

301809

43
2y



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESTUDIO DOGMATICO DE LOS ATENTADOS AL
PUDOR SEGUN LA REFORMA DE 1989 DEL
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
NESTOR ALEJANDRO ROSALES FRANCO

PRIMER REVISOR
LIC. ARTURO BASANEZ LIMA

SEGUNDO REVISOR
LIC. LUIS ZAMORA CONTRERAS

MEXICO, D. F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1990



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 D I C E

	Pág.
<i>INTRODUCCION</i>	
 <i>CAPITULO PRIMERO</i>	
<i>GENERALIDADES.....</i>	1
 <i>CAPITULO SEGUNDO</i>	
<i>ESTUDIO DE LOS ATENTADOS AL PUDOR.....</i>	9
1.- <i>Tipo Legal.....</i>	10
2.- <i>Sujeto Activo.....</i>	15
3.- <i>Sujeto Pasivo.....</i>	17
4.- <i>Objeto Material.....</i>	19
5.- <i>Objeto Formal.....</i>	25
6.- <i>Dolo Típico.....</i>	30
7.- <i>La Violencia como Medio de Comisión.....</i>	33
 <i>CAPITULO TERCERO</i>	
<i>FORMAS DE APARICION.....</i>	36
1.- <i>La Tentativa.....</i>	37
2.- <i>Participación.....</i>	39
3.- <i>Concurso.....</i>	46
 <i>CAPITULO CUARTO</i>	
<i>CLASIFICACION.....</i>	61
1.- <i>En Orden de la Conducta.....</i>	62
2.- <i>En Orden al Resultado.....</i>	64
3.- <i>En Cuanto a su Duración.....</i>	65

4.- Por el Daño que Causan.....	66
5.- Por el Elemento Interno o Culpabilidad....	67
6.- En Cuanto al Número de Sujetos Activos....	69
7.- Clasificación Legal.....	69
8.- En Cuanto a su Forma de Persecución.....	70

CAPITULO QUINTO

EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD.....	72
1.- Ausencia de Conducta.....	73
2.- Atipicidad.....	76
3.- Causas de Justificación.....	80
4.- Causas de Inimputabilidad.....	84
5.- Causas de Inculpabilidad.....	86

CAPITULO SEXTO

JURISPRUDENCIA.....	93
---------------------	----

CONCLUSIONES.....	99
-------------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	104
-------------------	-----

LEGISLACION.....	106
------------------	-----

JURISPRUDENCIA.....	106
---------------------	-----

HEMEROGRAFIA.....	106
-------------------	-----

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

Los atentados al pudor constituyen un delito de comisión frecuente en el Distrito Federal, motivo por el cual el sustentante ha decidido elaborar esta pequeña pero motivada aportación al estudio de este ilícito; considerando que es un indicador del descendiente nivel cultural que padece nuestra ciudad, vamos a hacer un planteamiento global de la conducta típica, antijurídica y culpable que contemplan los artículos 261 y 262 del Código Penal.

Tomando en cuenta la reciente reforma de los mencionados numerales, creo que la aportación que hago, de cierta manera podrá presentar una interpretación novedosa de los atentados al pudor y las sugerencias que se hacen coadyuvaran a formar un criterio lo suficientemente adecuado para el estudio doctrinal de esta conducta antisocial.

El trabajo reúne diferentes ángulos del problema, una breve introducción panorámica psicosocial del entorno en que se presentan los atentados al pudor; seguida del análisis dogmático de los elementos de dicho delito, sus formas de aparición, causas excluyentes de responsabilidad y aportación jurisprudencial.

Finalmente, pido la venia del lector al considerar las presentes líneas como un esfuerzo de quien habiendo terminado su carrera de Licenciado en Derecho, se esfuerza por ofrecer una aportación quizá -

*limitada, pero definitivamente sincera sobre un problema cotidiano, --
consistente en un delito que si bien por regla general, representa pe-
ligrosidad, no deja de ser un indicador de la decadencia de costumbres,
lo cual puede ser el origen de conductas antisociales de más alto ---
riesgo.*

ATENTAMENTE

EL SUSTENTANTE.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

CAPÍTULO I GENERALIDADES

Es sumamente difundida la idea de que el delito por --
excelencia en las grandes ciudades es el de asalto o bien,
el de violación, ilícitos que en honor a la verdad ocupan --
un índice de representación alto en la estadística criminal
de nuestra gran ciudad; sin embargo, ninguno de los estudio
sos de nuestro derecho ha reflexionado sobre una conducta --
delictuosa que, si bien es menos grave que las mencionadas,
no por eso deja de ser interesante el estudio y reflexión --
sobre la problemática social que representa.

Las megalópolis son ciudades que se han extendido eno
ramente sobre un territorio, abarcando dentro de una conti
nuidad geográfica a pueblos aledaños que anteriormente no --
pertenecían a ella, lo que genera a su vez una discontinui
dad cultural (1), consistente en la pérdida y transforma
ción de los valores en las diferentes áreas que comprende, --
regionalizando las subculturas que se manifiestan de dife
rente manera.

