DERECHO CANONICO

C. EN LA ESPAÑA MEDIEVAL

1. En el Fuero Juzgo
2. En el Fuero Viejo
3. Las Partidas
4. Ordenanzas Reales de Castilla
5. Novísima Recopilación

D. EN EL DERECHO MEXICANO

1. Epoca Precolonial
2. Epoca Colonial
3. México Independiente
 - a. Código Penal de 1871
 - b. Código Penal de 1929
 - c. Código Penal Vigente de 1931

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

A. EN EL DERECHO ROMANO

1. La Ley de las XII Tablas
2. La Lex Julia
3. El Digesto
4. Las Instituciones de Justiniano

B. EN EL DERECHO CANONICO

C. EN LA ESPAÑA MEDIEVAL

1. En el Fuero Juzgo
2. En el Fuero Viejo
3. Las Partidas
4. Ordenanzas Reales de Castilla
5. Novísima Recopilación

D. EN EL DERECHO MEXICANO

1. Epoca Precolonial
2. Epoca Colonial
3. México Independiente
 - a. Código Penal de 1871
 - b. Código Penal de 1929
 - c. Código Penal Vigente de 1931

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

A. EN EL DERECHO ROMANO

El Derecho Romano fue y seguirá siendo la base de los distintos ordenamientos jurídicos de la mayor parte de los pueblos que existieron en la tierra, maxime del pueblo español cuyos principios y normas rigieron en México durante la época colonial.

El Derecho Romano surge con la fundación de Roma, ésta etapa abarca desde el año 753 A. de C. hasta la compilación jurídica de Justiniano. La estructura socio-política de Roma durante este período se da en tres etapas: la Monarquía, la República y el Imperio.

Durante la época de la Monarquía no existen leyes escritas que regulen a la sociedad, sus leyes se rigen por la costumbre (derecho no escrito), éste se basa en el consentimiento del pueblo, haciéndolo de este modo ley.

La Constitución Política de la ciudad estaba integrada por una agrupación de hombres libres, los cuales eran propietarios y soberanos de un pequeño territorio.

El Estado Romano estaba a cargo de tres órganos fundamentales: el primero por uno o varios jefes (rey), el segundo por un consejo de ancianos (senado) y el tercero por una asamblea popular (comicios por curias). (1)

El delito y la pena eran particularidad en el Derecho Romano. El delito era considerado la violación a las leyes públicas, mientras que la pena se consideraba la reacción pública del delito. (2)

Entre los delitos que atentaban contra los intereses jurídicos de la comunidad y de los particulares, estaban la preduellio y el parricidium.

El preduellio. Eran los delitos que atentaban directamente contra la integridad del Estado. "El Judicium Perduellionis" castigó los actos realizados por el ciudadano que, como enemigo de la Patria ponía en peligro su seguridad, comprendiendo las actividades atentadoras de la seguridad y permanencia del Estado. (3)

El parricidium. Era de los delitos que afectaban los intereses de los particulares, era considerado uno de los delitos más graves,

- (1) VENTURA SABINO. Derecho Romano, edit. Porrúa, S.A., México 1985, pág. 7
- (2) MARQUEZ PIÑERO RAFAEL. Derecho Penal, Parte General, edit. Trillas, México 1991, pág. 42
- (3) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano, edit. Porrúa, S.A., México 1991, pág. 55

ya que consistían en la muerte del jefe de la familia (pater familiae). Posteriormente se establecieron también como delitos públicos los daños, la falsedad, el hurto, el homicidio intencional, perjurio, hechicería, etc.

Una de las leyes que rigieron durante la época de la Monarquía fue la Lex de Numa, ésta era una ley no escrita que establecía normas de Derecho Penal y era aplicada al pueblo romano. A partir de ésta ley el homicidio, concepto con el que se conoció el parricidium era considerado como una infracción al orden público jurídico, en vez de confiar su castigo a la voluntad privada de los familiares.

(4)

Con la aparición de éstos delitos, el Derecho penal en Roma logra solidificarse debido a la gravedad de las penas aplicadas a los delitos.

1. LA LEY DE LAS XII TABLAS

Con la caída de la Monarquía, la organización política de la ciudad romana tiene un cambio, ya que el rey es sustituido por dos magistrados patricios, a los cuales se les dió el nombre de cónsules, además la autoridad religiosa es delegada a un pontífice,

(4) Ibidem. pág. 43

dando de éste modo la entrada a la República.

En la época de la República se crea el primer ordenamiento jurídico escrito importante de Roma llamado Ley de las XII Tablas, ésta ley es propuesta por Terintilio Arsa, pero fue rechazada por el senado. Posteriormente los sucesores de éste lograron que fuera aceptada por los patricios.

El objetivo fundamental de ésta ley era ofrecer garantías a los ciudadanos romanos (patricios y plebeyos), pero principalmente a los plebeyos, con tal objeto logra clasificar los delitos públicos de los delitos privados, así mismo regula las clases sociales, ya que ésta ley tiende a inspirarse en la igualdad social y política.

El contenido de las XII Tablas comprendía normas de diversa naturaleza, específicamente las de Derecho penal en las tablas VIII a la XII. En ellas se establece una determinación de los delitos privados, fuera de las cuales no se admite la venganza privada y se afirma la Ley del Taliòn. (5)

La ley de las XII Tablas llamada también Ley Decenviral, en la tabla VIII denominada "De Delictis" (Derecho Penal), establecía las penas y las obligaciones noxales, es decir, cuando se llegaban a

(5) Ibidem., pág. 44

causar daños, perjuicios o algún delito. La pena que se aplicaba para las lesiones graves era la ley del Taliòn y el sistema de la Composición para las lesiones menores.

2. LA LEX JULIA

En la época de Cèsar Augusto se creó una nueva ley de Derecho Penal, ésta ley establecía los delitos contra la seguridad del Estado, pero también con éste ordenamiento se crea un nuevo grupo de delitos: (los Crimina Pública), estos eran regidos por las leyes particulares las cuales determinaban el tipo delictivo y la pena legítima.

Entre los delitos públicos que regulaba esta ley estaban los deberes de los funcionarios públicos cuando cometían fraudes en el desempeño de sus funciones, allanamientos de morada, etc.

Así también esta ley consideraba públicos otros delitos como los de sensualidad, dentro de estos delitos se contemplaban el adulterio, la violación, el estupro, el matrimonio incestuoso y el proxenetismo, éste delito contra la honestidad consiste en: 1) la administración o regencia de lugares en los que exista prostitución; 2) traficar con la prostitución de una o varias personas, viviéndole los beneficios obtenidos; 3) obligar coactivamente a mujer mayor de edad a satisfacer los impulsos deshonestos de un tercero, y 4)

retener por la fuerza a una persona en la prostitución.

Por lo que se refiere al delito de estupro, éste se encontraba establecido en la ley IV, en el Título VIII, párrafo IV, definiéndolo de la siguiente manera "en que sin violencia se abusa de una doncella o de una viuda que vive honestamente".

En la comisión tanto de este delito como los anteriormente mencionados, éstos eran sometidos al poder penal del Estado mediante la Lex Julia de Adulteris. La pena aplicable a éstos delitos consistía en la indemnización en contra del autor del delito.

3. EL DIGESTO

En el gobierno de Justiniano se crea el Digesto, nombre dado a las obras jurídicas de los jurisconsultos romanos y la codificación realizada por Tribuniano a indicación de Justiniano, la cual se conoce bajo el título de "Digesta Sive Pandecta Iuris".

Los tratadistas modernos han distribuido el contenido del Digesto según el siguiente índice:

Libros 1 - 4 Parte General;

Libros 6 - 8 Derechos Reales;

Libros 9 - 15 Obligaciones;

Libros 25 - 27 Derechos Personales;

Libros 28 - 38 Derecho Hereditario;

Libros 47 - 48 Derecho Penal;

Libros 49 - 50 Derecho Público.

Los demás libros contienen suplementos al derecho privado. (6)

En el libro XLVIII del Digesto, en la Ley XXXIV, Título V, cuyo contenido es de Derecho penal, nos marca lo que es el delito de estupro, diciéndonos lo siguiente: "Stuprum commitim qui liberam mulierem consuetudinis causa non matrimoni incontinent, excepta cide licet concubina. Adulterium in nupta admittiur; stuprum in viuda, vel virgine, vel puero commitiur". (7)

Esto significa que "comete el delito de estupro el que fuera del matrimonio tiene acceso con mujer de buenas costumbres, exceptuando el caso de concubina, el adulterio se comete con mujer casada; el estupro con una viuda, una virgen o una niña. (8)

4. LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO

En el año 533 se redactaron las Instituciones o Instituta de Justiniano, el contenido de este ordenamiento es de Derecho penal y en especial la Ley IV, en este precepto en su Título VIII, párrafo

(6) ENCICLOPEDIA SALVAT. Diccionario, tomo 4, Barcelona España 1972, pág. 1077

(7) MORENO ANTONIO DE P. Curso de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México 1978, pág. 245

(8) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano, edit. Porrúa, México 1986, pág. 361

IV, se castigaba el delito de estupro, "sine vivei virginem vel viudam con honeste estrupaverit". (9) Esto se refiere a cuando sin violencia se abusa de una mujer doncella o de una viuda con vida honesta.

La pena que se imponía era de acuerdo a las riquezas de cada persona, así por ejemplo la pena para gente acomodada era la confiscación de la mitad de sus bienes, y la pena que se le aplicaba a los pobres era la pena corporal.

En Roma existían dos tipos de delitos, aquéllos que por su ilicitud ponían en peligro a toda la comunidad, los cuales eran perseguidos por el Estado y eran castigados con penas públicas como la muerte; y aquéllos delitos que sólo causaban un daño a los particulares y que solamente ellos tenían derecho a iniciar la persecución, éstos delitos se castigaban con multa privada y sólo beneficiaba al ofendido, estas podían consistir en la venganza privada, la pena del Taliòn, etc.; a los primeros se les denominaba delitos públicos (crimina) mientras que a los segundos se les llamaba delitos privados (delicta).

(9) MORENO ANTONIO DE P. Ob. Cit., pàg. 245

B. EN EL DERECHO CANONICO

El Derecho Canónico considerado como el Derecho de la Iglesia, tiene su influencia en el Imperio Romano al ser reconocida la religión cristiana, teniendo vigor en la Edad Media.

El Derecho canónico es el primero en dar el paso hacia el humanitarismo, inspirándose en ideas de compasión y caridad hacia el delincuente, creando de este modo un derecho suave encaminado al arrepentimiento y regeneración de este.

La Iglesia preocupada por las excesivas penas impuestas a los delincuentes y por la subsistente venganza privada a cargo de la víctima o de sus familiares, los representantes de la Iglesia al ver esto, pone la justicia en manos de las autoridades.

La Iglesia ejerció su poder penal no sólo sobre los clérigos, sino también sobre los laicos, en relación con determinados delitos, aunque su ejecución material se hacía por el brazo secular. (10)

El Codex Juris Canonici es una recopilación de las leyes eclesiásticas, hechas por iniciativa de Pío X. En cuanto a los delitos y las penas, su ubicación la encontramos dentro de este

(10) MARQUEZ PINERO, cita a Jiménez de Asúa. Ob. Cit., pág. 49

cuerpo de leyes en el libro VI, en la parte primera encontramos establecidos los delitos, y las penas correspondientes para cada delito se establecen en la parte segunda del mismo libro en los cánones 1311 al 1299.

El Derecho Canónico desplegó gran severidad en el combate contra los hechos de sensualidad, considerò ilícita toda unión extra matrimonial, castigò la "fornicatio spiritualis", las penas más severas se fulminaron contra la sodomia y la bestialidad, hasta el simple beso fue castigado. (11)

Por lo que se refiere al delito de estupro el Derecho Canónico lo definiò de la siguiente manera "el estupro es el comercio carnal ilícito con una mujer virgen o viuda que viva honestamente que no sea pariente en grado prohibitivo para el matrimonio". (12) Este último elemento era indispensable para poder diferenciarlo del incesto.

La legislación canónica en cuanto a los delitos los dividió en: DELICTA ECLESIASTICA. Eran los delitos que estaban contra la fé catòlica, cuya represión era de la competencia de los tribunales eclesiásticos.

(11) MORENO ANTONIO DE P. Ob. Cit., pàg 237

(12) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Ob. Cit., pàg. 361

DELICTA SECULARIA. Eran los delitos que interesaban únicamente a la sociedad civil, y su represión correspondía al fuero secular.

DELICTA MIXTA SIVE MIXTI FORI. Eran aquéllos delitos que ofendían tanto al orden civil como al religioso. (13)

C. EN LA ESPAÑA MEDIEVAL

La conquista romana de España dió origen a la vida jurídica del pueblo español, a pesar que al principio se respetaron las costumbres locales del pueblo, las leyes romanas con el transcurso del tiempo tomaron gran fuerza sobre las españolas debido a la superioridad de éstas, así de este modo pronto fueron aplicables las legislaciones romanas.

Posteriormente con la invasión árabe y por el esfuerzo de lograr la reconquista de su territorio, España vive una división de múltiples legislaciones o fueros.

De esta manera se dà vida a diversos ordenamientos que rigen a la sociedad española, en los que se contemplaban disposiciones de carácter penal, entre estos ordenamientos que harè mención en el transcurso del presente capítulo; se encontraban preceptos

(13) CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal, tomo I, vol. I, edit. Bosch, Barcelona España 1980, pàg. 75

referentes a los delitos contra la honestidad entre los cuales se contemplaba el delito de estupro.

1. EL FUERO JUZGO

El Fuero Juzgo era un código legal elaborado en el siglo XIII, éste fuero se aplicó como legislación particular en calidad de fuero local.

La pena tenía como fin la intimidación y la prevención de los delitos, las penas eran personales, ya que debían recaer sobre el autor del delito, no sobre otras personas. (14)

La severidad con que eran tratadas las penas eran muy excesivas, abundaba la pena de muerte, las de mutilación, los azotes, etc. El sistema del Taliòn era la medida de la pena, también prevalecían las penas pecuniarias estableciéndolas en ocasiones en la forma de tarifas del precio de la sangre.

Por lo que se refiere al delito de estupro éste lo contemplaba en la Ley 4a. Título 5, Libro III, el cual decía : "Nengun omne non ose casar nin ensuciar por adulterio con la esposa de su padre, o con alguna que fue su mulier de sus parientes, o con alguna que es linage de su padre o de su madre, ò de su avuelo o de su avuela, ò

(14) CUELLO CALON EUGENIO. Ob. Cit., pàg. 118

con parientes de su mulier fasta IV grado fueras ende aquéllas personas que eran ayuntadas por mandado del príncipe antes que ésta ley fuesse fecha; que non deven aver estos pena, por esta ley. E otrosi mandamos esto guardar a las mulieres . . ." (15)

2. EL FUERO VIEJO

este fuero era una redacción de Derecho territorial castellano medieval creado en el año de 1356. Esta colección de leyes fue aplicada únicamente en su parte primitiva.

Entre las penas que se establecían en éste ordenamiento se encontraban las tarifas penales del precio de la sangre, la condición del excluido de la paz y el procedimiento en caso de rapto.

En éste código también se encontraban preceptos referentes a los delitos contra la honestidad como la violación de una mujer virgen, el estupro, el adulterio, etc.

3. LAS PARTIDAS

Esta legislación conserva con fisonomía propia al delito de estupro en el Título XIX, Leyes I y II, de la Setenta Partida

aplicable a "los que yacen con mugeres de orden (religiosas), o con viudas que vivian honestamente en sus casas, o con virgenes por halago o con engaño, sin hacerles fuerza", su redacción es la siguiente: "con parienta o con cuñada faziendo algùn omne pecado de luxuria à sabiendas, no se aviendo ayuntado a ella por razón, de su casamiento, si le fuere probado en juycio por testigos que sean de crecer, ò por su conocimiento deve aver pena de adulterio. Esta mesma pena deve aver la muger, que à sabiendas ficiere pecado . . ."

"Castidad es una virtud que ama Dios, e deven amar los omnes, Ca, segund dixeron los Sabios antiguos, tan noble, e tan poderoza es la su bondad, que ella sola cumple para presentar las animas de los omnes, e de las mugeres castas, castas ante Dios; e por ende yerran muy gravemente aquellos que corrompen las mugeres, que biven de esta guisa Religión, o en sus casas, seyendo biudas o seyendo virgenes.