La disociación en que se encuentra el hombre en estas
grandes ciudades, se manifiesta a través del desgajamiento--

1) KOCHER, Guy. *Introducción a la Sociología*. Ed. Herder. Barcelona, Cfr. Págs. 216 y --
44.

de sus habitantes respecto de la comunidad urbana y respecto del contexto.

Como efectos de esta disociación pueden sugerirse los siguientes:

a) La vida individual y familiar se disocia del trabajo.

b) Surgen en la ciudad las zonas dormitorio y las zonas residenciales (Manifestación de la rotura urbana)

c) La gran concentración urbana desencadena un clima físico y moral agobiante, angustioso para el hombre.

d) Como consecuencia de todo ello, el habitante de estas ciudades se halla en una constante evasión (2).

No es extraño, por lo anteriormente asentado, que la agresión y la violencia aunado a la falta de identidad psicosocial se traduzca en muchas formas de conducta desviada. Bástenos subir a cualquier transporte público para contemplar el deprimente espectáculo, a ciertas horas del día, de personas apiñadas unas junto a otras, sin que parezcan tener el mínimo pudor al percibir el contacto de unos cuerpos con otros, situación que aprovechan personas cuya psicología corresponde a las características del habitante de la

2) Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, vol. III. Planeta-Agostín. Madrid. Pág. 1372.

megalópolis para dejar al descubierto sus tendencias instintivas insanas, consistentes en disfrutar con goce erótico - el contacto físico provocado por el hacinamiento y las necesidades de transporte.

La pérdida de valores morales ha generado de este fenómeno una conducta digna de estudio, pues diariamente se cometen miles de tocamientos erótico-secuales no consentidos, ofendiendo a las personas que por mera necesidad los sufren sin poder hacer gran cosa para evitar el abuso sexual, que si bien es leve, no por eso deja de ser una conducta digna de ser sancionada por el derecho; es de creerse y aceptarse que en esta gran ciudad de México, la gran mayoría de mujeres han sufrido la ofensa del atentado al pudor sin que el responsable sufra consecuencia penal alguna. Conducta ésta tan difundida que desgraciadamente se ve con tanta naturalidad que si alguna de las víctimas protesta, todavía el infractor cínicamente se burla o se hace a la vez el ofendido.

En los campos de la psicología la manía es un desequilibrio mental caracterizado por al excitación, siendo algunas de ellas de naturaleza crónica, cuando las excitaciones son prolongadas, o bien continuas y persistentes, de cual-quier índole que sean (3), siendo las monomanías trastornos

3) *Diccionario de Psicología. Fondo de Cultura Económica. México, 1974. Pág. 212.*

mentales caracterizados por ideas fijas o dominantes que se dan junto con una personalidad integrada en otros aspectos (4).

En nuestra ciudad de México, desgraciadamente una de las formas de monomanía más comúnmente desarrollada consiste en el disfrute sexual mediante la contemplación de porno grafía, o bien, la excitación erótica consistente en la caricia superficial que puede obtenerse sin el consentimiento de la persona que sufre el tocamiento, lo que manifiesta la frustración psíquica de una personalidad acomplejada que se considera incapaz de llegar a obtener la cópula con una pareja y tiene que conformarse con el tocamiento ocasional y el goce falso que puede alcanzar mediante su conducta, aprovechándose de la impunidad que le produce la circunstancia del transporte de pasajeros, en que todo mundo tiene prisa y se ha perdido la caballerosa costumbre de defender a las damas de este tipo de ataques por el público en general.

Llama la atención que el eminente psiquiatra Erich Fromm hace de la población de las ciudades contemporáneas:

"Más del 90% de nuestra población sabe leer y escribir. Tenemos radio, televisión, cine, un periódico diario para -

4) *Ibid.* Pág. 231.

todo el mundo; pero en lugar de darnos la mejor literatura y la mejor música del pasado y del presente, esos medios de comunicación, complementados con anuncios, llenan las cabezas de las gentes de la hojarasca más barata, que carece de realidad en todos los sentidos, y con fantasías sádicas a las que ninguna persona semiculta debiera prestar ni un momento de atención. Y mientras se envenenan así los espíritus de todos, jóvenes y viejos, ejercemos una feliz vigilancia para que no suceda ninguna "inmoralidad" en la pantalla. Cualquiera indicación de que el gobierno debiera financiar la producción de películas y de programas de radio que ilustrasen y cultivasen el espíritu de nuestras gentes, provoca también gran indignación y acusaciones en nombre de la libertad y del idealismo."

"Hemos reducido la jornada media de trabajo a la mitad, aproximadamente, de lo que era hace unos cien años. Hoy tenemos más tiempo libre del que ni siquiera se atrevieron a soñar nuestros abuelos. ¿Y qué ha sucedido? No sabemos cómo emplear el tiempo libre que hemos ganado, intentamos hacerlo de cualquier modo y nos sentimos felices cuando ya ha terminado un día más.

"¿Para qué seguir describiendo cosas que todo el mundo

sabe? Indudablemente, si un individuo obrase de esa manera, se producirían serias dudas acerca de su condura; pero si -- pretendiese que no hay en ello nada malo, y que actúa de -- una manera perfectamente razonable, el diagnóstico entonces no podría ser dudoso" (5).

De lo anteriormente transcrito y aplicable a la población de nuestra ciudad de México, se desprende que los medios de comunicación masiva son en gran parte responsables de las conductas sexuales desviadas, entre ellas las que -- son motivo de la presente tesis; basta prender el televisor un momento y captar la serie de mensajes directos e indirectos que con contenidos eróticos sexuales perturban el sano desarrollo de este instinto, motivándolo y torciéndolo hacia rumbos y caminos cada vez más estereotipados, entre los cuales el atentado al pudor ocupa un lugar secundario, ante conductas altamente desviadas como lo son el sadismo, el masoquismo, la homosexualidad, prostitución, infidelidad y de más conductas a las que inducen nuestros medios de comunicación masiva.

Considerando el problema como altamente complejo y de naturaleza múltiple, no podemos negar la gran importancia -- que el derecho tiene en el trabajo de ordenar al complejo --

5) FROMM, Erich. *Psicoanálisis de la Sociedad Contemporánea*. Fondo de Cultura Económica México, 1987. Págs. 12 y 13.

social, como lo considera el sociólogo estadounidense Roscoe Pound, quien establece que "La jurisprudencia es una ciencia de ingeniería social, que se ocupa de aquella parte del campo total (de los asuntos humanos) en la que se pueden lograr resultados mediante la ordenación de las relaciones humanas por la acción de la sociedad política organizada" (6). De tal modo que el derecho ha de ser un instrumento para mejorar el orden social y económico por medio de un esfuerzo consciente de la sociedad organizada. O, como dice Kohler, un instrumento de la civilización para procurar la elevación de los poderes humanos a su mayor desarrollo y al máximo de control humano sobre la naturaleza externa e interna, es la meta de la civilización". (7)

Si el derecho viene siendo una institución social para satisfacer necesidades sociales; las pretensiones y demandas implícitas de la existencia de la sociedad civilizada - que logra lo más posible con un mínimo de sacrificio, es necesario que se oriente a combatir el ilícito de los atentados al pudor, que claramente nos indican el nivel de subdesarrollo y devaluación social a que se ha llegado en nuestra vida urbana.

6) GONZALEZ DANZ (OMAR), Francisco Xavier. Compendio de Historia del Derecho y del Estado. Lima: México, 1986. Pág. 277.

7) *Ibid.* Pág. 278.

Es por lo anteriormente citado por lo que el sustentante se ha decidido a estudiar el delito de atentados al pudor de una manera suficiente para fundamentar un nuevo criterio sobre el tratamiento que se le administre a los sujetos activos y pasivos de este delito, la manera en que se desarrolla y propone alguna aportación legal que permita el efectivo combate a esta denigrante conducta.

CAPITULO SEGUNDO
ESTUDIO DE LOS ATENTADOS AL PUDOR

CAPÍTULO II
ESTUDIOS DE LOS ATENTADOS AL PUDOR

1. TIPO LEGAL.

Según el insigne maestro Zaffaroni (1), "El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente -relevantes (por estar penalmente prohibidas)".

El tipo pertenece a la ley y es en ésta donde nos hallamos los tipos penales, entendiéndose por tipo a las fórmulas legales mismas, de los diferentes ilícitos, fórmulas que sirven para individualizar las conductas que la ley penal prohíbe. "El tipo es lógicamente necesario, porque sin el tipo nos pondríamos a averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta que la mayoría de los casos resultaría sin relevancia penal alguna" (2).

En pocas palabras el tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito, que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal (3).

1) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Cárdenas Edit. y Dist. México, - 1986. Pág. 391.

2) *Ibid.*

3) OSORIO Y NIETO, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Trillas. México 1984. Pág. 110.

Hasta antes de la reforma de 1989, los atentados al pudor eran tipificados de la siguiente manera:

"Art. 260.- Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico co-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos".

"Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos" (4)

Sin embargo, mediante decreto de fecha veinte de diciembre de 1988, publicado en el "Diario Oficial" del tres de enero de 1989, mismo que entró en vigor el día primero de febrero de éste último año, quedó como sigue:

"Art. 260.- Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual con intención lasciva o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá prisión de quince días a un año o de diez a cuarenta días de trabajo en favor de la comunidad".

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

prisión" 15).

El nuevo tipo se complementa con el artículo siguiente, que fue también reformado en la misma fecha y mediante el mismo decreto que el numeral anterior:

"Art. 261.- Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en persona menor de doce años de edad o en persona -- que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá de -- seis meses a dos años de prisión o de veinte a ochenta días de trabajo en favor de la comunidad".

"Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de -- prisión 16).