Gravemente yerran los omnes que se trabajan de corromper las mugeres Religiosas, porque ellas son apartadas de los vicios, o de los sabores deste mundo e se encierran en el Monasterio para tener aspera vida, con intención de servir a Dios. Otrosí dezian que facen 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 huéspedes en casa de sus padres o dellas, o de los otros que facen esto usando en casa de sus amigos; e non se puede excusar, que el que yoguiere con

alguna muger destas, que non fizo con su pazer della, non le faziendo fuerca. Ca, segund dizen los Sabios antiguos, como en manera de fuerca es, sosacar e falagar las mugeres sobredichas, con prometimientos vanos, fazièndoles facer maldad de sus cuerpos; aquellos que traen esta manera, mas yerran que si lo fiziessen por fuerca". (16)

La cita anterior se refiere a los hombres que corrompen a las mujeres de Orden (pertenecientes a Ordenes Religiosas) y a las mujeres que viven en sus casas sièndo éstas viudas o vírgenes.

Tambièn dice que pecan gravemente los hombres que tratan de corromper a las mujeres religiosas, ya que ellas viven para servir a Dios, estàndo apartadas de los vicios y de los sabores de éste mundo. La castidad es una virtud que ama Dios y que los hombres tambièn deben amar, porque tan noble y tan poderosa es su bondad que ella sòlo cumple para presentar las ànimas de los hombres y las mujeres castas ante Dios.

Asì tambièn se refiere a aquellos que sonsacan con engaño o falago o de cualquier otra forma a las mujeres vírgenes o las viudas que son de buena fama o viven honestamente, cuando son huéspedes en casa de sus padres o de ellas o de los que hacen esto usando en casa

(16) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Ob. Cit., pàgs. 361, 362

de sus amigos a las mujeres diciéndole que lo hizo con el consentimiento de ella, sin utilizar la fuerza.

El uso de la fuerza es definida en ésta ley como el sonsacar y falagar a las mujeres con promesas vanas, haciéndoles cometer maldad en sus cuerpos.

4. ORDENANZAS REALES DE CASTILLA

Estas ordenanzas también fueron llamadas Ordenamientos de Montalvo, realizadas en el año 1483 por el jurisperito Alfonso Díaz de Montalvo. Las leyes penales están establecidas en el Libro VIII, en el Título XVI del mismo libro, regulan los preceptos relacionados a los adulterios y a los estupro.

5. NOVISIMA RECOPIACION

Este agrupamiento de ordenamientos reglamentaba el estupro en la Ley 4a., Título 2, Libro XII, el cual se refería a este de la siguiente manera: "Grave crimen es el incesto, el cual se comete con parienta hasta cuarto grado, o comadre, con cuñada y con mujer religiosa profesada; y esto mismo es de la mujer que comete maldad con hombre de otra ley; y este crimen de incesto, es en alguna manera herejía; y cualquiera que lo cometiere allende de las otras penas en

derecho establecidas pierde la mitad de sus bienes para la nuestra câmara". (17)

D. EN EL DERECHO MEXICANO

Para el estudio de nuestro derecho mexicano, nos remontaremos desde los primeros tiempos en que se considera que entra a la vida jurídica nuestro país.

Para esto, Lucio Mendieta hace una clasificaciòn de la historia de México dividiéndola de la siguiente manera:

- 1) Epoca Precolonial;
- 2) Epoca Colonial;
- 3) Período de Independencia Nacional ,
- 4) Epoca actual. (18)

Aunque han sido pocos los datos que se han tenido de la vida jurídica de la época precolonial, tanto en esta como en los demás periodos de la historia de México, dieron grandes aportaciones para la creaciòn de instituciones jurídicas que regularon a la sociedad de su época, pero será en su apartado correspondiente a cada periodo en donde daré una breve reseña sobre el tema en estudio.

(17) MORENO DE P. ANTONIO. Ob. Cit., pàg. 246

(18) MENDIETA NUÑEZ LUCIO. El Derecho Precolonial, edit., Porrù, México 1992, pàg. 22

1. EPOCA PRECOLONIAL

Hacia el año 1354, el continente Amèrico se encontraba poblado por diversas culturas prehispánicas, establecidas en distintos territorios del continente.

En cuanto a su organizaciòn política y social de las culturas establecidas en el territorio mexicano, se considera que esta era sòlida, esto quiere decir, que al no existir una legislaciòn escrita que regulara las relaciones sociales de sus pobladores, su organizaciòn y disciplina derivaba de sus costumbres y de su religiòn.

La cultura que màs destacò por su superioridad en todos los aspectos (político, econòmico, social, etc.), fue la cultura azteca, originando por consiguiente la dominaciòn de las demàs culturas prehispánicas.

El dominio de las diversas culturas establecidas en nuestro territorio quedaron sometidas al poder del imperio azteca, surgiendo de este modo la Gran Tenòchtitlan.

Con el levantamiento de la Gran Tenòchtitlan el pueblo azteca estaba organizado en una gran sociedad militar y religiosa, dirigida por un jefe quien era a la vez caudillo y sumo sacerdote.

Así también con la fundación de la ciudad surgen disposiciones legales tendientes a regular a sus pobladores, en cuanto a disposiciones de carácter penal, los Aztecas regularon actos que eran considerados como delictuosos, cuya persecución correspondía al Tlatocan o Consejo de Estado, integrado por veinte miembros, uno de cada calpulli.

Los actos que se consideraban delictuosos son los siguientes: aborto, adulterio, estupro, pederastia, abuso de confianza, violación, asalto, daño en propiedad ajena, robo, calumnia, embriaguez, encubrimiento, etc.

Las penas que se aplicaban en la comisión de alguno de los delitos arriba mencionados eran las siguientes: para los delitos que en la actualidad consideramos como sexuales se les aplicaba la pena de muerte, por lo que respecta a los demás delitos se aplicaban penas como la esclavitud, la pena del tálion, el empalamiento, etc., dependiendo del delito de que se tratara y del daño causado.

Es importante destacar en este apartado, las costumbres que dieron caracteres específicos a cada pueblo, entre los cuales se encontraban las costumbres sexuales.

Los mayas por ejemplo, para celebrar la entrada de la vida

sexual de los jóvenes realizaban una ceremonia llamada "Caputzihil", ésta consistía en dar a los niños fumar las hojas del tabaco como señal de que ya son hombres, del mismo modo se les daba a las niñas a oler flores para que se les cayera la concha, símbolo de la juventud que empieza a aspirar con todas las ambiciones de su alma y con todos los anhelos de su corazón. (19)

Los pueblos totonacas acostumbraban a practicar el homosexualismo, y en éste aspecto los aztecas consideraban como uno de los delitos más graves, las penas que se aplicaban a esta práctica era el empalamiento al sujeto activo y al pasivo le extraían las entrañas por el orificio anal cuando se trataba de hombres; cuando se cometía entre mujeres la pena era la muerte por garrote.

El pueblo azteca en cuanto al aspecto sexual era de los más rigurosos, por lo que veneraban a su diosa llamada "Tlazolteotl" diosa provocadora e incitadora de la lujuria ante la cuál rendían su confesión con el fin de obtener el perdón de la diosa.

Cuando el rey azteca subía al poder se dirigía al pueblo y les hacía una serie de recomendaciones para que no realizaran actos que eran considerados malos, entre ellas emborracharse, ya que esto

(19) RIVA PALACIO VICENTE D. *Història General de las Cosas de la Nueva España*, edit. Porrù, Mèxico s/f, pàg. 191

provocaba que se cometieran delitos como adulterios, estupro y corrupción de vírgenes. (20)

La prostitución era otro de los actos que se consideraban delictuosos entre los pueblos prehispánicos, la pena que se aplicaba a este ilícito era según la mujer que lo ejerciera, ya que si se trataba de una mujer de la clase noble, se le sancionaba con la pena de muerte, pero si la que se prostituía era de la clase plebeya no se le sancionaba de ninguna manera.

La violación era un delito que se castigaba con la muerte entre los nahuatl, los tarascos al igual sancionaban con la muerte al violador, pero no sin antes romperle la boca hasta las orejas.

Para éstas culturas la virginidad y la castidad eran muy vigiladas, tanto en las mujeres como en los hombres, pues eran muy apreciadas para Dios, así también lo era para los hombres. Aquellas personas que se atrevían a cometer un delito que atentara contra una mujer virgen y casta eran penados con la muerte.

Las relaciones entre parientes consanguíneos fueron consideradas delitos, pues el matrimonio entre padres e hijos o entre hermanos estaba prohibido, así también el adulterio se castigaba con la pena de muerte a los adúlteros.

(20) MARTINEZ ROARO MARCELA. Delitos Sexuales, edit. Porrúa, México 1986, pág. 52

Lo que puedo concluir respecto a esta época, es que las culturas prehispánicas a pesar de regirse por la costumbre y de carecer de cuerpos legales escritos que regularan sus relaciones sociales, estas tenían una organización estable, tanto en el aspecto político, económico y social.

En cuanto a las costumbres sexuales de éstas culturas, podemos decir que la vida sexual era entre algunas de ellas de mayor libertad que en otras, y siempre existió un respeto hacia la libertad sexual de sus pobladores, siendo castigados aquellos que no respetaran éstos ordenamientos, así también los delitos que en la actualidad consideramos sexuales, estos pueblos también los contemplaban como actos delictuosos, siendo vistos como de los delitos más graves.

2. EPOCA COLONIAL.

Con la llegada de los españoles a la Gran Tenochtitlan y consumada la conquista de ésta, los pueblos indígenas quedaron sometidos a la corona española constituyendo así una colonia a la que se le dió el nombre de Nueva España.

Con la conquista España empleó para sus colonias, inclusive la Nueva España un régimen asimilador, las consideró como parte integrante del territorio nacional, pero al mismo tiempo permitió ir dibujándose un esbozo de personería particular en cada uno de sus

virreynatos, lo que dió por resultado el nacimiento de normas jurídicas propias de cada uno, de acuerdo con sus particulares problemas. (21)

La legislación que rigió a la época colonial se integrò tanto por leyes españolas como por disposiciones especiales expédidas para las colonias de América y las especiales para la Nueva España.

Las leyes especiales que se aplicaron a la Nueva España fueron creadas con el objeto de regular a los pueblos conquistados por los españoles, entre los cuales podemos citar la Recopilación de las Leyes de Indias, las Ordenanzas de Minería y las de Intendentes; así mismo se organizaron nuevas colonias integradas por españoles, quienes estuvieron regidos por los mismos ordenamientos que se aplicaban en España.

3. MEXICO INDEPENDIENTE

Terminado el movimiento de independencia, el nuevo Estado conservò en vigor la legislación de la colonia, pero tiene un interés en crear un ordenamiento tendiente a organizar su existencia y así poder cambiar las leyes de origen español.

(21) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Ob. Cit., pàg. 18

Esta necesidad de establecer un orden, hace que el Estado busque como actividad primordial la de legislar sobre aspectos constitucionales y administrativos.

Es así como la "Soberana Junta Gubernativa" expidió un decreto el 22 de febrero de 1822, con el objeto de redactar nuevas leyes para la nación entre las cuales estaban el Código Civil; pero es hasta el año 1871 cuando se crea el primer ordenamiento de carácter penal.

a. CODIGO PENAL DE 1871

El primer Código Penal para el Distrito Federal, fue promulgado el 7 de diciembre de 1871, conocido como el Código de Martínez de Castro, por haber sido su redactor.

En lo concerniente al ilícito en estudio este se encuentra regulado en el título denominado "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres".

Su descripción típica se encuentra en el artículo 793, al definirlo de la siguiente manera:

Artículo 793.- "Llamase estupro la cópula con mujer casta u honesta, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento".

Artículo 794.- El estupro sólo se castigará en los casos y con las penas siguientes:

- I. Con cuatro años de prisión o multa de segunda clase, si la estuprada pasare de diez años pero no de catorce.
- II. Con ocho años de prisión y multa de cien a mil quinientos pesos, cuando la estuprada pase de catorce años, el estuprador sea mayor de edad, haya dado a aquella por escrito palabra de casamiento y se niegue a cumplirla sin causa justa posterior a la cópula, o anterior a ella, pero ignorada por aquel. (22)

b. CODIGO PENAL DE 1929

El 30 de septiembre de 1929 fue expedido un nuevo Código Penal, redactado por José Almaraz, su vigencia fue muy breve, ya que duró solamente dos años. Este Código establecía el delito de estupro en el artículo 856 definiéndolo así:

Artículo 856.- "Llamèse estupro: la cópula con una mujer que viva honestamente, si se ha empleado la seducción o en el engaño para alcanzar su consentimiento".

(22) Código Penal. Edit. Porrúa, México.

Artículo 858.- El estupro será posible sólo cuando la edad de la estuprada no llegue a los 18 años, y se sancionará del modo siguiente:

- I. Con tres años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad, si la estuprada fué impúber; y
- II. Con un año de arresto y multa de diez a quince días de utilidad, si la estuprada fuere púber. Será circunstancia agravante de cuarta clase: ser doncella la estuprada. (23)

c. CODIGO PENAL VIGENTE DE 1931

El Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, fue promulgado el 13 de agosto de 1931.

En nuestro actual código se estableció al delito de estupro en el título decimoquinto, teniendo como encabezado "Delitos Sexuales". El tipo penal de este delito se regula en el artículo 262, definiéndolo de la siguiente manera:

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

(23) ALMARAZ JOSE. Exposición de Motivos del Código Penal. México 1929, pág. 73

por medio de la seducción o el engaño se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos". (24)

El 29 de diciembre de 1984, éste artículo tuvo una reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, quedando como sigue:

Artículo 262.- "Al que tengo cópula con mujer menor de dieciocho años casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio del engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión".

Al hacerse esta reforma se suprimió el elemento de la seducción, por lo que hace a este respecto el maestro González de la Vega nos dice lo siguiente: "primero se eliminó el elemento "seducción" en el delito de estupro como medio operatorio desplegado por el sujeto activo para lograr lo que algunos tratadistas llaman fraude amoroso, así como la sanción económica". (25)

Ahora con la última reforma hecha al capítulo referente a los delitos sexuales, en primer lugar se modificó el título, al cual se le puso "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo

(24) Código Penal de 1954, art. 262

(25) GONZALEZ DE LA VEGA. Ob. Cit., pág. 366

psicosexual"; en segundo lugar y en relación a nuestro tema de estudio, el artículo 262 quedó así:

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".

Esta reforma fue hecha el 30 de diciembre de 1990, publicada en el Diario Oficial el 21 de enero de 1991, y con esta reforma podemos advertir que el artículo 262 tiene un enfoque distinto, ya que ahora se contempla al hombre como sujeto pasivo cuando se refiere "al que tenga cópula con persona . . .", también se observa que se establece la minoría de edad que es de doce años; edad que antes no se contemplaba.

CAPITULO II

DERECHO COMPARADO	33
A. COSTA RICA	33
B. ALEMANIA	36
C. ARGENTINA	37
D. CHILE	40
E. BOLIVIA	43
F. PERU	46
G. URUGUAY	48
H. ESPAÑA	50
I. VENEZUELA	56

CAPITULO II

DERECHO COMPARADO

La importancia de este capítulo consiste en conocer los diversos criterios y conceptos que se tiene en la actualidad del delito de estupro en diferentes países, esto es con la idea de comprender que el delito de estupro afecta también lo que en otros países se ha llamado "la honestidad sexual".

A. COSTA RICA

Por lo que hace a las disposiciones de Costa Rica, el delito de estupro se encuentra tipificado en el Título II "de los delitos contra la honestidad" capítulo I en el artículo 219 que a la letra dice:

Artículo 219.- "Comete estupro y será castigado con prisión de uno a cuatro años":

1. El que tuviere acceso carnal con una doncella mayor de doce años y menor de quince.
2. El que mediante engaño grave o promesa de matrimonio, tuviere acceso carnal con una doncella mayor de quince años y menor de dieciocho. (26)

(26) Código Penal y Código de Policía. Imprenta Nacional San José de Costa Rica, pág. 50

Se observa que en el Código Penal de Costa Rica, se establece que la mujer puede ser única víctima del delito de estupro.

Así mismo advertimos que el estupro gira alrededor de dos preceptos en que se marcan dos edades donde la mujer puede encuadrar en el tipo, y es así: en el primer precepto marca que la edad de la estuprada debe ser mayor de doce años pero menor de quince; el segundo precepto establece la edad cuando la mujer sea mayor de quince años y menor de dieciocho; ambos preceptos marcan como requisito que la mujer sea doncella.

Desintegrando la figura típica del estupro descrita en el artículo 219 del Código Penal de Costa Rica, se concluye que los elementos integrantes del estupro son:

Del primer precepto se desprenden los siguientes.

- a) El acceso carnal.
- b) Ser mujer mayor de doce años y menor de quince.
- c) Ser doncella.

Del segundo precepto se desprenden los siguientes elementos.

- a) Que medie el engaño grave o promesa de matrimonio.
- b) El acceso carnal.
- c) Ser mujer mayor de quince años y menor de dieciocho.

Observamos que el Código Penal Costarricense emplea el término acceso carnal -introducción del órgano viril en la vagina de la mujer-, y no el de cópula como en nuestra legislación.

La legislación de Costa Rica, conceptúa el término doncella de la siguiente manera "se presumirá ser doncella toda mujer honesta, de buena fama, y que no hubiere sido madre".

Cuando en el caso del estupro ocurriera alguna de las circunstancias del artículo 218, o sea, cuando resultare un grave daño en la salud de la víctima por un ascendiente, descendiente consanguíneo o afín, es así mismo por un hermano, por un sacerdote, de persona encargada de la educación de la guarda del ofendido u ofendida, además con el concurso de dos o más personas, la pena que se impondrá es de tres a siete años de prisión. (art. 220)

Cuando del estupro resultare la muerte de la persona ofendida, se le aplicará prisión de diez a veinte años. (art. 221)

Podemos concluir al respecto que la legislación penal de Costa Rica extiende su protección penal a las mujeres solteras que sean honestas y que no hubieran sido madres, que hayan sido engañadas siempre y cuando estas estén dentro del límite de la edad de quince a dieciocho años; así también protege a las mujeres más jóvenes de esa edad, mayores de doce años y menores de quince, sin que estas hayan sido engañadas por el activo para tener el acceso carnal.

B. ALEMANIA

En el Derecho Alemán, como punto de partida se señalará que el delito de estupro se maneja con el término "seducción" considerando como víctima de este ilícito únicamente a personas de sexo femenino.

En el Derecho Alemán, el delito de estupro se contempla en el Código Penal Alemán (The German Draft Penal Code), en el Título Tercero que lleva como epígrafe "Crímenes contra la Moralidad", y su descripción es la siguiente:

Artículo 213.- "Quién seduzca a una niña menor de dieciséis años, para que tenga relaciones sexuales con él, será castigado con dos años de prisión". (27)

Es de notarse que la legislación Alemana maneja este tipo de ilícito bajo el término de seducción, (sin mencionar el término de estupro). También se limita a mencionar únicamente relaciones sexuales, dándole acepciones como acceso carnal o cópula.

El Código Penal Alemán establece que la edad de la estuprada ha de ser menor de dieciséis años, sin marcar un límite mínimo de edad.

Su forma de persecución se establece en el artículo 213, en la

(27) THE GERMAN DRAFT CODE. London. 1966, art. 213, pág. 123

fracciòn tercera, al estipularlo así: esta acciòn sòlo serà perseguida por queja de la mujer ofendida, por sus padres o por sus representantes.

Si el autor del hecho se casa con la víctima, la acciòn sòlo serà perseguida si el matrimonio es declarado invàlido o nulo, si existe un derecho de queja y no tuvo un lapso prioritario para entrar en el matrimonio. (fracciòn II, art. 213)

En este orden de ideas, el objeto jurídico tutelado consiste en lo que el Còdigo Penal Alemàn llama seguridad sexual, tendiente a proteger a las mujeres muy jòvenes.

C. ARGENTINA

Por lo que respecta al Derecho Argentino, el delito de estupro se contempla en el capitulo segundo que se refiere a los "Delitos contra la Honestidad", el cual se tipifica en el artículo 120 que a la letra dice:

Artículo 120.- "Se impondrà reclusiòn o prisiòn de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior". (28)

(28) Còdigos de la República de Argentina. Casa Editora e Impresora Rodriguez Giles, pàg. 337

Esto último se refiere cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir, y cuando se usare de fuerza o intimidación, hechos que constituyen casos de violación. (art. 120, en relación con el 119, del Código Penal Argentino).

En este artículo, excluidos los casos de violación no se exige sino la honestidad de la víctima, sin que importe la naturaleza fraudulenta de los procedimientos utilizados por el autor.

Encontramos que el citado Código Penal Argentino en el artículo 120 en relación con el 119, emplea el término acceso carnal. El significado de la palabra acceso, proviene de "acce", que significa llegada, venida, aproximación, efecto de llegar o acercarse. Es la unión carnal entre dos personas.

La acepción acceso carnal en el Derecho argentino, equivale a una penetración sexual y esta se produce cuando el órgano genital entra al cuerpo, ya sea por vía normal o anormal.

En estos términos el acceso carnal es sinónimo de concubito, cópula carnal, yacimiento, coito; pues tanto uno como otro de estos conceptos interesan en el estupro. Al referirse al acto sexual se alude a varios delitos tipificados en este ordenamiento penal como es el adulterio, el estupro, la violación, etc.

Actualmente el Código Penal Argentino, considera consumado el delito de estupro cuando existe la penetración normal, es decir, la cópula por la vía vaginal, pero no se requiere para que se configure este delito que exista la penetración completa. Esta legislación sostiene que en todo estupro va implícita la seducción de la mujer.

Para Soler, la ley en vez de exigir el uso de medios que acrediten en el sujeto activo malignidad por el disfrute de una inexperta engañada ha requerido explícitamente en la víctima la resistencia que sólo ante aquellos rinden. (29)

Dentro del esquema conceptual, el medio indiferente: ruegos, dádivas, lágrimas, basta que en el acto no haya mediado violencia, en cuyo caso a la conducta se le aplicará el artículo 119 inciso 3o., es decir, cuando se usare la fuerza o intimidación.

La edad se ha tomado como índice de la mayor o menor inmadurez o inexperiencia, por tal motivo de la debilidad o solidez de las defensas para proteger el propio honor sexual.

El sistema de legislación penal que otorga amparo a la mujer honesta hasta los quince años de edad parece el más equilibrado y al propio tiempo suministra un criterio más firme para la incriminación.

(29) Citado por ERNESTO J. URE. Los Delitos de Violación y Estupro. Edit. Ideas, Buenos Aires Argentina 1952, págs. 65 - 66

De acuerdo al bien jurídico tutelado por la ley Argentina, lo que se protege es la seguridad sexual, la cual consiste en la garantía a la protección de la inmadurez e inexperiencia sexual de la mujer.

Para Ricardo C. Nuñez, tratadista jurídico argentino, el bien jurídico protegido es la reserva sexual, dicha reserva sexual puede ser entendida con mayor propiedad como la prohibición de la iniciación sexual prematura, fundamento preciso de la incriminación del estupro y de la violación de un impúber.

Cabe destacar que tanto en el inciso primero del artículo 119, como en el 120 del código penal argentino, no se otorga validez al consentimiento de la víctima, sea por inmadurez psíquico-física, sea porque el reciente despertar del sexo incapacita a la adolescente para administrar cuerdamente su hora sexual.

En el estudio dogmático del artículo 120 debe atenderse a los tres elementos típicos: acceso carnal, edad y honestidad del sujeto pasivo, además del consentimiento.

D. CHILE

El libro segundo en el título séptimo con epígrafe "Delitos contra el orden de las familias", del Código Penal de la

República de Chile, en su artículo 363 tipifica al delito de estupro, cuya redacción es la siguiente:

Artículo 363.- "El estupro de una doncella, mayor de doce años y menor de veinte, interviniendo engaño, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados". (30)

Las disposiciones chilenas manejan el término doncella, al igual que en la legislación de Costa Rica, por lo tanto, se puede decir que es un delito dirigido a proteger únicamente a la mujer como sujeto pasivo.

Como podemos observar, el Código Penal de Chile establece un límite mínimo y máximo de edad en la mujer estuprada, cuya edad esta marcada entre los doce años como mínimo y veinte años como máximo.

Este ordenamiento establece como elemento normativo el engaño, medio empleado por el autor del delito para la realización de la cópula, que en términos generales la ley chilena emplea la palabra yacimiento.

La palabra "yacimiento" (de yacer), se equipara al término cópula, acceso carnal, relaciones sexuales, etc.

(30) Código Penal de la República de Chile, edit. Jurídica de Chile. 1949, pág. 106

Las disposiciones comunes a este delito son las siguientes:

Artículo 368.- "Si el rapto, la violación, el estupro, la sodomía, los abusos deshonestos o la corrupción de menores han sido cometidos por autoridad pública, sacerdote, guardador, maestro, criado o encargado por cualquier título de la educación, guarda o curación de la persona ofendida o prostituida, se impondrá al reo la pena señalada al delito en su grado máximo. (31)

El delito de estupro será perseguible por querrela de parte y solamente a instancia de la agraviada o de sus padres, abuelos o guardadores.

Cuando la persona agraviada, a causa de su edad o estado moral, no pudiere hacer por sí misma la acusación o denuncia, ni tuviera padres, abuelos o guardadores, o teniéndolos se hallaren imposibilitados o complicados en el delito, el Ministerio Público entablará la acusación.

La causa de extinción de la acción penal en el estupro conforme a la legislación penal chilena, es cuando el ofensor se casa con la ofendida.

(31) *Ibidem.* pág. 107

No procederà cuando la proposición de matrimonio sea desechada por la ofendida, por la persona que debe prestar su consentimiento para el acto, o por el Juez en su caso, o cuando no pueda verificarse el matrimonio por algùn impedimento legal.

La indemnización a que estan sujetos los reos de estupro es la siguiente:

- 1o. A dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda.
- 2o. A dar alimentos congruos a la prole que, segùn las reglas legales fuera suya.

Por lo tanto se puede concluir, que en la legislación chilena el estupro es el engaño que se emplea por el autor del delito para que una mujer honesta y de buena fama realice la cópula.

Dentro del término doncella, que es la palabra que utiliza este código penal para referirse a la mujer, lleva implícita la honestidad.

E. BOLIVIA

El título decimoprimer o cuyo encabezado es "De los delitos contra las buenas costumbres", en el capítulo primero contempla los delitos de violación, estupro y abuso deshonesto. Por lo que se refiere al delito de

estupro la legislación boliviana lo tipifica en el artículo 309, siendo su redacción la siguiente:

Artículo 309.- "El que mediante seducción o engaño tuviere acceso carnal con mujer honesta que hubiere llegado a la pùbertad y fuere menor de diecisiete años, se le impondrà la pena de privaciòn de la libertad de dos a seis años". (32)

De la anterior redacciòn podemos decir que se desprenden los siguientes elementos:

- a) La seducciòn o el engaño.
- b) El acceso carnal.
- c) Mujer pùber y menor de diecisiete años.
- d) La honestidad.

El medio del que se vale el autor del delito consiste en las acciones que éste emplea para lograr sus propòsitos, en el estupro consiste en la seducciòn o engaño.

La legislación boliviana emplea la palabra acceso carnal, la cual la definen como el paso del òrgano viril en la vagina de la mujer. El acceso carnal constituye la materialidad del delito de estupro, es decir, la consumaciòn del acto sexual.

(32) SERRANO TORRICO SERVANDO . El Nuevo Còdigo Penal, edit. Serrano Hnos. Ltda. Bolivia, s/f pàg. 122

El Código Penal de Bolivia, exige como elemento integrante del tipo, que la mujer sea pùber, pero no mayor de diecisiete años.

La pubertad constituye la primera fase de la adolescencia, durante la cual se producen las modificaciones que caracterizan el paso de la niñez a la edad adulta. (33)

El límite máximo de edad esta marcado a los diecisiete años de edad, pues pasada esa edad, según la legislación boliviana, la mujer sabrà conducirse en su vida sexual.

La honestidad elemento necesario para tipificar este ilícito, pues sin ella no podrá considerarse delito de estupro, aunque se reunan los demás elementos, pues la honestidad esta ligada con la valoración cultural que hace el Juez de la mujer víctima de este delito.

La agravación de este delito se dará en los siguientes casos:

- 1) Si resultare un grave daño en la salud de la víctima.
- 2) Si el autor fuere ascendiente, descendiente, hermano, medio hermano, adoptante o encargado de la educación o custodia de aquella.
- 3) Si en la ejecución del hecho hibièren concurrido dos o más personas

(33) Nueva Enciclopedia Boliviana. Edit. Serrano, Bolivia 1973 pàg. 2753

La pena que se aplicará en caso de que incurra alguno de los preceptos arriba indicados, será agravada con la pena establecida para este delito, más un tercio. Pero si a consecuencia del delito se produjere la muerte de la persona ofendida, la pena aplicable será de presidio de cuatro a diez años en caso de estupro.

F. PERU

Por lo que se refiere a las disposiciones peruanas su código penal contempla el delito en estudio en la sección primera. La Legislación penal Peruana clasifica a este tipo de ilícito dentro de lo que son los delitos "Contra las Buenas Costumbres", en el título primero de la sección tercera establece los delitos contra la libertad y el honor sexuales.

El Código Penal de Perú tipifica al delito de estupro en el artículo 201, que a la letra dice:

Artículo 201.- "Será castigado con prisión no mayor de dos años, el que sedujera y tuviere el acto carnal con jòven, de conducta irreprochable, de más de dieciséis años y menor de veintiùn años". (34)

La legislación peruana considera que la víctima del delito de

(34) Constitución, Código y Leyes de Perú, edit. Gil Lima Perú 1942, pág. 478

estupro es únicamente la mujer, así como también podemos observar en su redacción emplea el término acto carnal, que vendría siendo sinónimo de cópula, acceso carnal, ayuntamiento, etc.

Los límites mínimos y máximos de edad los marca en dieciséis años (mínimo) y veintiún (máximo), advertimos que esta legislación extiende su protección penal a mujeres más maduras, pues según Eduardo García Calderón, jurista peruano, considera que las condiciones sociales de la mujer en nuestro país (Perú), hace que tengan una inmadurez sexual, pues a pesar de su desarrollo físico y psicológico, son incapaces de saberse conducir sexualmente de forma correcta y por lo tanto son presas fáciles por el hombre para aprovecharse de ellas.

Ahora bien, el artículo 204, establece las reglas comunes a los delitos contra la libertad y el honor sexual.

Artículo 204.- En los casos de la violación, estupro, raptó o abuso deshonesto de una mujer, el delincuente será además condenado a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda, en proporción a sus facultades, y a mantener a la prole que resultare.

En los mismos casos, el delincuente quedará exento de pena, si se casare con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida al poder

de su padre o guardador o a otro lugar seguro.

El Código Penal Peruano establece en su artículo 205 que en los casos en que no resultare la muerte de la persona ofendida o no hubiere inferido lesiones graves, sólo se procederá a formar causa por querrela o denuncia de la víctima, o de la persona bajo cuyo poder se hubiese hallado cuando se cometió el delito, debiendo el consejo de familia nombrar si fuere necesario, el correspondiente defensor.

Si el delito se cometiere contra una menor de dieciséis años que no tenga padres ni guardador puede entablar la denuncia cualquiera del pueblo, o procederse de oficio, lo mismo que cuando el delito fuere perpetrado por un ascendiente, guardador u otra persona encargada del cuidado de la menor.

G. URUGUAY

El capítulo cuarto del Código Penal de Uruguay contempla lo que en este país llaman "Abusos Deshonestos". El artículo 275 enfoca la definición del delito de estupro que a la letra dice:

275 (Estupro)

"Comete estupro el que, mediante promesa de matrimonio, efectuare la conjunción con mujer doncella menor de veinte años y mayor de quince".

"Comete estupro igualmente, el que, mediante simulación de matrimonio, efectuare dichos actos con mujer doncella mayor de veinte años". (35)

En este orden de ideas, el objetivo jurídico tutelado consiste en lo que el Código Penal de Uruguay llama la seguridad sexual que lo considera como el derecho al pudor y a la contingencia.

El artículo 275 como podemos observar, tipifica al sujeto activo como aquel que tenga conjunción carnal con una mujer honesta.

La palabra conjunción proviene del latín "Coniunctio", que significa junta, unión. Por lo consiguiente la conjunción carnal significa la unión sexual entre dos personas.

Ahora bien, la forma en que se presenta este delito puede ser mediante promesa de matrimonio o mediante simulación de matrimonio.

Cabe destacar que este delito está dirigido a proteger a las mujeres doncellas (de vida correcta y honesta); por lo que se refiere a la edad, el límite mínimo es de quince años y el máximo de veinte, pero también es importante mencionar que cuando se da el caso de que la mujer es engañada mediante la simulación de matrimonio, la ley de

(35) Código Penal de la República de Uruguay. Pág. 89

Uruguay señala que siempre que se presente este caso se le dará protección a la mujer estuprada, siempre y cuando esta haya sido doncella mayor de veinte años.