Como puede observarse, la preocupación que esta conducta representa, no lo es únicamente para el sustentante, sino que el mismo legislador se ha preocupado en buscar una mejor forma de combatir este ilícito, como lo es el de co--rrregir la redacción, pues es más correcto el texto actual -- que el anterior al referirse a persona "púber o impúber", -- ahora se distinguen los casos de personas púberes cuya hipótesis es contemplada por el artículo 260 y las impúberes en el 261. También llama nuestro interés que se halla buscado

5) Diario Oficial de la Federación. 3 de enero de 1989.

6) *Ibid.*

el trabajo en favor de la comunidad como una forma de sancionar más correctamente al infractor.

Es de llamar nuestra atención que también la reforma incluye una nueva forma de atendados al pudro, pues ahora también queda incluida dentro de este tipo legal la conducta consistente en obligar a otra persona a ejecutar el acto en el cuerpo del sujeto activo.

Pero sin embargo, se nos hace inadecuado que el legislador haya omitido el término "erótico-sexual" y dejar únicamente el concepto "sexual", pues por erótico se entiende lo relativo al amor y a la sexualidad (7), en tanto que sexual consiste en un concepto más amplio, que abarca lo erótico y lo rebasa, pues es lo relativo a la diferenciación de los animales machos de las hembras (8). De lo anteriormente establecido se desprende que no toda conducta sexual lleva fines eróticos, como lo es vestirse de acuerdo con su sexo o acudir a lugares propios de uno de los dos sexos, -- siendo tales conductas sexuales pero no eróticas; así que el legislador fue poco afortunado pues de la interpretación estricta de la ley se podría desprender que el obligar a al quien a seguir una conducta propia de su sexo, se estaría actuando dentro del tipo legal propuesto.

7) *Diccionario Enciclopédico Hachette-Castell. S.L.*, 1981. vol. 4 Pág. 812.

8) *Ibid.* vol. 10. Pág. 1998.

Para corregir tal deficiencia tenemos que ocurrir a la interpretación de la ley penal, que puede ser gramatical, cuando se atiende exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador al expedir el texto legal, o lógica, cuando tiene por objeto determinar el verdadero sentido que el legislador quiso dar a la redacción (9).

Así tenemos que el legislador fue poco afortunado y estableció en el texto el concepto "sexual", cuando es obvio que quiso referirse a "actos erótico-sexuales" específicamente, confundiendo al género con la especie.

El acto erótico-sexual (o sexual como dice el texto actualmente) es un acto diverso del acceso carnal y no consiste en palabras, ejecutado por el sujeto activo con o sobre o en la persona del pasivo, o por o sobre o en ambos sujetos, y dirigido a excitar o a satisfacer la propia concupiscencia del activo, aunque no se llegue al completo desarrollo de la lujuria (10).

9) V. CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Ed. Porrúa. - México, 1987. Págs. 86 y 87.

10) *Correa y Trujillo*, Raúl y *CORONCA Y RAMOS*, Raúl. *Código Penal Anotado*. Ed. Porrúa. México, 1978. Págs. 515 y 516.

2. SUJETO ACTIVO.

Sólo el hombre es sujeto del delito, porque sólo los seres racionales tienen capacidad para delinquir. No son posibles la delincuencia y la culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, las cuales sólo se encuentran en el hombre (11), aunque el Congreso Internacional de Derecho Penal de Bucarest en 1926, votó la responsabilidad penal de las personas morales (12) sería prácticamente imposible que el delito en estudio pudiera ser ejecutado por alguna de ellas, pues el ánimo lúbrico es exclusivo del ser humano de cualquiera de los dos sexos, por lo que cualquier persona física puede incurrir en su comisión. (13)

Sin embargo, es necesario indicar dos condiciones propias del sujeto activo respecto del delito en estudio:

al Debe llevar el acto una intención lasciva, concepto tan amplio o tan difícil de definir como el anterior "erótico-sexual"; de una u otra manera, la intención del legislador fue dejar fuera las conductas accidentales o ejecutadas con otra finalidad, como lo es el caso del médico que actúa cumpliendo las acciones propias de su actividad profesional

11) MARQUEZ POMEYO, Rafael. Derecho Penal. Trillas. México, 1986. Pág. 145.

12) CASAVACA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1980. Pág. 251.

13) GONZALEZ DE LA VEGA, René. Comentarios al Código Penal. Cárdenas Edil. y Dist. México 1981. Pág. 401.

que consisten en una excluyente de antijuridicidad cuyo origen es el reconocimiento que hace el Estado de las diferentes acciones durante las intervenciones curativas y estéticas o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor (14).

De cualquier forma, el médico que actúa profesionalmente no tiene intención lasciva cuando por las necesidades -- propias de su trabajo tiene que ejecutar actos de tocamiento de ciertas partes del cuerpo, con lo cual no reúne esta condición necesaria del sujeto activo.

14) CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. Págs. 214 y 215.

3. SUJETO PASIVO.

Por sujeto pasivo, ofendido, puciente o inmediato, se entiende a la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito o bien, es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito (15).