La pena que se le impondrá al estuprador se encuentra establecida en el mismo artículo 275; el estupro se castiga con pena que puede oscilar desde seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.

En la legislación de Uruguay no marca las causas de extinción en el delito de estupro, que podría ser através del matrimonio.

H. ESPAÑA

De acuerdo a las disposiciones españolas, el delito de estupro se encuentra tipificado en el Código Penal, Título IX "Delos delitos contra la honestidad", capítulo primero "De la violación y de los abusos deshonestos", el artículo 434 lo regula, el cual establece: Artículo 434.- "La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaleándose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada como reo de estupro, con la pena de prisión menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del

estupro. (36)

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, vemos que en esta legislación a diferencia de las ya estudiadas se limita a decir únicamente persona, sin establecer a la mujer exclusivamente como víctima, pues se puede interpretar que tanto el hombre como la mujer pueden ser víctimas de este delito.

Ahora bien el artículo 435 señala que comete así mismo, estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con persona mayor de doce años y menor de dieciséis. En este caso será de arresto mayor.

Siguiendo este orden de ideas, el bien jurídico protegido de acuerdo a algunos tratadistas españoles como Cuello Calón, es la libertad sexual de las mujeres jóvenes.

Como mero antecedente histórico puedo decir que el Código español de 1963, bajo la denominación común de estupro, se comprenden tres diferentes delitos de descripción y naturaleza distintas:

a) El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor,

(36) Código Penal Español, 1985

maestro, o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada. (art. 434 del Código Penal español).

Este delito constituye lo que la doctrina española designa estupro doméstico, tiene como característica esencial que lo separa de la noción del estupro generalmente 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 persona que guarde 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. Este caso se sanciona como modo de garantizar a las mujeres inexpertas menores de edad, contra abusos de la autoridad o de confianza en el aprovechamiento sexual.

b) El estupro cometido con hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años (art. 435 del Código Penal español).

La descripción que hace el Código español de este artículo, incluye el incesto dentro del delito de estupro.

Su principal defecto consiste en considerar en todo caso, simplemente como víctimas del incesto a las mujeres aun 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 cualquier otra persona con una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, interviniendo engaño (párrafo primero del artículo 436 del Código Penal español).

Esta forma de delito corresponde más acertada a la noción general de lo que es el estupro, pues el fraude es elemento imprescindible, más sin embargo esta legislación no exige que la mujer sea doncella o de conducta sexual honesta.

A partir de este dato, nos podemos dar cuenta que estos artículos fueron reformados, pues ahora no marcan el término doncella, ni mujer, sino más bien se refiere solamente a "persona", además la edad del sujeto pasivo fue reducida, ya que anteriormente se marcaba la de veintitrés como límite máximo, ahora lo es de dieciocho años, el único inconveniente es que prevalece el precepto en que se establece lo que es el incesto cuando se refiere a este delito cuando se cometiere por ascendiente o hermano de estupro.

Por otro lado, el artículo 435 por su redacción decimos que es la que más se acerca al concepto que maneja nuestra legislación pues

si desglosamos este artículo los elementos constitutivos son los siguientes:

- a) Acceso carnal.
- b) Persona mayor de doce años y menor de dieciséis.
- c) Que intervenga engaño.

Si enumeramos los elementos integrantes del delito de estupro que contempla nuestra legislación a partir de la reforma estos son los siguientes:

- a) La cópula
- b) Persona mayor de doce años y menor de dieciocho.
- c) Obtención del consentimiento por medio del engaño.

Ahora bien, el artículo 436 establece que se impondrá la pena de multa de 30,000 pesetas al que cometiere cualquier abuso deshonesto, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos artículos precedentes.

Las disposiciones comunes establecidas para los delitos contra la honestidad se encuentran implícitas en el artículo 443.

Para proceder por este delito, bastará la denuncia de la persona agraviada, o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por éste orden.

Por las menores de dieciséis años podrán denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores.

En los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto, el perdón del ofendido, mayor de edad o del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que caiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal. Para que el perdón pueda proceder, necesitará ser aprobado por el Tribunal competente una vez visto por el Fiscal. En los casos de rechazo, a su prudente arbitrio deberá ordenar que contine el procedimiento, representando al menor, o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal.

La legislación española condena a la indemnización a favor de la persona ofendida, y serán los Tribunales quienes hagan la declaración que proceda en orden a la filiación y a la fijación de los alimentos en su caso, conforme a la legislación civil.

En este orden de ideas la legislación penal española, sanciona a los cómplices que con abuso de autoridad o engaño que cooperen para la perpetración de los delitos comprendidos en el título noveno, (referente a la violación, estupro y abusos deshonestos) implicando como cómplices a los ascendientes, tutores, maestros.

Así mismo, a los maestros o encargados en cualquier manera de la

educación o dirección de la juventud serán, además, condenados a inhabilitación especial.

I. VENEZUELA

"De los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias", es el título que señala la Legislación Penal Venezolana, referente a los delitos sexuales.

El capítulo primero del título octavo del Código Penal de Venezuela tipifica al delito de estupro en el artículo 379, pero el derecho venezolano lo maneja con el término seducción.

Por lo que hace a la descripción típica de éste delito su narración es la siguiente:

Artículo 379.- "El que tuviere acto carnal con persona mayor de doce y menor de dieciséis años, o ejecutare en ella actos lascivos sin ser su ascendiente, tutor ni instructor y aunque no medie ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 375, será castigado con prisión de seis a dieciocho meses y la pena será doble si el autor del delito es el primero que corrompe a la persona agraviada". (37)

(37) Compilación Legislativa de Venezuela, edit. Andrés Bello. Caracas Venezuela s/f, pág. 607 y 608

Las circunstancias a que se refiere el artículo 375 son: si la víctima no tuviere doce años de edad, cuando se halle detenida o condenada, o confiada a la custodia del culpable; y, que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido. (art. 375)

El acto carnal ejecutado con mujer mayor de dieciséis años y menor de veintidós, con su consentimiento, es punible cuando hubiere seducción con promesa matrimonial y la mujer fuere conocida como honesta. (segundo párrafo del artículo 379)

Las agravantes especiales en este delito, existe cuando se dan las circunstancias en que el autor del delito se vale de las gestiones de los ascendientes, guardadores o representantes legales u otras personas encargadas de vigilar a la persona de menor edad o de los oficios de proxenetas o de corruptores habituales.

En lo que concierne a la persecución del delito, el enjuiciamiento no procederá sino por acusación de la parte agraviada o de quien sus derechos represente.

Cabe destacar que la querrela no es admisible si ha transcurrido un año desde el día en que se cometió el hecho, o desde el día que

tuvo conocimiento de él, la persona que pueda querrellarse en representación de la agraviada.

Una vez analizado todo lo anterior, observamos la manera en que se extingue este delito, y es através del matrimonio de acuerdo a lo estipulado en el artículo 395, el cual establece, el culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos 375, 376, 377, 379, 388 y 390 del Código Penal Venezolano, quedará exento si se casa con la estuprada.

CAPITULO III

ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE ESTUPRO

A. CONCEPTO

B. OBJETIVIDAD JURIDICA TUTELADA

C. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN ESTE DELITO

1. SUJETO ACTIVO (autor del delito)
2. SUJETO PASIVO (ofendido)

D. MATERIALIDAD DEL DELITO

E. ELEMENTO NORMATIVO CULTURAL

1. LA CASTIDAD
2. LA HONESTIDAD

F. MEDIOS DE COMISION DE LA CONDUCTA

1. SEDUCCION
2. ENGAÑO

G. REFERENCIA TEMPORAL

CAPITULO III

ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE ESTUPRO

A. CONCEPTO

El diccionario enciclopédico de la lengua española dice al respecto del estupro; "Estupro. (del latín stuprum, probablemente de stupere, por hallarse la víctima en estado de alienación mental). (38)

González de la Vega coincide en lo dudoso de su origen de la voz latina. Cita a Commeleràn para quien proviene de una palabra griega (sigma, tao, upsilòn y omega) que significa la erección viril. Señala como su probable origen las palabras stupor, pasmo, stupor sensum, pasmo o entorpecimiento de los sentidos. (39)

El concepto de estupro ha sufrido una larga evolución en el curso histórico del derecho penal, gramaticalmente y jurídicamente a este concepto se le ha dado diversas acepciones siendo utilizado para referirse a cualquier concubito extra marital, en la actualidad se le ha dado el significado de acceso carnal libremente consentido con

(38) Diccionario Enciclopédico. Edit. Planeta. Barcelona España 1992, pág. 1023

(39) GONZALEZ DE LA VEGA F. Ob. Cit., pág. 358, párrafo 461

menores de edad, ya que el estupro solía confundirse con el adulterio, la violación o el incesto.

El concepto de estupro se ha elaborado en tres ingredientes dogmáticos:

- a) El cronológico de la edad de la víctima;
- b) El ético de la honestidad, y
- c) El biológico del acceso carnal.

El concepto doctrinal del delito de estupro lo tomaremos de varios autores, para establecer los distintos criterios que se presentan respecto a este delito.

Celestino Porte Petit define al estupro como "la cópula normal consentida, en mujer menor de dieciocho años y no menor de doce, sin madurez de juicio en lo sexual". (40)

Este mismo autor alude a lo que expone Carrarà en su Programa, Parte Especial, Tomo II párrafo 1482, e incluye la definición del delito que éste proporciona de la siguiente manera: "es el conocimiento carnal de mujer libre y honesta, precedido por seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia". (41)

(40) PORTE PETIT CELESTINO C. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Estupro. Edit. Porrúa, S.A., México 1982, pág. 10

(41) Ibidem, . pág. 10

Otro concepto del estupro es el que proporciona el maestro González de la Vega definiéndolo así: "es la conjunción sexual natural, obtenida sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligadas por matrimonio y de conducta sexual honesta". (42)

A partir de estos conceptos podemos decir, que el estupro es un delito contra la moralidad sexual legalmente protegida, consistente en el acto de acceso carnal con mujer menor de edad, libre y honesta, logrado mediante seducción o engaño, pero sin violencia ni intimidación.

B. OBJETIVIDAD JURIDICA TUTELADA

Para poder determinar un delito como sexual, es necesario que su acción típica sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual, y que los bienes jurídicos dañados por esa acción sean referentes a la vida sexual del ofendido.

Los bienes jurídicos que tutela el Estado en los delitos sexuales varía de acuerdo a la figura típica del delito, que puede ser dirigida a la libertad sexual o a la seguridad sexual de la persona.

(42) Ob. Cit., pág. 359

Para poder hablar del bien jurídico que la ley penal trata de proteger en nuestro delito de estudio, es importante establecer primero que es el objeto jurídico, y posteriormente determinar que es la libertad y seguridad sexual.

El objeto jurídico del delito, es el bien jurídico que el acto delictivo lesiona o pone en peligro de ser lesionado. (43)

La libertad sexual se define como "el derecho a la manifestación de la voluntad en el uso del propio cuerpo en la esfera sexual". (44) Mientras que la seguridad sexual la podemos definir como la garantía de protección en la inmadurez de juicio en lo sexual.

En cuanto a nuestro tema de estudio, la opinión de algunos autores varía respecto a cual es el bien jurídico que se protege, por lo que citaré a algunos tratadistas sobre su punto de vista.

Entre los autores que afirman que el objeto que se tutela en el estupro es la libertad sexual, encontramos a los maestros Carrancá y Trujillo, a Mariano Jiménez Huerta y a Carlos Fontan Balestra, entre otros.

-
- (43) JIMENEZ DE ASUA LUIS. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, edit. Sudamericana, Buenos Aires Argentina 1989 pág. 102
- (44) FERNANDEZ RODRIGUEZ. Los Abusos contra la Honestidad, en Cuadernos de Política Criminal. Núm. 5, España 1978, pág. 56

Fontan Balestra, tratadista argentino, establece que el estupro ataca en su acción dos bienes jurídicos a saber: la moral social y la libertad sexual o voluntad sexual. En cuanto al primer punto considera que puede ser aplicada a casi todos los delitos, pero lo es más en el estupro, ya que la actividad sexual ejercida en una persona que desconoce o no comprende el aspecto sexual y que por su desarrollo físico no es apta para una relación de este tipo.

Por lo que se refiere al segundo punto, establece que la libertad sexual es también coartada, en razón de que la víctima, si bien no obra violentada por fuerza o intimidación, lo hace bajo la influencia del engaño, que es la consecuencia del fraude tramado por el sujeto activo. (45)

Los autores que opinan que el bien jurídico protegido en el estupro es la seguridad sexual encontramos a Alberto González Blanco, Celestino Porte Petit y a Francisco González de la Vega.

Estos autores defienden su postura de la seguridad sexual de la mujer honesta "contra el ayuntamiento sexual obtenido abusando de su inexperiencia". La tutela penal en el estupro se establece por interés individual, familiar y colectivo en la conservación de sus buenas costumbres. (46)

(45) FONTAN BALESTRA CARLOS. Delitos Sexuales. Estudio Jurídico, Médico y Criminológico. Edit. Depalma, B.A. Argentina 1945. p.98
(46) GONZALEZ DE LA VEGA F. Ob. Cit., pág. 360-361, párrafo 467

Para determinar el bien jurídico que se tutela, es indispensable observar a quien va dirigida esa protección y observamos que conforme a la ley, la tutela penal esta dirigida a menores de dieciocho años y mayor de doce, indicando con esto un límite en la edad, para abarcar única y exclusivamente a las personas inmaduras menores de esta edad.

Desde mi punto de vista, considero que el objeto jurídico que la ley debe tutelar es la seguridad sexual, ya que podemos advertir que desde su fundamento legal del delito de estupro, este parte del supuesto de que la mujer entre los doce y dieciocho años es una persona inmadura e incapaz de saberse manejar libremente en el aspecto sexual, ya que si la ley pena establece que antes de esa edad la mujer no es apta para el sexo, tanto por el desconocimiento del tema, como por su desarrollo fisiológico, entonces tomando en cuenta esto, no puede existir una libertad a decidir sobre algo que se desconoce, por lo tanto considero que la libertad sexual no debe ser el objeto jurídico que trata de proteger la ley, sino la seguridad sexual de la mujer joven inmadura.

Por otro lado, si este delito ha sido construido generalmente sobre la base del elemento de la seducción y el engaño, a pesar de que la seducción ha sido suprimida de su concepto legal, se debe atender entonces al elemento engaño para determinar que se esta obteniendo su consentimiento por medio de artimañas y no por medio de la violencia o intimidación, que es en estos casos cuando se tiene

que proteger la libertad sexual de las personas, quienes tienen el derecho a elegir voluntariamente el tipo de relación y compañero que mejor prefiera.

C. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN ESTE DELITO

El estudio de los sujetos que intervienen en mi tema de tesis, es para determinar que personas pueden encontrarse dentro del tipo legal del mismo.

Los sujetos que intervienen en cualquier delito se ha dividido en sujeto activo y sujeto pasivo, puntos que se desarrollarán en el transcurso del presente apartado.

1. SUJETO ACTIVO (autor del delito)

El contenido del texto legal al mencionar a la mujer como presunto sujeto pasivo del delito, indica que únicamente el hombre puede ser sujeto activo, ya que sólo puede ser realizada por éste la conducta ilícita debido a la naturaleza del delito.

En cuanto a la calidad del sujeto activo, el estupro es un delito común o indiferente, esto quiere decir, que lo puede cometer cualquier hombre. (47)

(47) PORTE PETIT CELESTINO C. Ob. Cit. pág. 28

Nos hacemos la pregunta si puede ser la mujer sujeto activo del delito de estupro, y a este respecto tomamos la opinión que ofrece el tratadista González de la Vega, sobre el comentario que hace en el delito de violación, si la mujer puede ser sujeto activo que a la letra dice: "No puede ser la mujer como sujeto activo por la imposibilidad de introducción del órgano viril, por una parte y por otra, no puede el hombre ser sujeto pasivo, siendo la mujer el activo, porque la realización de la cópula requiere de una actividad viril que exige el hombre un determinado estado fisiológico en sus órganos sexuales. También excluye la posibilidad del delito del acto homosexual femenino, acto de la inversión efectuado de mujer a mujer, porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente fenómeno no copulativo o ayuntamiento dada la ausencia de la introducción sexual.

(48)

2. SUJETO PASIVO (ofendido)

Francisco Carrara define al sujeto del delito como "el hombre sobre el que recaen los actos materiales del culpable". (49) Este concepto ha sido superado por doctrinas más recientes, como la de Cuello Calón quién dice que el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.

(48) Ob. Cit., pàg 366 pàrrafo 478

(49) MARQUEZ PINERO RAFAEL. Derecho Penal, Parte General, edit. Trillas, Mèxico 1991 pàg. 152

Todas las personas somos susceptibles de ser sujetos pasivos en cualquier delito, siempre y cuando se reúnan los requisitos que se establecen para encuadrar dentro del tipo del ilícito.

En seguida haré una clasificación de quienes pueden ser sujeto pasivo en el delito en general.

I. La persona individual, con todas sus condiciones como persona, (sin distinción de sexo, estado mental, edad, posición social o económica).

II. Las personas jurídicas o morales, cuando se trata de infracciones contra su patrimonio o contra su honor o reputación.

III. El estado, también se puede considerar sujeto pasivo del delito en los casos en que se atenta contra la seguridad pública y de la Nación.

Atendiendo a nuestro tema de estudio, el sujeto pasivo en el delito de estupro siempre ha sido única y exclusivamente la mujer, sin embargo en la actualidad con la última reforma hecha al artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal por decreto del 20 de Diciembre de 1990, se ha contemplado por primera vez que el hombre pueda ser susceptible de ser sujeto pasivo de éste delito, cuando establece en el mismo precepto "al que tenga cópula con persona mayor de 12 años . . .", al referirse a "persona", se entiende que puede ser de cualquier sexo.

En cierto modo el tipo delictivo del estupro ha dejado de ser discriminativo, protegiendo al hombre mayor de doce años y menor de dieciocho, ya que en dispositivos anteriores se señalaba "al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años", estableciendo así a la mujer como único sujeto pasivo.

Se cuestiona el problema si la mujer casada, divorciada o viuda puede tener la condición de víctima en este delito, y la mayoría de los autores niegan éste supuesto, considerando que el tipo del delito se basa en la inexperiencia y desconocimiento de la vida sexual, ya que según Ernesto J. Ure, "no es dable hablar de seducción ni engaño cuando se trata de una mujer cuyo estado civil aleja toda idea de inexperiencia sexual".

Atendiendo a esta última reforma puedo decir que partiendo de su redacción, el tipo de éste delito ha quedado desprotegido al haberse suprimido sus elementos normativos, que son la castidad y la honestidad, dando a entender así que cualquier mujer u hombre que se encuentre dentro de la edad marcada por la ley penal, pueden ser víctimas del estupro, sin importar la experiencia o inexperiencia que estas personas puedan tener en el aspecto sexual.

D. MATERIALIDAD DEL DELITO

El elemento material del delito esta integrado por la còpula que es el primer elemento integrante del estupro. Esta consiste en la consumaciòn del acto sexual, aunque no necesariamente se tiene que llegar a ella para considerar materialmente configurado el delito, basta con que se introduzca el miembro viril en la vagina sin llegar a la eyaculaciòn.

La palabra còpula significa segùn el diccionario de la lengua española "atadura, ligamento de una cosa con otra. Uniòn sexual".

Entonces en cuanto al delito en exàmen decimos que còpula es la acciòn de unirse o juntarse carnalmente.

El elemento material del estupro, como ya antes habia mencionado consiste en la còpula y en virtud de esto debemos observar por que medio se ha de ejecutar dicho elemento y por cuàl es aceptado para figurar en el tipo legal del delito.

En la doctrina existen tres formas de còpula carnal: vaginal, anal u oral. La còpula vaginal integra la forma propia y natural, y la còpula anal u oral constituyen las formas anormales.

Uno de los problemas que se presentan en este delito es la forma en que se debe aceptar la còpula para que se integre el delito;

algunos tratadistas como Fontan Balestra acepta únicamente la cópula en forma normal, esto quiere decir, en forma vaginal, ya que se establece que la mujer que acepta tener relaciones sexuales en forma anormal (anal o bucal), ésta no puede conducirse con honestidad.

La mujer que accede a esta relación sexual contra natura, no puede ser considerada dentro de las condiciones de la honestidad que la ley supone y tutela al castigar el estupro, pues al aceptar la actividad anormal de lujuria, supone de parte de quien lo hace una inmadurez absoluta prevista por la violación o un estado de degeneración no protegible. (50)

De acuerdo a la descripción típica del artículo 262, no se establece que tipo de cópula es aceptada para configurar este delito, pero la naturaleza del estupro debe interpretarse como la cópula normal (vaginal) para complementarse con el elemento de la honestidad, aunque en mi opinión, pienso que también puede darse el caso que la mujer acepte tener este tipo de relaciones debido a su ignorancia o desconocimiento en cuestiones sexuales.

Dada la redacción íntegra del artículo que describe su tipo legal y por la presencia de los restantes elementos, se infiere que la cópula en el estupro se limita exclusivamente al coito normal

(50) FONTAN BALESTRA C. Delitos Sexuales, pág. 98

-obra de varón a mujer por la vía natural-. (51)

De acuerdo a la opinión de González de la Vega los actos realizados de hombre a mujer en forma no idónea no son aceptados en razón de que la aceptación de esta para realizar acciones de anormalidad lúbrica, supone ausencia de honestidad sexual, y la honestidad es un elemento normativo exigido por la ley para proteger a la mujer del estupro.

Por mi parte considero que con la reforma, la conjunción carnal puede ser aceptada en forma normal y anormal (únicamente en forma anal) debido a que, si con esta reforma se ha considerado al hombre en este delito como sujeto pasivo la única forma que se puede tener cópula con el varón es en forma anal, en virtud de que el hombre carece de vagina, por lo tanto la cópula "per anum" también puede ser considerada como elemento material integrante de este delito.

Por último puedo decir que para que se tenga por realizada la cópula no es exigible la perfección fisiológica del acto, basta que haya existido penetración, aunque esta haya sido superficial o incompleta.

(51) GONZALEZ DE LA VEGA F. Ob. Cit., pág. 367, párrafo 479

E. ELEMENTO NORMATIVO CULTURAL

La castidad y la honestidad son considerados los elementos normativos del estupro, en nuestra ley penal de donde se desprende que la integración del delito de estupro es menester que concurran ambas por una parte y por otra, son elementos diferentes.

1. LA CASTIDAD

La castidad se define como la virtud del que se abstiene de todo goce sexual. El tratadista González Blanco la describe como "la abstención total de relaciones sexuales ilícitas". (52)

La castidad puede ser de tres clases según las siguientes hipótesis:

a) CASTIDAD VIRGINAL. Según San Ambrosio, no es sino la integridad pura de todo contacto; es la integridad virginal y la defensa de la fornicación. (53)

La castidad de las solteras se presume de orden virginal, así supone la pureza de todo contacto sexual. Atendiendo a la naturaleza del estupro, dentro de esta hipótesis se deben comprender aquellas mujeres que tuvieron un desliz sexual pasan el resto de su vida

(52) GONZALEZ BLANCO ALBERTO. Delitos Sexuales, edit. Porrúa, México 1974, pág. 95

(53) MORENO DE P. ANTONIO. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, edit. Porrúa, México 1968, pág. 247

castamente, así mismo a aquéllas que han sufrido contra su voluntad un acto sexual violento o una violación, conservando aún así una vida de pureza, pues la ley penal no protege la virginidad en el delito de estupro, sino la castidad.

b) CASTIDAD VIUDAL. Consiste en la completa abstinencia de placeres sexuales después de la muerte del consorte. Dentro de esta hipótesis, se comprende a aquéllas personas divorciadas, cuyo matrimonio ha sido anulado, para las que la castidad consistirá en la abstinencia de placeres sexuales después de disuelto o anulado el matrimonio. El delito de estupro puede recaer en viudas, divorciadas o mujeres cuyo matrimonio ha sido anulado, siempre y cuando sean menores de dieciocho años y de conducta sexual correcta. (54)

c) CASTIDAD CONYUGAL. Consiste en la total abstención de placeres carnales fuera del matrimonio. La mujer que accede a la cópula con una persona extraña a su relación matrimonial, no constituye el delito de estupro, sino más bien resultaría un ilícito distinto en el que la mujer entra como partícipe de éste, pues se presentaría en este caso un adulterio, ya que no puede alegar ser víctima de un engaño o seducción cuando acepta voluntariamente, siendo protagonista en la infidelidad conyugal.

(54) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Ob. Cit., pág. 374

2. LA HONESTIDAD

La honestidad es el segundo elemento normativo cultural que integra al delito de estupro, y esta significa: "compostura, decencia, y moderación en la persona, acciones y palabras".

Desde el punto de vista en materia sexual, la honestidad consiste no sólo en la abstención corporal de los placeres libidinosos, ilícitos, sino en la correcta actitud moral y material en lo que se relaciona con lo erótico. (55)

Para que una mujer se considere honesta no solamente tiene que abstenerse de los placeres sexuales, sino su vida cotidiana debe manejarse con moralidad, ya que de lo contrario revelaría en su conducta un estado de corrupción moral o psíquica.

Cuello Colón manifiesta que la honestidad de la mujer cesa no solamente con el acceso carnal, sino también con la práctica de otros actos impúdicos. (56)

La honestidad se presume en toda adolescente y ésta debe permitirsele hasta que se demuestre su deshonestidad, o que por lo menos existan dudas razonables al respecto.

(55) Ibidem, pág. 375

(56) CUELLO CALON E. Derecho Penal II, edit. Bosch, Barcelona España 1955, pág. 54

Nuestro Código Penal excluye la virginidad de la mujer, pues esta situación no presupone forzosamente una correcta conducta sexual que es el objeto que se tutela en este delito, aunque su ausencia no implica un comportamiento sexual previo.

Como ya antes se había mencionado, los elementos normativos de la castidad y honestidad van implícitos el uno con el otro, pero también son elementos distintos; por lo tanto, puedo decir que la castidad y la honestidad, son elementos valorativos imputables al comportamiento sexual de la mujer, en su vida cotidiana de relación.

Estos dos conceptos pueden considerarse sinónimos, pero desde el punto de vista penalístico, son distintos entre sí. En virtud de que hay mujeres honestas, no castas es el ejemplo de las viudas, casadas o divorciadas; y también se da el caso de mujeres que son castas pero deshonestas; es el ejemplo que da González de la Vega de las mujeres vírgenes que ingresan voluntariamente a un prostíbulo en espera de postor para su virginidad o se prestan a exhibiciones impúdicas.

En concreto la castidad y la honestidad siendo elementos valorativos en el estupro, deben ser elementos que el juez debe tomar en cuenta, atendiendo las condiciones generales de la cultura, medio y época en que se desarrollan los sujetos que intervienen en este ilícito.

Por lo tanto, la castidad y la honestidad son elementos que indudablemente deben ir ligados el uno con el otro, ya que estos dos conceptos en conjunto consisten en la correcta conducta sexual de la mujer, tanto desde el punto de vista corporal como moral.

Atendiendo a la descripción del tipo legal del artículo 262, la última reforma mutiló este artículo, al quitarle estos dos elementos normativos culturales dejándolo desprotegido; en virtud de que podrá considerarse que cualquier persona que se encuentre dentro de la edad establecida por la ley y que haya sido víctima de un engaño, puede ser sujeto pasivo de dicho delito, aunque estas no sean castas ni honestas; primer error que considero que cometieron los legisladores al suprimirlos.

F. MEDIOS DE COMISION DE LA CONDUCTA

El medio consiste en las acciones de que se vale el autor de un delito para lograr o conseguir el fin de sus propósitos.

En nuestro tema de estudio, para lograr la concurrencia de la voluntad de la víctima, el medio que emplea el autor del delito, es la seducción o el engaño, medios que entre ellos se sustituyen o se complementan, pues ambos son aptos al fin que se persigue y logran vencer la voluntad de un sujeto pasivo que no posee total conocimiento del objeto sexual.

Nuestra legislación había conservado siempre como elementos característicos consumativos del delito la seducción y el engaño; sin embargo, el elemento seducción se suprimió del concepto legal, dejando únicamente el engaño como elemento integrante.

1. SEDUCCION

De acuerdo con el diccionario de la lengua española, la seducción es: "la acción y efecto de seducir; y seducir es engañar con arte y maña; inducir al mal con engaños y promesas".

En sentido estricto jurídico se puede entender por seducción como: "la maliciosa conducta lasciva encaminada a sobre excitar a la mujer o bien, los halagos a la misma destinados a vencer su resistencia psíquica o moral a cuya virtud la mujer accede a la prestación sexual". (57)

Fontan Balestra manifiesta que Carrara, define la seducción diciéndo que ella está constituida por el hecho de lograr sexualmente a una mujer honesta fuera del matrimonio, sin que la desición de su voluntad haya intervenido factor alguno que le quite la calidad de espontánea. (58)

(57) GONZALEZ DE LA VEGA. Ob. Cit., pág. 359

(58) FONTAN BALESTRA C. Delitos Sexuales, pág. 91

Existen dos corrientes que establecen de que naturaleza debe entenderse la seducción en el delito de estupro:

- a) La que sostiene que la seducción debe ser de índole sexual.
- b) Aquella que estima que la seducción puede ser de cualquier índole natural.

La primera corriente se basa en que la seducción debe dirigirse a un fin sexual para que pueda integrar al tipo del delito, ya que el estupro es de carácter sexual; este hecho es el que va hacer que la víctima acepte tener relaciones, si es de otra naturaleza esta es la que va a influir para que decida a la mujer a realizar el acto.

Ernesto Ure sostiene que es probable que no se repute honesta una mujer que se dió por ofrecimiento de una dádiva, pues siéndo así de ningún modo existe seducción. (59)

Sobre la segunda corriente González Blanco manifiesta: "la seducción es la actividad de cualquier índole realizada por el sujeto activo con el propósito de persuadir al pasivo a la realización de la cópula". (60)

Este autor manifiesta que la actividad del sujeto activo se declara sobre el plano psíquico del pasivo y para su existencia

(59) URE J. ERNESTO. Los Delitos de Violación y Estupro, pág. 69

(60) GONZALEZ BLANCO ALBERTO. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, edit. Porrúa, México 1974, pág. 111

requiere el rompimiento del mecanismo de inhibición.

El hecho de que se establezcan otras promesas falsas, distintas a la matrimonial, sostiene Jiménez Huerta que son también aceptadas para la comisión del estupro, pues dice que el consentimiento que la mujer otorga puede ser determinante para la comisión de la voluntad de éste y establece el ejemplo de la entrega de una cantidad de dinero, para ella o para su familia para resolver alguna situación de angustia.

En mi opinión, la seducción en el estupro es la actividad de inducir a una persona a tener trato carnal, aprovechando su inexperiencia en cuestiones sexuales. En cuanto a cuál es la naturaleza idónea para seducir al sujeto pasivo considero que debe ser la de índole sexual, ya que si es de cualquier otra naturaleza, podemos decir que más bien se trataría de otro delito que sería el de corrupción hacia el menor.

2. ENGAÑO

El engaño empleado sobre la voluntad de la víctima para obtener su consentimiento para la cópula, ha sido el elemento que los legisladores han mantenido para caracterizar al estupro, ya que el elemento seducción ha sido eliminado por decreto del 29 de diciembre de 1984, por lo que la seducción quedaría fuera del medio empleado por el autor del delito.

Se puede definir al engaño como "la falta de la verdad o de autenticidad en lo que se dice o se hace".

El elemento engaño como medio empleado para la comisión de la conducta, consiste en una tendenciosa actividad de mutación o alteración de la verdad.

El engaño puesto sobre la voluntad del sujeto pasivo para obtener su consentimiento para la cópula, aleja el valor de la manifestación de esa voluntad, si bien la mujer guiada por situaciones que ella cree reales y verdaderas se entrega confiada a los deseos del estuprador y accede al fin que el activo tiene propuesto.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que "el engaño es la tendenciosa actividad seguida por el agente activo del delito, para alterar la verdad y producir en el agente pasivo un estado de error, confusión o equivocación, para lograr la pretensión erótica.

Para que el engaño integre al estupro, es necesario que éste sea completo, para que constituya la causa suficiente y determinante del consentimiento que da la mujer.

G. REFERENCIA TEMPORAL

En el delito de estupro, su referencia temporal alude al elemento de la edad, el sujeto pasivo ha de ser mujer menor de dieciocho años y mayor de doce.

Como ya hemos visto en el capítulo segundo del presente trabajo, las legislaciones de otros países que prevén el estupro, siguen diversos criterios respecto a la edad fijada como límite máximo para que la mujer pueda tener el carácter de sujeto pasivo del mismo.

Nuestra ley penal en el delito de estupro fija la edad de dieciocho años, porque considera que antes de esa edad, su desarrollo psico-físico no le permite conocer los alcances derivados de las relaciones sexuales.