En el caso del atentado al pudor solamente puede ser sujeto pasivo del delito el ser humano, esto es, la persona física y no así la persona moral. Esta persona puede presentar dos modalidades; la contemplada por el artículo 260 del Código Penal, que es una fórmula general que no presenta característica específica de ninguna clase, por una parte, y por la otra la fórmula específica establecida por el artículo 261, que establece las siguientes hipótesis sobre sujeto pasivo de este delito:

- a) Persona menor de doce años, o
- b) Persona que por cualquier causa no pueda resistir.

Nos parece más adecuada la redacción actual, pues anteriormente se hablaba de persona púber en unos casos y de persona impúber, lo cual redundaba en que la pericia médica solamente podría determinar si el pasivo caía en un supuesto o en otro.

15) CARRANCA Y TRUJILLO, *Rev. Op. Cit.* Pág. 255.

Ahora, más correctamente se ha diferenciado la regla general con una pena más leve y el caso específico en que la persona considerada como sujeto pasivo, sea una que requiera mayor tutela y protección legal, por lo cual la pena se endurece para estos últimos casos.

Asimismo, tenemos que la nueva redacción abarca una -- tercera forma de sujeto pasivo, consistente en la persona -- que ha sido obligada a ejecutar el acto sin su consentimiento, situación que antes no se contemplaba y por lo tanto da -- ba lugar a la duda de que probablemente se trataba de una -- conducta no tipificada aquella consistente en obligar a -- otra persona a ejecutar un acto sexual sin su consentimiento y careciendo ésta de intención lasciva.

4. OBJETO MATERIAL.

Siguiendo al maestro Castellanos Tena (16), el objeto material del delito constituye la persona o cosa sobre la que recae el daño o peligro, la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa.

De esta manera pudieramos pensar que el objeto material del delito viene siendo el cuerpo humano de la persona ofendida, que es el que directamente recibe la ofensa de ser tocado con intención lasciva; pero siguiendo al maestro González Glanco, creemos que el objeto material de este delito es el pudor.

Entre las teorías que tratan de explicar el origen del pudor figuran las siguientes:

1.- *Las que sostienen que el pudor se origina como acto de defensa contra el riesgo de la naturaleza. Así pretende explicarse que el hombre cuando cayeron de su cuerpo los pelos que lo cubrirían, se vio obligado a cubrirse y para ello inventó el vestido. Mal acogida tuvo la teoría de Darwin que atribuye la desaparición a la selección natural. Wallace nota como esa desaparición es más completa en la espalda que en el pecho, fenómeno que Grant Allen explica su-*

16) CASTELLANOS, Ferrnch. Op. Cit. Pág. 152.

poniendo que el pelo de la espalda desapareciera por el roce con el suelo al acostarse, así como los cuadrúpedos pierden el del vientre.

Lo cierto es que el hombre se cubrió y que esto lo hiciera como acto de defensa es cuestión que ofrece dudas, ya que los fenómenos climatológicos, dejan sentir sus efectos por igual en los hombres que en las mujeres, y sin embargo, las pinturas cavernarias y las costumbres de los salvajes modernos y aún la de los civilizados, demuestran que las mujeres tienden siempre a la desnudez más que el hombre, y esto nos impide admitir que el pudor tenga por origen un acto de defensa (17).

2.- Las que señalan como origen del pudor femenino, la intervención de factores religiosos y de magia en armonía con otros biológicos. Así para Openheimer, la moral sexual se define en la humanidad por un principio religioso, y para Parmelee, que acepta también esa opinión, el motivo religioso radica en el carácter misterioso del sexo, para quienes no tienen un conocimiento científico de su naturaleza, ya que es movido por extraños y poderosos sentimientos que están unidos a fenómenos inexplicables como son la reproducción y la menstruación.

17) GONZALEZ BLANCO, Alberto, *Delitos Sexuales*. Ed. Porrúa. México, 1974. Págs. 69 y 70.

A nuestro juicio, la menstruación no puede ser la causa del pudor, pues la ciencia ginecológica moderna ha demostrado en forma definitiva, su proceso fisiológico, y por ella conocemos sus relaciones con la fecundación y el embarazo de manera que desaparece durante éste. Ahora bien, durante la promiscuidad sexual, la mujer en la época de celera rápidamente cubierta y al ceder ésta había de sobrellevar la gravidez, estado éste que casi siempre por regla general prevalecía e impedía que se manifestara, en esas condiciones, la menstruación, y por lo tanto, fue más tarde -- cuando al desaparecer la promiscuidad y la periodicidad, pudo desarrollarse normalmente el proceso fisiológico de la ovulación, y de ahí en nuestro concepto que la menstruación pueda ser la prueba de la aparición del pudor, pero no la causa.

Es un hecho de observación constante en los pueblos -- primitivos, que a las mujeres se les considera impuras, desde el primer flujo catamenial y por causa de él (18).