La tutela penal se preocupa por proteger a las mujeres de corta edad ya que establece que siendo jóvenes inexpertas son más susceptibles de sufrir un engaño o de ser seducidas y esto puede producir un peligro corruptor para su prematura práctica sexual.

La principal consecuencia en el estupro es la posibilidad del embarazo, así como la pérdida de la virginidad en la mujer, cosa que no puede suceder biológicamente en el varón. (61)

(61) GONZALEZ DE LA VEGA. Ob. Cit., pàg. 369

A partir de la reforma, la ley fija un mínimo determinado de edad, pues antes de esa reforma la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, concluía que el mínimo de edad de la estuprada era de doce años en relación con el artículo 266 del Código Penal, pues antes de esa edad se comete el delito equiparado a la violación.

La cópula realizada con impubescentes en donde éstos prestan su consentimiento, encuadran en el delito de violación. La impubertad es aquella temprana edad en que no se es apto para la vida sexual externa de relación y para los fenómenos reproductores. (62)

La ley marca el mínimo de la edad de la víctima en doce años, pues es un límite para que se pueda determinar hasta que edad se puede considerar que una persona se encuadra a un delito, ya sea el de violación o el de estupro, según sea el caso.

Cuando en la comisión del delito se integran todos los elementos constitutivos del estupro pero con la exclusión de que el sujeto pasivo sea menor de doce años se presume que deja de ser un delito encuadrado al tipo del estupro y será considerado más bien el delito de violación impropia.

La edad requerida por la ley para que una persona encuadre en el delito de estupro, como ya antes había dicho, debe ser una persona

(62) *Ibidem.*, pág. 392

menor de dieciocho años y mayor de doce, pues si la tutela penal extiende su protección a mujeres adultas por actos clasificados como sexuales no violentos y aceptados por ellas, el Derecho Penal invadiría campos que no le corresponde tutelar, sino más bien son problemas que pertenecen a la esfera moral.

La principal proposición de mi tema de tesis, se refiere a la edad de la víctima de este ilícito, cuyo fin que persigo es que se reforme el artículo 262 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en donde se marque una disminución en la edad de la víctima, más sin embargo este punto lo trataré en el último capítulo como parte integrante de mi tema de estudio.

CAPITULO IV

LA DOGMATICA DEL DELITO DE ESTUPRO

- A. CONDUCTA
- B. TIPCIDAD
- C. ANTIJURICIDAD
- D. CULPABILIDAD
- E. IMPUTABILIDAD
- F. PUNIBILIDAD
- G. CONSUMACION
- H. TENTATIVA
- I. PARTICIPACION
- J. CONCURSO DE DELITOS 112
- K. FORMAS DE PERSECUCION DEL DELITO 113
- L. CAUSAS DE EXTINCION DE LA ACCION PENAL

CAPITULO IV

LA DOGMATICA DEL DELITO DE ESTUPRO

A. CONDUCTA

La conducta humana y para expresar éste elemento del delito, se han usado diversas denominaciones como acto, acción o hecho. Dentro del concepto de la conducta puede comprenderse la acción y la omisión, es decir, el hacer positivo y negativo, el actuar y abstenerse de obrar.

Porte Petit se inclina por los términos de conducta y hecho para denominar el elemento objetivo del delito: "Pensamos - dice - no es la conducta únicamente, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo". (63)

Por conducta entendemos según Castellanos Tena, "el comportamiento humano valorativo, positivo o negativo, encaminado a un propósito". (64)

En ocasiones el elemento objetivo del delito es la conducta cuando el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión; o

(63) Citado por Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, edit. Porrúa, México 1992, pág. 147 - 148

(64) Ob. Cit., pág. 149

hecho cuando la ley requiere la producción de un resultado material, unido por un nexo causal, además de la acción o de la omisión.

Cuando un delito es de mera actividad, debe hablarse de conducta y cuando el delito es de resultado material según la hipótesis típica se hablará de un hecho.

La conducta típica en el estupro consiste en la realización de la cópula, satisfaciéndose así mismo los elementos propios de la descripción legal consistentes en los siguientes: que el acceso carnal se lleve a cabo consensualmente, pero obteniéndose el consentimiento mediante el empleo de la seducción o engaño; y que el sujeto activo sea un hombre y el pasivo una mujer menor de dieciocho años y mayor de doce, que reúna las cualidades de casta y honesta. (65) En la actualidad estos dos últimos elementos ya no se contemplan dentro del concepto legal del estupro, así mismo el sujeto pasivo ya no sólo es la mujer, sino la actual reforma contempla a cualquier "persona", pudiéndose interpretar que el hombre también puede ser sujeto pasivo. Por lo tanto, los conceptos de castidad y honestidad ya no son elementos propios del estupro.

El elemento objetivo (conducta) al exteriorizarse, puede presentar las formas de a) acción y, b) omisión. Esta última se divide en: 1. omisión simple y, 2. omisión impropia o comisión por

(65) GONZALEZ BLANCO ALBERTO. Delitos Sexuales, pàg. 96 - 97

omisión.

La acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. La omisión, es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma prohibitiva. La omisión, es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión). (66)

En el caso del delito de estupro, éste se clasifica en orden a la conducta en: a) delito de acción, porque la realización de la cópula solamente puede llevarse a cabo activamente y no en forma omisiva; es de acción, osea que se comete mediante un comportamiento positivo y en ello se viola una ley prohibitiva.

El sujeto de la conducta es el ser humano, y sólo es posible que sea él, por ser el único capaz de tener voluntad; es la persona sujeto activo de las infracciones penales.

Los elementos de la acción de acuerdo a Celestino Porte Petit son: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad, la conducta en derecho penal no puede entenderse sino

como conducta culpable y por lo tanto abarca: querer la conducta y resultado; pues de no ser así, se aceptaría un concepto de conducta limitada a querer únicamente el comportamiento corporal. (67)

Por lo tanto podemos decir, que los elementos de la acción son:

I. CONDUCTA. Como ya había dicho, es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.

II. EL RESULTADO. Este debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva.

En atención a nuestro delito en estudio, este se clasifica en cuanto al resultado en:

a) DE MERA CONDUCTA FORMAL.

El tipo se integra con una actividad: la realización de la cópula sin que sea necesario un mutamiento en el mundo exterior; es decir, no requiere un resultado material. González Blanco opina que es delito material y no formal, porque su ejecución puede extenderse en el tiempo y fraccionarse y admitirse en consecuencia la tentativa. (68)

b) INSTANTANEO

Porque tan pronto se realiza la consumación, esta se agota, y

(67) PORTE PETIT CELESTINO. La importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Imprenta Universitaria, México 1985, pág. 34

(68) GONZALEZ BLANCO ALBERTO. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, edit. Jus, México 1978, pág. 90

desaparece. El delito de estupro no puede ser un ilícito de resultado permanente, pues éste se consuma y se integra en el momento en que se realiza el acceso carnal.

c) DE LESION Y NO DE PELIGRO

Porque lesiona el bien jurídico protegido por la ley.

III. UNA RELACION DE CAUSALIDAD. Entre la conducta y el resultado debe existir una relación causal, es decir, el nexo que existe entre la conducta y una consecuencia de esa conducta que es el resultado.

El aspecto negativo de la conducta es la ausencia de ésta. La falta de alguno de los elementos del delito impiden su integración; en consecuencia, si la conducta esta ausente no habrá delito.

Pavón Vasconcelos nos dice: "en síntesis, hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, es decir, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyos" por faltar en ellos la voluntad". (69)

Por lo que se refiere al delito en estudio, no hay ausencia de conducta.

(69) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano, edit. Porrúa, México 1991, pág. 254

Por lo tanto podemos concluir que la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito, si la conducta esta ausente no habrá delito, ya que la ausencia de conducta es uno de los aspectos impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa, la base indispensable del delito.

B. TIPICIDAD

Para que una conducta humana se considere delictuosa es necesario que ésta sea típica, antijurídica y culpable, pues su ausencia impide la configuración del delito.

Para determinar que conductas son delictivas, éstas deben encontrarse establecidas en el tipo legal, entendiéndose por tipo los preceptos creados en la legislación que el Estado hace de ciertas conductas señaladas en la ley penal y que además esta se considere delictuosa.

Uno de los elementos esenciales para que exista el delito es la tipicidad, concepto que no debe confundirse con el tipo; pues el tipo es la descripción legal que el Estado hace de una determinada conducta; mientras que la tipicidad es la adecuación de una conducta específica a la descripción formulada por el Estado.

Porte Petit define la tipicidad como la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula "nullum crimen sine tipo".

Jiménez Huerta señala que la tipicidad consiste en la descripción que contienen los artículos de la parte especial de los códigos penales, a modo de definición de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción. (70)

Por lo que se refiere al delito de estupro, existirá tipicidad cuando se integre el tipo descrito en el artículo 262 del Código Penal, es decir, cuando se reúnan todos los elementos típicos del estupro.

Los elementos en el estupro son:

- A) Bien jurídico protegido;
- B) Objeto material;
- C) Sujeto activo;
- D) Sujeto pasivo, y
- E) Elementos normativos.

Estos elementos del tipo en el estupro ya han sido estudiados en el capítulo tercero del presente trabajo.

(70) JIMÉNEZ HUERTA MARIANO. La Tipicidad. Universidad Nacional Autónoma de México 1985, pág. 207

Ahora bien, el estupro se clasifica en orden al tipo en:

I. ANORMAL.

El estupro es anormal, porque establece una violación, ya sea cultural o jurídica. Su descripción típica incluye elementos normativos o subjetivos, es decir, además de contener elementos objetivos, también describe situaciones valoradas y subjetivas.

II. AUTONOMO O INDEPENDIENTE.

Es autónomo el estupro, porque tiene vida propia, pues no depende de otro tipo para que exista.

III. DE FORMULACION CASUISTICA.

Porque en su descripción se prevén varias hipótesis.

- a) De formulación alternativa. Formado en cuanto a los medios, al referirse a la seducción o el engaño.
- b) Acumulativamente formado. En cuanto al elemento normativo cultural al exigir que la mujer sea casta y honesta. Actualmente, este inciso en esta clasificación deja de ser acumulativamente formado, pues la reforma suprimió estos dos elementos.

IV. POR SU ORDENACION METODOLOGICA.

FUNDAMENTAL. El estupro es fundamental o básico porque tiene plena independencia.

V. POR EL DAÑO QUE CAUSAN.

DE PELIGRO. Porque la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado, pues en el estupro se pone en peligro la seguridad sexual de la víctima.

Cuando no se integren todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad.

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. (71)

El maestro Jiménez de Asúa en cuanto a la atipicidad emite el siguiente concepto: "Ha de afirmarse que existe ausencia de tipicidad:

- a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales especiales.
- b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se presenta como características de antijuricidad".

Para determinar las causas de atipicidad basta considerar el aspecto negativo de cada uno de los elementos del tipo, los cuales son los siguientes:

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en

(71) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Ob. Cit., pág. 174

cuanto a los sujetos activo y pasivo;

b) Si falta 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; y

f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad específica. (72)

La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley; incluso aunque sea antijurídica. (73)

En el caso del estupro, la atipicidad en éste delito se dará cuando falte alguno o algunos de los elementos del tipo. En consecuencia, habrá atipicidad:

a) Cuando falte el elemento normativo castidad u honestidad.

b) Cuando realizándose la seducción o el engaño, no sea (para algunos) la seducción o el engaño a que alude la ley.

c) Cuando existe el consentimiento sin haber empleado la seducción o el engaño, originándose una atipicidad por ausencia de los medios exigidos por el tipo.

(72) JIMENEZ DE ASUA LUIS. Ob. Cit., pàg. 434

(73) Ibidem., pàg. 263

d) Cuando la mujer sea mayor de dieciocho años; en la actualidad, cuando la persona (mujer u hombre) sea mayor de dieciocho años o menor de doce.

e) Cuando no obstante sea la mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, habiéndose empleado la seducción o el engaño para la realización de la cópula, ya tenga madurez de juicio en lo sexual.

Podemos concluir que la atipicidad se dará cuando haya adecuación de la conducta del tipo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos que describe la norma.

C. ANTIJURICIDAD

La conducta humana para considerarse delictuosa debe estar en oposición con una norma penal, que prohíba u ordene su ejecución; ha de ser antijurídica.

La antijuricidad es un concepto negativo que presupone una oposición existente entre la conducta humana y la norma penal.

Por antijuricidad entendemos la contradicción al derecho o illicitud jurídica. (74)

(74) DE PINA VARA RAFAEL. Diccionario de Derecho, edit. Porrúa, México 1989, pág. 84

La antijuricidad puede ser formal o material; la primera se considera formal por la infracción a las leyes, y la segunda por el quebrantamiento de las normas jurídicas interpretadas por las leyes; es decir, la formal será la simple transgresión a las leyes, y la material cuando viola las normas jurídicas contenidas en la legislación punitiva y que signifique una contradicción o violación a los intereses colectivos.

La violación del precepto legal de carácter prohibitivo en el caso del estupro, se realiza con la lesión del bien jurídico tutelado.

La conducta en el estupro será antijurídica cuando siendo típica no esté protegida por alguna causa de licitud.

Las causas de justificación llamadas también causas de ilicitud constituyen el elemento negativo de la antijuricidad. Una conducta puede ser típica cuando se ajusta a un presupuesto legal; más sin embargo, esta puede no ser antijurídica si se descubre que obra por alguna causa justificante.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica, representan el aspecto negativo del delito y en presencia de alguna de ellas falta un elemento esencial del delito que es la

antijuricidad, en el delito a estudio no existen causas de justificaciòn. (75)

En el estupro no existen causas de ilicitud. Por lo que hace al consentimiento en este delito, cuando es logrado por los medios señalados en la ley, y es un consentimiento viciado: "el estupro se caracteriza como un verdadero fraude sexual, sea por actividad engañososa del agente, de falsa promesa de matrimonio u otras falacias, o bien empleando su experiencia para vencer la resistencia que pudiera oponerle la ofendida mediante la maliciosa conducta lasciva de sobre excitarla para que acceda a la prestaciòn, pero de todas suertes el consentimiento a la còpula es logrado por el sujeto activo en forma viciada, pero al fin y al cabo es dado por el pasivo". (76)

Son causas de justificaciòn:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad.
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Ejercicio de un derecho.
- e) Obediencia jerárquica (si el inferior esta legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber.
- f) Impedimento legítimo.

(75) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Ob. Cit., pàg. 183

(76) PORTE PETIT CELESTINO. Ob. Cit., pàg. 50

D. CULPABILIDAD

La conducta humana para que sea delictuosa además de ser típica y antijurídica, esta debe ser también culpable.

Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además, serle reprochada.

Cuello Calón señala que la culpabilidad puede medirse como el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley. (77)

En sentido amplio podemos entender por culpabilidad al conjunto de presupuestos que van a fundamentar la reprochabilidad de la conducta antijurídica.

La culpabilidad esta intimamente ligada con la antijuricidad, pues sin una conducta antijurídica no hay culpabilidad, aquélla es condición previa para la existencia de ésta.

Podemos considerar que la culpabilidad es un nexo intelectual y emocional que va a ligar al sujeto con su acto y se puede decir que va a ser el rechazo o el desprecio por parte del sujeto al orden

(77) CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal, pág. 424

jurídico establecido y que se va a manifestar por el dolo, o sea, por la firme y constante voluntad de cometer el acto delictuoso o por el desinterés, indolencia o subestimación que se va a transmitir en la culpa.

La culpabilidad presenta dos formas: el dolo y la culpa; el primero será cuando el sujeto dirija su voluntad de una manera consiente a la ejecución de un hecho que se encuentra tipificado en la legislación punitiva como delito por negligencia; se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa; mientras que el segundo, o sea la culpa, es una omisión de la diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

El dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. (78)

La culpa existe cuando, obrando sin intención y sin diligencia debida, se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. (79)

(78) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Ob. Cit., pàg. 239

(79) CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal, pàg. 453

El delito en estudio, solamente presenta como forma el dolo, pues el estupro es un delito de dolo, y es la única forma de culpabilidad.

Los elementos del dolo son un elemento ético y otro volitivo o emocional.

EL ELEMENTO ETICO. Esta constituido por la conciencia en que se quebranta el deber.

EL ELEMENTO VOLITIVO. Consiste en la voluntad de realizar el acto, en la volición del hecho típico.

El dolo consiste en el delito de estupro en querer la conducta, con conocimiento de que se realiza con mujer casta y honesta menor de dieciocho años y por conciencia del engaño empleado.

En la actualidad con la reforma, el artículo 262 del Código Penal, podemos decir que el dolo consiste en esa conducta pero con el conocimiento de que se realiza la cópula con una persona menor de dieciocho años y mayor de doce; pues podemos observar que en la descripción hecha en este artículo se han eliminado los dos elementos normativos de éste delito y que son la castidad y la honestidad.

El sujeto activo actúa dolosamente cuando logra el consentimiento para realizar la cópula por parte en la ofendida empleando la seducción o el engaño.

Como ya se había dicho, la única forma de culpabilidad es el dolo, pero va a ser el dolo directo pues el resultado coincide con el propósito del agente, y en estupro el sujeto activo quiere desde el inicio la conducta típica.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la ausencia de ésta y existirá cuando no se den los elementos esenciales de la culpabilidad que son el conocimiento y la voluntad.

Una conducta tampoco será culpable si falta un elemento integrante del delito, a la imputabilidad del sujeto, porque para que exista el delito requiere de la conjugación de todos sus elementos esenciales, y a falta de uno de estos no podrá ser culpable aunque se reúnan los elementos de la culpabilidad, conocimiento y voluntad.

Por consiguiente, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetivo al derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica. (80)

En el caso del estupro puede darse el aspecto negativo de la culpabilidad.

(80) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Ob. Cit., pàg. 257 - 258

Las causas de inculpabilidad en el delito son:

a) Por error de hecho esencial o invensible. Es un vicio psicológico y consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el sujeto conocido, tal como éste es en la realidad. En el estupro habrá inculpabilidad por error de tipo cuando el sujeto realiza la cópula con la creencia, por el error en que se encuentra que la víctima:

1. Es mayor de dieciocho años.
2. No es casta y honesta; actualmente son elementos que se eliminaron de su descripción legal.

Cabe destacar que en el estupro no pueden presentarse las eximentes putativas en el estupro, osea, el error de ilicitud ya que si no se da el aspecto negativo de la antijuricidad, no puede el sujeto, por error de hecho esencial e invensible, creer encontrarse frente a una causa de ilicitud.

Las eximentes putativas son situaciones en las cuales el agente, en función de un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, estar amparado por una causa de justificación o bien que su conducta no es típica. (81)

En el estupro cuando el agente copula con mujer menor de

(81) Ibidem., pàg. 260

dieciocho años, casta y honesta obteniendo su consentimiento por engaño, pero cree que la mujer es mayor de dicha edad, en vista de que el acta de nacimiento puede ser falsa o estar equivocada, tal individuo estima lícito o permitido su proceder, pero en realidad se halla prohibido su acto por la tipicidad normativa; se trata de un error sobre la antijuricidad de la conducta.

La otra causa de inculpabilidad en el estupro es:

b) Por inexigibilidad. La no exigibilidad de otra conducta representa para unos una causa de inculpabilidad y para otros la motivación de una excusa. En relación con la inexigibilidad de otra conducta, existe en el delito de estupro la vis compulsiva, en esta existe una fuerza moral, la fuerza física no es irresistible. Puede ser una causa de inculpabilidad por inexigibilidad o bien por una causa de ininputabilidad según sea el caso.

E. IMPUTABILIDAD

El hombre es el sujeto activo del delito, pero para que legalmente tenga que cargar con determinada consecuencia penal, es necesario que tenga carácter de imputable.

Para que el hombre pueda conocer la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, este debe tener capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, por tal razón se le debe considerar a la

imputabilidad como una base de la culpabilidad y no como elemento del delito

En el ámbito del derecho penal, para que una persona tenga el carácter de imputable es necesario que, por sus condiciones psíquicas tenga posibilidades de voluntad.

Será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo aquel que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en la sociedad humana. (82)

La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el sujeto en el momento de la comisión del delito y que lo van a capacitar para entender y responder de ese acto típico.

La imputabilidad se determina por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico consistente en la salud mental.

Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y

(82) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Derecho Penal Mexicano, edit. Porrúa, México 1986, pág. 386

querer, es decir, tener la capacidad de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley.

El sujeto imputable tiene obligación de responder del hecho ante los tribunales, es decir, el sujeto a quién se le atribuye la responsabilidad del ilícito cometido.

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuentas a la sociedad por el hecho realizado. (83)

La responsabilidad establece una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual declara que aquel obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

Al estudiar la imputabilidad, como en los otros elementos del delito ya analizados, es indispensable tratar el aspecto negativo, que es la inimputabilidad.

Las causas de inimputabilidad, son - nos dice Castellanos Tena - todas aquéllas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. (84)

(83) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Ob. Cit., pàg. 219

(84) Ibidem., pàg. 223

Pueden ser causas de inimputabilidad:

- a) Estados de inconciencia (permanentes y transitorios),
- b) El miedo grave, y
- c) La sordumez.

F. PUNIBILIDAD

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

Una conducta se determina que es punible cuando por su naturaleza amerita ser penada; cuando se hace acreedor de la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas.

Castellanos Tena manifiesta en este sentido: "la punibilidad es: a) el merecimiento de penas; b) la conminación estatal de imposición de sanciones si llenan los presupuestos legales; y c) la aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley. (85)

Las condiciones objetivas de punibilidad en el delito de estupro consisten en la conducta ilícita y culpable consistente en copular con persona menor de dieciocho años y mayor de doce,

(85) Ob. Cit., pàg. 275

obteniéndolo su consentimiento por medio del engaño, genera responsabilidad penal, pero la aplicación de la pena queda supeditada a la manifestación de la voluntad exteriorizada formalmente en la querrela, de la persona ofendida, o de sus representantes legítimos, por lo que el precepto relativo al Código Penal consagra una auténtica condición objetiva de punibilidad. (86)

Tradicionalmente las condiciones objetivas de punibilidad en el delito de estupro, consistían en esa conducta ilícita y culpable de copular, pero con mujer, y esta debía ser casta y honesta.

El Código Penal, en el mismo artículo 262 señala la pena al que comete el delito de estupro diciendo: "se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión". (87) Antes que se hiciera la actual reforma a éste artículo la pena que se establecía al estuprador era de un mes a tres años de prisión.

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; por lo tanto, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad.

Las excusas absolutorias son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la

(86)PORTE PETIT, cita a Escalante Padilla, pág. 52

(87) GONZALEA DE LA VEGA FRANCISCO. Código Penal Anotado, pág. 382

aplicación de la pena. Por lo que se refiere a nuestro delito en estudio no puede haber excusas absolutorias.

G. CONSUMACION

La consumación en este delito se verifica al realizarse la cópula normal. El delito de estupro se consume con el acceso carnal, no siendo necesario que se produzca la desfloración, y no basta el coito infra femora. (88)

La consumación del estupro, como la violación, se opera en el momento en que el acceso carnal se produce.

H. TENTATIVA

La tentativa consiste en actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, si este no se consume por causas ajenas al querer del sujeto.

Jiménez de Asúa define la tentativa como la ejecución incompleta de un delito. (89)

(88) PORTE PETIT CELESTINO. Ob. Cit., pág. 54

(89) La ley y el delito, pág. 595

Existen diversas formas de tentativa, la acabada o delito frustrado y la tentativa inacabada o delito intentado.

La primera forma de tentativa, es cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

La segunda forma, es cuando se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas el sujeto omite alguno o varios y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución.

La tentativa en el estupro, es jurídicamente admisible en los términos del artículo 12 de nuestra ley penal, siempre que se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de la cópula y ésta no se lleve a cabo por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, como sería por ejemplo los casos de quien intentara la cópula y no lograra ejecutarla por excesiva estrechez de la vagina de la víctima, en relación con las proporciones de su órgano viril, o del que con la finalidad indicada, es sorprendido por tercera persona antes de lograr su objeto y por lo tanto se ve obligado a suspender sus propósitos. (90)

(90) GONZALEZ BLANCO ALBERTO. Ob. Cit., pág. 113

En el delito de estupro la tentativa puede presentarse tanto cuando haya un comienzo en la ejecución como en el caso de ejecución acabada, integrándose respectivamente, una tentativa inacabada o una acabada, debiéndose preguntar si comienza la ejecución de este delito desde el momento que el agente realiza cualquiera de los medios exigidos por el tipo: seducción o engaño. Puede presentarse el desistimiento, más no el arrepentimiento, por tratarse de un delito de mera conducta o formal.

I. PARTICIPACION

La participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad. (91)

En el delito de estupro, que constituye lo que se denomina un delito de propia mano, no es concebible ni la autoría mediata, ni la coautoría. Más sin embargo, puede existir la complicidad, ya que la figura legal alude, además del elemento cópula, a medios de comisión, el engaño y la seducción bastaría que un tercero empleará uno de los medios al servicio del estupro para que cooperara a la ejecución, en la forma prevista en la fracción III del artículo 13 del Código Penal, el cual establece las personas que son responsables de los delitos.

(91) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pàg. 293

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 del Código Penal, pueden presentarse las hipótesis de autor intelectual, material o inmediato o cómplice; pues el sujeto activo lo puede llevar a cabo sirviéndose de otro para cometer el delito en estudio, o bien prestar su auxilio o cooperación de cualquier especie para la ejecución del delito de estupro.

J. CONCURSO DE DELITOS

Sucede que en algunas ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales, cuando esto ocurre, se conoce como concurso, debido a que la misma persona comete varias autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser en forma ideal y material.

A. CONCURSO IDEAL O FORMAL.

Consiste en que por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose varios intereses tutelados por el derecho, esto quiere decir, que existirá concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos.

B. CONCURSO MATERIAL O REAL.

Existe cuando un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos,

esto quiere decir, que existirá concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

En el estupro, existe la posibilidad del concurso, pues el sujeto activo además de su acción copulativa, puede realizar actos que integran otros tipos de delito.

En el delito de estupro puede darse tanto el concurso ideal o formal, así como el concurso real o material.

Se dará el concurso ideal en el estupro cuando el estuprador al realizar la cópula, puede encontrarse enfermo de alguna enfermedad venérea en período infectante, y en este caso además de integrarse el estupro, se presentaría el delito de peligro de contagio; y si el contagio se prodece, este último perdería su autonomía y daría lugar al de lesiones, violándose de este modo varias disposiciones penales.

Por otro lado, habrá concurso real o material en el estupro cuando el estuprador que independientemente de su acción copulativa, infiere lesiones a la víctima, siempre que estas no fueron una consecuencia necesaria de la acción copulativa.

K. FORMAS DE PERSECUCION DEL DELITO

Antes de la última reforma del artículo 263 del Código Penal,

este estipulaba que sólo podría quejarse la mujer ofendida o sus padres, o, a falta de éstos, sus representantes legítimos.

Actualmente el delito de estupro sólo procederá contra el activo, por queja del ofendido o de sus representantes legítimos, mismos que pueden otorgar el perdón en caso necesario.

El estupro con esta disposición establecida en el artículo 263 del Código Penal, sólo podrá perseguirse mediante querrela de parte.

L. CAUSAS DE EXTINCION DE LA ACCION PENAL

La parte final del artículo 263 del Código Penal antes de su reforma preceptuaba dos causas especiales de extinción de la acción penal:

a) EL PERDON O EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO.

El consentimiento del ofendido es un acto anterior o coincidente a la comisión del hecho estimado como delito, por el cual el pasivo autoriza su comisión; sin embargo, en el estupro, no puede entenderse que el consentimiento para la cópula equivale al consentimiento para el delito, ya que aquél se obtiene por procedimientos dolosos integradores del tipo de infracción. (92)

b) EL MATRIMONIO CON LA MUJER OFENDIDA.

Con la reforma al artículo 263 del Código Penal actualmente establece: "En el caso del artículo anterior, no se procederá contra el sujeto activo, sino por queja del ofendido o de sus representantes", excluyendo el caso de que cuando el agente se case con la mujer ofendida, los legisladores posiblemente tomaron en consideración que entre los varones no puede existir el matrimonio, dejando solamente la extinción de la acción por el perdón del ofendido, y no se presume legalmente otorgado dicho perdón por el hecho de contraer matrimonio.

CAPITULO V

LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 262 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

A. EXPOSICION DE MOTIVOS 117

B. CRITICA 124

CAPITULO V

LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 262 DEL CODIGO PENAL
VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

A. EXPOSICION DE MOTIVOS

Através del presente trabajo de tesis, nos hemos podido dar cuenta que la comunión sexual habida con personas menores de edad que hayan sido engañadas debe ser castigada; tanto por nuestra legislación como todos los autores estudiados parten del supuesto de que la mujer entre los doce y dieciocho años es una persona inmadura e incapaz de saberse conducir responsablemente en la conducta sexual que debe seguir.

Nuestra legislación penal como hemos dicho, marca un límite mínimo y máximo de edad, que es de doce y dieciocho años respectivamente.

El Código Penal antes de su reforma no marcaba un límite mínimo determinado de edad, para que una mujer pudiera ser víctima del delito de estupro, pero de acuerdo con la interpretación que hace la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, del artículo 266, o sea, cuando se refiere a la violación impropia, debemos concluir que el mínimo de edad de la estuprada es de doce años, puesto que si la

mujer tiene una edad menor, se comete el delito de violación impropia, cubriendo de esta manera la omisión que el Código Penal presentaba.

El Código Penal de 1871 al fijar las penas para el delito de estupro contemplaba especialmente el caso en que "la edad de la estuprada pasare de diez años, pero no de los catorce" (artículo 794, fracc. I), así también aquél otro en que "aquella no llegare a diez años de edad" (artículo 794, fracc. II); y el de 1929 expresamente también admitía que el delito de estupro podía recaer sobre una mujer impùber (artículo 858, fracc. I); el Código Penal de 1931 no contenía referencias análogas a las que se incluían en orden a los estupros realizados sobre niñas menores de diez años o sobre impùberes (artículo 858, fracc. I del Código Penal de 1929).

En este sentido González de la Vega dice: "Es de notarse que si bien la ley mexicana señala el límite máximo de la edad de la mujer como posible sujeto pasivo del delito de estupro, nada indica al respecto del límite mínimo de esa edad. Si se interpretara la descripción del delito al pie de la letra y sin tener presente otras disposiciones legales, resultaría la posibilidad de que fueran víctimas de estupro niñas de muy corta edad."(93)

(93) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Ob. Cit., pàg. 380

Actualmente, la reforma del 20 de diciembre de 1990, publicada en el Diario Oficial el 21 de enero de 1991, el texto legal vigente ya marca el límite mínimo de edad en la víctima, siendo esta la de doce años, ya que esta edad constituye en México, el término medio de aparición de los característicos fenómenos de la adolescencia femenina.

Ahora bien; por lo que se refiere al límite máximo de edad, el Código Penal siempre ha marcado la edad de dieciocho años.

Nuestra ley penal fija la edad de dieciocho años, pues supone que antes de esta edad, su desarrollo psico-físico le impide saber los alcances que se pueden derivar de esas relaciones sexuales, pues son susceptibles de ser engañadas o seducidas con mayor facilidad, y esto se juzga como un peligro corruptor a su prematura práctica sexual ilícita.

De este modo la tutela penal limita la protección de la seguridad sexual de las mujeres muy jóvenes que tengan una vida sexual correcta.

El sujeto pasivo ha de ser menor de dieciocho años, a lo sumo de dieciocho menos un día, la ley juzga que pasada esta edad, los hechos sexuales consentidos por la mujer, por inmorales que sean, pertenecen al pleno dominio de su libertad erótica, siendo ajenos a la represión penal.

En la actualidad, la legislación penal únicamente protege a las personas que se encuadren dentro de la edad estipulada en el artículo 262, y que hayan sido engañadas, sin importar la conducta que estas manifiesten en su vida diaria, pues con la última reforma se han suprimido los dos elementos normativos de valoración cultural en el delito de estupro, además de establecer la posibilidad de que el hombre sea sujeto pasivo en este ilícito.

La ley no extiende su protección a las mujeres adultas por actos sexuales no violentos y aceptados por ellas, pues invadiría problemas que conciernen a la esfera de la moral individual o de la libertad sexual.

La ley estima que la persona que pase de la edad de dieciocho años no es susceptible de sufrir engaño, con medios idóneos para alcanzar u obtener su consentimiento.

La prueba de la minoría de edad podrá comprobarse con el acta de nacimiento, y a falta de esto podrá demostrarse en los procesos por cualquiera de los medios probatorios aceptados por el Código de Procedimientos Penales, se comprueba pericialmente por la observación morfológica de la ofendida.