3.- Otras teorías derivadas del pudor, es el estado de virginidad de la mujer, por lo que, la pérdida de ésta significa la quiebra del pudor, y ciertamente en el medio en que vivimos la virginidad es unpreciado atributo elevado --

18) *Ibid.* Págs. 70 a 72.

al dogma inalterable de honestidad, de tal modo, que la mujer desprovista de ella, si no es casada, viuda o divorciada, sufre honda despreciación moral, aún cuando la doncella se halla perdido por causas no sexuales. Se ignora -- cuál pueda ser la razón para ello, y por eso el hombre obra influenciado por un residuo de exclusivismo sexual, expresando Freud al respecto que, el hecho de que el hombre conceda un supremo valor a la integridad sexual de su pretendida, es algo tan natural e indiscutible, que al intentar acudir razones en que fundamos tal juicio, pasamos por un momento de perplejidad; pero no tardamos en advertir que la demanda de que la mujer no lleve al matrimonio el recuerdo del comercio sexual con otro hombre, no es sino una ampliación consecuyente del derecho exclusivo de propiedad que --- constituye la esencia de la monogamia, una extensión de este monopolio al pretérito de la mujer.

Nosotros nos atrevemos a preguntar, qué valor han de tener estos mandatos, para una sociedad político religiosa que, en su evolución, ha presenciado sin escándalo, instituciones tan contrarias a este principio como son el "jus prima noctis" y la prostitución. Sólo la hipocresía, la estrategia de que tan pródigos son los cerebros habituados a la verdad y a la moral dobles, han podido, desviándose del jus

to criterio elevar la integridad sexual de la mujer, hasta la categoría de virtud esencial, y concluir que la virginidad no puede ser la causa del pudor, porque los pueblos primitivos, al revés de rendirle culto, practicaban en ciertas ocasiones ceremonias rituales de desfloración, ni tampoco - un síntoma del mismo, puesto que existen ciertas formas de juego erótico que no precisan para su consumación la cópula sexual; y por último, que no es ni una ni otra cosa, por tener un valor unitario, ya que el hombre al exigir aquella - condición, lo hace a cambio de otorgar a la mujer la ayuda necesaria para las diversas vicisitudes de la vida, lo que se demuestra con la simple contemplación de la vida sexual contemporánea, en la que se ve que la mujer al desenvolverse económicamente y necesitar menos de la ayuda del hombre, recaba amplia libertad en lo concerniente a lo sexual (19).

Así las cosas, siguiendo también a González Blanco, -- consideramos que el pudor debe concebirse como un sentimiento defensivo, desdoblado en dos aspectos: defensa del objeto sexual contra el sujeto que pretende gozarle contra su voluntad y, por otra parte, defensa de la pareja contra el rival (20).

De cualquier manera, se observa que el pudor no es me-

19) *Ibid.* Págs. 72 a 74.

20) CASTELLANOS, *Fernando*. Pág. 152.

na abstracción, sino un objeto material sobre el cual recae la conducta del sujeto activo, tan es así que cuando no hay agresión del objeto sexual, como lo es cuando el médico aus culta el cuerpo humano, o cuando las dos partes disfrutan de los actos, no se integra el ilícito por falta de objeto-material, esto es, de pudor.

5. OBJETO FORMAL.

El objeto formal del delito es también llamado objeto-jurídico y consiste en un bien jurídico protegido y que el hecho u omisión del sujeto activo lesiona; es el bien o la institución amparada por la ley afectada por el delito.

Para el maestro Raúl Carrancá y Trujillo (21), el objeto jurídico del delito es el bien o el interés público, objeto de la acción incriminable. Por ejemplo: La vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad privada, etc. (22)

Sobre el objeto jurídico del delito de atentados al pudor el maestro Mariano Jiménez Huerta sostiene lo siguiente:

"El bien jurídico tutelado en el delito de atentados al pudor es la libertad de amar, pues aunque la propia denominación del delito pudiera hacer creer, a prima facie, que el interés vital protegido es el pudor, esto no es más que un espejismo engañoso que se esfuma tan pronto se tiene en cuenta que el delito puede también cometerse sobre impúberes, esto es, sobre personas en las que todavía no ha surgido la sensación del pudor, entiendo... como 'el sentimiento

21) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit. Pág. 257.

22) *Ibid.*

de desagrado que el objeto sexual experimenta hacia el sujeto que intenta gozarle sin su consentimiento' ó, más ampliamente, como impresión de honor o intimidación que culturalmente queda grabado en la persona desde el albor de su pubertad. Demuestra así mismo, que el pudor no es el bien protegido en el delito en exámen, la elecuente circunstancia de que el tipo se perfecciona aún en el caso en que los actos que le integran se efectúan sobre personas notoriamente impúdicas; v. gr. las prostitutas y demás seres sensualmente viles.