Antonio de P. Moreno nos dice al respecto: "la edad de la mujer será comprobable por cualesquiera de los medios de prueba que la ley

procesal reconoce". (94) En la práctica y hasta la fecha han seguido nuestros tribunales, siempre en estos casos el dictamen médico legal de la estupro con respecto a su edad y también en relación con las huellas del estupro, la naturaleza del himen y su desfloramiento.

Por lo tanto se puede concluir lo siguiente, los legisladores han establecido como edad máxima de las mujeres en el estupro la de menores de dieciocho años, pues estima que las mujeres muy jóvenes aunque sean ya núbiles, son en términos generales, susceptibles de fácil engaño y por considerarse dañosa o peligrosa su prematura práctica sexual ilícita.

La proposición fundamental de mi tema de tesis se enfoca en reformar el delito de estupro actualizándolo a nuestra época y nuestra sociedad mexicana, ya que el objeto principal es declarar impune al activo, cuando el pasivo sea mayor de catorce años y no de dieciocho años como marca la ley penal, basándome en los siguientes motivos:

En una opinión muy personal, considero que la libertad con que prodigan los temas sexuales en la vida cotidiana son un factor muy amplio, indicativo de cuáles son hoy en día las actividades sociales de nuestra cultura hacia la sexualidad.

(94) Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, pág. 247

En la actualidad en contraste con lo que ocurría en otra época, los aspectos sexuales se han convertido en un tema aceptado de conversación o de lectura.

Ante tales aspectos la juventud vive un cambio en la vida sexual, pues se puede decir, que en la actualidad una mujer menor de edad tiene un conocimiento teórico de lo que es la práctica sexual, sin que necesariamente haya tenido relaciones sexuales, pues existen muchos medios en que se presentan aspectos meramente sexuales, que sin ser pornográficos permiten a los adolescentes conocer acerca de estos temas.

Propongo esta reforma tomando como fundamento el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal, dentro de lo que son los requisitos para contraer matrimonio y que a la letra dice:

Artículo 148.- "Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce". (95)

Aquí podemos determinar que mientras la ley penal considera que la mujer menor de dieciocho años es incapaz e inmadura para percatarse del engaño y para manifestarse libremente en el aspecto sexual, la ley civil le confiere a la mujer de catorce años todo el

(95) Código Civil para el Distrito Federal, art. 148

juicio, la formación y madurez necesaria para responder a la responsabilidad del matrimonio y de la familia.

Jorge R. Moras dice al respecto: "cual sea la pauta que se tenga en cuenta para establecer la edad precisa, es problema a resolver; pero parece que lo más justo sería el que parte de la consideración de la edad mínima requerida en la mujer para contraer matrimonio válido, toda vez que a partir de esa edad se supone que ya esta en posesión de su capacidad física, fisiológica, de discernimiento y moral suficientes para el concubito que es el núcleo del débito conyugal, elemento del matrimonio". (96)

Si bien hemos visto que el objeto jurídico que tutela la ley penal es la seguridad sexual de personas muy jóvenes inexpertas en el campo sexual, entonces debe tomar en cuenta que hay mujeres menores de dieciocho años que tienen buen conocimiento sobre lo que es una práctica sexual y sus consecuencias, pero sin que necesariamente haya tenido una relación sexual previa a actos indecorosos, pues esto no da el conocimiento para saber sus resultados.

Ahora bien; la nueva reforma derogó los elementos normativos de valor cultural (castidad y honestidad) del delito de estupro, por lo tanto, actualmente cualquier persona que reúna los elementos

(96) Citado por MARTINEZ ROARO MARCELA. Ob. Cit., pág. 273

requeridos por el tipo legal del estupro podrá ser sujeto pasivo, sin importar cuál sea el nivel cultural que esta tenga.

Considero además que también es necesario que se haga esta reforma pues si ahora se permite que el hombre sea sujeto pasivo, la ley penal con mayor razón debe restringir su protección, pues un hombre menor de dieciocho años tiene gran conciencia de una práctica sexual debido a su precoz desenvolvimiento en la vida diaria, y así pues difícilmente podría ser engañado para realizar la cópula.

Por otra parte, si el engaño lleva implícita la promesa de matrimonio es imposible que se consiga un matrimonio entre dos hombres ya que es contra natura, además de que la ley prohíbe el matrimonio entre varones, si el engaño se deriva de otra índole o naturaleza en donde se ofrezca dinero al pasivo para lograr sus propósitos y este lo acepta, creo y considero que cuando suceda esto más bien se trataría del ilícito de corrupción de menores.

B. CRITICA

Nuestro Código Penal en el título decimoquinto que lleva como epígrafe "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psico-sexual, prevé en el artículo 262 el delito de estupro.

En el delito de estupro se ha establecido que para que una

persona sea víctima de este ilícito tiene que ser menor de dieciocho años y mayor de doce que haya sido engañada.

La redacción original del artículo 262 conforme al Código Penal vigente era la siguiente:

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". (97)

Este artículo tuvo su primera reforma el 29 de diciembre de 1984, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 1985, quedando como sigue:

Artículo 262.- "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio del engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión". (98)

Como podemos advertir, se eliminó el elemento seducción como elemento típico del delito de estupro, dejándose únicamente el engaño como medio comisivo de la conducta.

(97) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa, México 1992, art. 262

(98) Ibidem. pág. 648

A este respecto Carranca y Trujillo nos dice lo siguiente:.-
"para tratar de explicar con mayor amplitud esta idea someteremos a la consideración de nuestros lectores el siguiente razonamiento.-

En primer lugar, ya se sabe que es de explorada jurisprudencia identificar el engaño con la falsa promesa de matrimonio; sin que se olvide, por supuesto, que en la ontología jurídico penal -si se permite el término- ocupan el mismo rango, como elementos normativos del tipo -o lo ocupaban- la seducción y el engaño, aunque siendo de naturaleza distinta. Pero en virtud de que el engaño se interpreta como un dato objetivo, a saber, la falsa promesa de matrimonio, la seducción queda o quedaba ahí como elemento importante fuerza intrínseca, subjetiva". (99)

Con esta reforma del artículo 262, se prescinde de uno de los elementos normativos fundamentales, quedando únicamente el engaño, dejando atrás otros aspectos de la conducta.

La ley derogada decía "seducción o engaño" estableciendo entre los dos elementos normativos del tipo, la conjunción disyuntiva "o" lo que quiere decir que al no darse uno se podría dar el otro, existiendo así dos posibilidades, reduciéndose en una sola el texto actual, es decir, que si no hay engaño, y aunque el sujeto activo

haya empleado la seducción, no podrá ser considerado culpable.

Posteriormente por decreto de 20 de diciembre de 1990, publicado en el diario oficial el 21 de enero de 1991, este artículo tuvo una nueva reforma quedando su texto vigente así:

Artículo 262.- "Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio del engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión". (100)

Es de notarse que en esta reforma, los legisladores suprimieron la castidad y la honestidad, elementos valorativos culturales del estupro, considerando que estas cualidades son elementos subjetivos difíciles de precisar en el hombre; así también eliminaron del citado artículo la sanción económica que anteriormente se establecía.

En una reforma que se remonta al año de 1985, le quitaron el elemento normativo de la seducción. Ahora suprimen los elementos normativos de valoración cultural a cargo del juez, la castidad y la honestidad.

Al quitar inicialmente la seducción fue un error que atenta contra el tipo penal, ahora advertimos que al suprimir los elementos

normativos (castidad y honestidad), queda una descripción legal totalmente desprotegida, pues estos elementos en el delito de estupro eran los vasos comunicantes entre el tipo y la antijuricidad, o sea, de las normas jurídicas que previamente se han nutrido de las normas culturales.

La castidad y la honestidad eran los elementos de valoración cultural a cargo del juez, conceptos que se deben analizar conforme al medio social y cultural.

Carranca y Trujillo opina lo siguiente: "es que esos legisladores cargados de prejuicios o de ignorancia no saben, o no quieren saberlo, que hay chiquillas de doce a dieciocho años de edad con doctorado Magna Cum Laude en materia de sexualidad..., debiendo el juez calificar su castidad con el mayor cuidado, ya que el estupro no es una simple violación sino que entraña en los sujetos activo y pasivo, elementos que se agitan de acuerdo con diversos medios sociales, sensibilidades y culturas, en cuanto a la honestidad, en el estupro hay que atender con el mayor esmero las relaciones entre el sujeto activo y el pasivo. No basta con la acción masiva del activo. Hay que ver si no la incito, y para esto es de vital importancia calificar su honestidad y su castidad; aparte que los individuos, y en especial en lo que atañe a los delitos sexuales, no nos movemos en medios aislados, independientes". (101)

Otro aspecto que se critica es el del sujeto pasivo, pues como se ha visto en el desarrollo del presente trabajo, en el texto original del Código Penal de 1931, el sujeto pasivo lo era solo la mujer. Hoy la nueva ley se refiere exclusivamente a una persona, pudiéndose interpretar que el hombre puede ser sujeto pasivo.

En el delito de estupro, el único posible sujeto pasivo de la infracción debe ser únicamente la mujer, pues la principal consecuencia es la posibilidad del embarazo, así como la pérdida de la virginidad, cosa que no puede suceder en el hombre.

Si bien es posible que un individuo lograra por medio de un engaño la anuencia de un varón para realizar el acto sexual, de acuerdo con el precepto reformado no existiendo los elementos de castidad y honestidad un homosexual (masculino) puede querellarse por una venganza en contra de una persona, lo que se considera una aberración de los legisladores.

El estupro siempre ha sido el acceso carnal del hombre con la mujer logrado con abuso de confianza o engaño. Esta interpretación se ha atendido exclusivamente a un sujeto pasivo calificado más allá del requisito de ser mujer, pero eso sí que sea mujer.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA

Desde la antigüedad el delito de estupro se considerò como la conducta delictiva que atenta contra la libertad sexual de las mujeres de buena reputaciòn.

SEGUNDA

El Derecho Romano, español, etc., el delito de estupro fue confundido con los delitos de violaciòn y adulterio.

TERCERA

Desde el punto de vista doctrinal, y considerando los aspectos objetivos y subjetivos de la conducta me permito definirlo como un delito contra la moralidad sexual legalmente protegida, consistente en el acceso carnal con la mujer libre y honesta, logrado mediante engaño, pero sin violencia o intimidaciòn.

CUARTA

Por lo que respecta al bien jurídico tutelado de la figura típica objeto de estudio, existe diversidad de criterios entre los autores, la mayoría de ellos el objeto jurídico que se protege es la seguridad sexual.

QUINTA

Sujeto activo del delito es quien realiza la conducta ilícita. En el delito en estudio únicamente el hombre puede ser sujeto activo, pues sólo por él puede ser realizada la conducta, debido a la naturaleza del delito. El estupro es un delito común o indiferente, en razón de que lo puede cometer cualquier hombre, hasta antes de la reforma del artículo 262 del Código Penal Vigente.

SEXTA

Los elementos del tipo en estudio de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 262 del Código Penal, fueron modificados en atención a la reforma que sufrió en el año de 1990.

SEPTIMA

El decreto que reformó el artículo 262 del Código Penal de fecha 20 de diciembre de 1990, se incluye por primera vez al hombre como posible sujeto pasivo.

OCTAVA

La reforma del 20 de diciembre de 1990, publicada en el Diario Oficial el 21 de enero de 1991, únicamente deja como elementos del tipo el engaño y excluye la honestidad y la castidad, además incluye al hombre como sujeto pasivo del delito.

NOVENA

La materialidad del delito consiste en la cópula. Existe diversidad de criterios en relación a cuál es el medio para ejecutarla, y cuál es el aceptado. La cópula se acepta de forma normal, es decir, en forma vaginal. Sin embargo, la reforma obliga que sea aceptada en forma normal y anormal, por la cuestión de la posibilidad de ser el hombre sujeto pasivo.

DECIMA

En relación a la referencia temporal, la ley penal marca como límite mínimo de edad la de doce años y como límite máximo la de dieciocho, pues partiendo del supuesto que antes de esa edad, su desarrollo psico-físico no tiene la madurez necesaria para conocer los alcances derivados de las relaciones sexuales.

DECIMO PRIMERA

Por lo que toca a su clasificación en orden a la conducta del estupro, es un delito de acción y unisubsistente. En orden al resultado es un delito formal, instantáneo y de lesión.

DECIMO SEGUNDA

En mi opinión la reforma del artículo 262, que contempla el tipo de estupro, no responde a la naturaleza original, considerando que debe incluirse nuevamente la honestidad y

castidad, y solamente puede darse entre un hombre y una mujer y cuyas edades de estos debe ser de 14 años y mayores de 12.

BIBLIOGRAFIA

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

1. ALMARAZ JOSE. Exposición de Motivos del Código Penal. Edit. Porrúa S.A., México 1929
2. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Derecho Penal. Edit. Porrúa S.A., México 1992
3. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa S.A., México 1992
4. CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal. Tomo I y II, Vol. I y II. Edit. Bosch, Barcelona España, 1980
5. FERNANDEZ RODRIGUEZ. Los Abusos contra la Honestidad. En cuadernos de Política Criminal, núm. 5, Madrid España 1978
6. FONTAN BALESTRA CARLOS. Delitos Sexuales. Estudio Jurídico, Médico y Criminológico. Edit. Depalma. Buenos Aires Argentina 1945
7. GONZALEZ BLANCO ALBERTO. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Edit. Porrúa S.A., México 1974
8. ZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa S.A., México 1992

9. JIMENEZ DE ASUA LUIS. Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito. Edit. Sudamericana, Buenos Aires Argentina 1989
10. JIMENEZ HUERTA MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Edit. Porrúa S.A., México 1984
11. MARQUEZ PIÑERO RAFAEL. Derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas, México 1991
12. MASTERS H. WILLIAM, JHONSON E. VIRGINIA, C. KOLECHY ROBERTO. La Sexualidad Humana. Tomo II. Edit. Grijalbo, Barcelona España 1987
13. MARTINEZ ROARO MARCELA. Delitos Sexuales. Edit. Porrúa S.A., México 1986
14. MENDIETA Y NUÑEZ LUCIO. El Derecho Precolonial. Edit. Porrúa S.A., México 1992
15. MORENO ANTONIO DE P. Curso de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa S.A., México 1978
16. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa S.A., México 1991
17. PORTE PETIT CELESTINO. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Estupro. Edit. Porrúa S.A., México 1982

18. PORTE PETIT CELESTINO. La importancia de la Doctrina Jurídico Penal. Imprenta Universitaria, México 1985
19. RIVAPALACIO VICENTE D. Historia General de las Cosas de la Nueva España. Edit. Porrúa S.A., México s/f
20. URE J. ERNESTO. Los Delitos de Violación y Estupro. Edit. Ideas, Buenos Aires Argentina 1952
21. VILLALOBOS IGNACIO. Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa S.A., México 1992
22. VENTURA SABINO. Derecho Romano. Edit. Porrúa S.A., México 1985

LEGISLACIONES CONSULTADAS

1. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. Porrúa S.A., México 1992
2. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. PAC. México 1992
3. CODIGO PENAL ANOTADO. Carranca y Trujillo Raúl. Edit. Porrúa S.A., México 1992.

4. CODIGO PENAL COMENTADO. González de la Vega Francisco. Edit. Porrúa, México 1992
5. CODIGOS DE LA REPUBLICA DE ARGENTINA. Casa Editora e Impresora Rodríguez Giles
6. EL NUEVO CODIGO PENAL DE BOLIVIA. Edit. Serrano Hnos. Ltda. Bolivia s/f
7. CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE. Edit. Jurídica de Chile 1949
8. CODIGO PENAL Y CODIGOS DE POLICIA. Imprenta Nacional, San José Costa Rica, 1941
9. CODIGO PENAL DE ESPAÑA. Edit. Bosch, Casa Editora S.A., España 1985
10. CONSTITUCION CODIGO Y LEYES DE PERU. Edit. Gil. Lima Perú, 1942
11. THE GERMAN DRAFT CODE. Sweet & Maxwell Limited. London 1966
12. CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE URUGUAY. Edit. Ideas, Uruguay, 1936

13. COMPILACION LEGISLATIVA DE VENEZUELA. Edit. Andrés Bello. Caracas
Venezuela s/f

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Edit. Planeta, Barcelona España,
1991
- DICCIONARIO DE DERECHO. Pina Vara de. Rafael. Edit. Porrúa S.A.,
México 1992
- ENCICLOPEDIA SALVAT. DICCIONARIO. 12 Tomos, Barcelona España, 1972
- NUEVA ENCICLOPEDIA BOLIVIANA. Edit. Serrano Hnos. Bolivia 1973