"Lo que, en verdad, se protege en el delito de atentados al pudor, es la libertad de amar, en cuanto interés del ser humano a que nadie, sin su consentimiento, realice sobre su personas actos sexuales, ni aún siquiera de índole periférica, pues dichos actos lesionan su afectiva libertad. Empero, la tutela penal también se extiende a los actos de igual naturaleza y alcance ejecutados sobre persona impúber (menor de doce años según la reforma), aunque ésta conscientemente, habida cuenta de que nos hallamos aquí ante un consentimiento inválido por provenir de persona que carece de capacidad natural y jurídica. En este último caso se tutela la libertad potencial, díniga de igual o mayor protección que la libertad efectiva. De esta manera se pone en relieve que las diversas hipótesis típicas que presenta el-

delito de atentados al pudor tiene trascendencia cuando se trata de perfilar y matizar la objetividad jurídica lesionada. Más no es posible silenciar que la tutela penal acordada en el artículo 260 a la libertad potencial, no es, ni mucho menos, completa o perfecta, pues quedan sin protección los actos libidinosos realizados, con su consentimiento, sobre una persona insana de la mente (esto hasta antes de la reforma). Y por este cúmulo de razones, reputamos más acertada la denominación de 'abusos deshonestos' ó 'abusos sexuales' que el delito recibe en otros códigos" (23).

Por su parte la autora mexicana Marcela Martínez Roano que por haber la posibilidad de que los sujetos pasivos --- sean impúberes, no acepta que el bien jurídico tutelado sea la libertad sexual (24).

Podría considerarse también a la seguridad sexual como el bien jurídico tutelado por los atentados al pudor, en cuanto que protegen la correcta formación sexual del menor en cuanto al artículo 261 del Código Penal, pero entonces parece más obvio afirmar que el objeto jurídico protegido es ésta y no aquella.

Nos encontramos entonces ante un sujeto pasivo, ante -

23) JIMENEZ ILLERA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, v.III. Ed. Porrúa México, 1984. Págs. 224 y 225.

24) MARTINEZ ROANO, Marcela. Delitos Sexuales. Ed. Porrúa. México, 1975. Pág. 177.

un resultado y ante un objeto jurídico protegidos iguales - en los atentados al pudor y en la corrupción de menores, -- por lo que opina la autora citada que el atentado al pudor, como estaba regulado antes de la reforma, debería estar ubi cado dentro de la corrupción de menores con sus respectivas modificaciones en lo conducente a la minoría del sujeto pasivo (25).

Es de la opinión del sustentantes que la reforma ha es clarificado un tanto las dudas que embargan a la autora citada, pues ahora tenemos la fórmula general del artículo 260-reformado, cuyo objeto jurídico o bien jurídico tutelado es la libertad sexual, en tanto que en el artículo 261, al referirse a menores de doce años e incapaces de resistir, se desprende que el bien jurídico tutelado es la seguridad sexual.

Concluyendo, el atentado al pudor como figura delictiva protege tanto a la libertad sexual de las personas en el primer supuesto legal (artículo 260), como a la seguridad sexual de las personas (artículo 261), pues un bien jurídico no excluye al otro.

No coincidimos con el nombre de "Delitos contra la li-

25) *Ibid.* Pág. 178.

bertad de Amar" propuesto por el maestro Jiménez Huerta, ya que se presta a confundir el amor con el sexo, además de -- que la conducta de los atentados al pudor no impiden amar a quien se nos ocurra, sino que dañan nuestra libertad sexual o la seguridad sexual de los incapaces, según sea el caso.

6. DOLO TÍPICO.

El dolo es un elemento de el delito, es la comisión de un hecho con conocimiento y voluntad, consiste, en consecuencia, en circunstancias de hecho determinadas, no es, de por sí, un concepto valorativo, viene siendo la forma básica de la culpabilidad, es necesario un conocimiento determinado del tipo y de las partes que lo integra y se forma con dos elementos: "Conocimiento y Voluntad" (26).

Hay actos cuya punibilidad depende del dolo, en el sentido de que un mismo mudamiento del mundo exterior es punible sólo en cuanto sea doloso (27), a estos delitos se les llama delitos con dolo típico.

Al respecto nos dice René González de la Vega, en relación con los atentados al pudor:

"La voluntad final que debe revestir la conducta, es muy definida, y es en este punto donde radica el quid del delito. El legislador la expuso de manera negativa, con el propósito de diferenciarla de conductas inacabadas de otros ilícitos, cuya voluntad final es bien diversa, por ejemplo: tentativa de violación.

26) MEZGER, Edward. Derecho Penal. Cárdenas Edit. y Dist. México, 1985. Pág. 226.
27) CARNELUTTI, Francesco. Teoría General del Delito. Ed. Argos. Cali. A.L. Pág. 154.

"Así pues, el dolo se integra al desarrollar la conducta erótica, con la ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula.

"González de la Vega (Francisco), comenta al tratar el tema: 'Este elemento revela que desde un doble punto de -- vista, el atentado es un acto sexual incompleto: lo es materialmente, ya que la acción erótica no debe llegar a la cópula; si ésta acontece, desaparece la figura y surge posiblemente la violación; es además incompleto subjetivamente; puesto que si el agente persigue una próxima fornicación, - desaparece también el atentado, pudiendo surgir la tentativa de violación. El llamado atentado al pudor se caracteriza porque el agente satisface su libidine, de momento al menos, con la caricia lúbrica no agotada fisiológicamente.'

"La voluntad final del actor, ha de estar, pues, plenamente comprobada para la integración típica de la figura. - Esta podría probarse analizando -entre otros elementos- las circunstancias de modo y ocasión en que se realizó el acto.

"Otro elemento hay que agregar a la voluntad final: el ánimo de lubricidad en el actor (elemento subjetivo del injusto), sin el cual tampoco resultaría integrada la figura-

en cuestión, ya que entonces, mal podría calificarse de --
erótica la acción.

"El tocamiento obsceno, sin ánimo de llegar a la cópula,
podría cometerse con el ánimo de ofender en su honor a la -
víctima, o para humillarle o burlarse de ella, y en tal ca-
so no estaríamos en presencia de este delito..."

"Esta circunstancia es la que de plano excluye la for-
ma culposa en la comisión delictuosa. En éste un delito de
clara tendencia (28).

El maestro González Blanco sostiene al respecto de el-
asunto que nos atañe, lo siguiente:

"Es un delito de dolo y éste consiste en la voluntad y
conciencia del sujeto activo de cumplir el hecho con el pro
pósito de excitar la propia lascivia y con exclusión del --
ánimo de violar, en cuyo caso habría tentativa de este deli-
to según Carrara y Eusebio Gómez.

"El aspecto negativo, puede presentarse, por error ---
esencial de hecho y hasta por no exigibilidad de otra con-
ducta (29).

28) GONZALEZ DE LA VEGA, René. Op. Cit. Págs. 403 y 404.

29) GONZALEZ BLANCO, Alberto. Op. Cit. Págs. 83 y 84.

7. LA VIOLENCIA COMO MEDIO DE COMISIÓN.

En el delito que estudiamos no es necesaria la aparición de la violencia como el elemento constitutivo del delito, sin embargo, en ambos numerales que señalan la figura típica, se establece un agravamiento de la sanción cuando aparece la violencia; la segunda parte del artículo 260 del Código Penal establece:

"Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de uno a cuatro años de prisión" (30).

En tanto que el artículo 261 del mismo ordenamiento, establece en su segundo párrafo:

"Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión" (31).

La ley penal positiva no define qué debemos entender por violencia, por lo que ocurrimos a la voz del insigne maestro Francisco González de la Vega quien nos dice al respecto de la violación que: "...consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por me-

30) PENAL PRÁCTICA, Andrade, México, 1989. Pág. 69.

31) *Ibid.*

dios que no puede evadir" (32).

El concepto anterior es el de violencia física, en tanto que por violencia moral señala el mismo Don Francisco -- González de la Vega que "consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males -- mayores le impiden resistir al ayuntamiento (en el caso de la violación, no de atentados al pudor) que en realidad no ha querido.

No es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños se refieran directamente al sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues éste puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males recaerán -- en personas de su afecto" (33).

Por otra parte, el diccionario de sociología nos dice que "Normalmente", se entiende por violencia todo cuanto se encamine a conseguir algo mediante el empleo de una fuerza, a menudo física, que anula la voluntad del otro. Según esta acepción jurídica, el término debe distinguirse de la -- coacción o intimidación, relacionadas con aquellos actos -- por los que se inspira a uno de los contratantes el temor --

32) GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, México 1966, Pág. 387.

33) *Ibid.* Pág. 391.

racional y fundado a sufrir un mal inminente en su persona, bienes o familia.

"En general es violento todo cuanto se opone a la seguridad y a la persuasión, vinculadas éstas al pacifismo. Así se comprende que la violencia haya sido un componente esencial de la acción directa" (34).

Tenemos que además, según el maestro Porte Petit, seña la dos formas de violencia, la vis absoluta y la llamada -- vis compulsiva o violencia moral, definiendo a esta última como "la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro capaz de constreñirlo a realizar la cópula" (35) Esto lo hace refiriéndose a la violación, pero el concepto-aplicable y válido también para los atentados al pudor.

34) Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales v. IV. Págs. 2354 y 2355.

35) PORTE PETIT CANDOLINO, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. -- Ed. Porrúa, México. Pág. 45.

CAPITULO TERCERO
FORMAS DE APARICION

C A P Í T U L O III

FORMAS DE APARICION

1. LA TENTATIVA.

Cuando el delito es doloso, no se pena sólo la conducta que llega a realizarse totalmente o que produce el resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos, por quedar en una etapa anterior de realización. Por supuesto que esa etapa anterior debe haber alcanzado cierto grado de desarrollo para que pueda considerársele típica, pues de lo contrario se perdería toda seguridad jurídica (1).

El artículo 261 derogado de nuestro ordenamiento penal, establecía la punición sólo en casos de delito consumado de atentados al pudor, de la siguiente manera:

"El delito de atentados contra el pudor sólo se castigará cuando se haya consumado" (2).

Al haber sido derogada la disposición anterior, podríamos decir que en teoría cabe la posibilidad de tentativa de atentados al pudor, pero si consideramos que también fue re-

1) ZAFFRONI, Eugenio *Rev. Op. Cit. Pág. 639.*

2) CARRANCA Y TRUJILLO, *Rev. Op. Cit. Pág. 261.*

formado el artículo 12 del Código Penal desde 1985, resulta que solamente los atentados al pudor consumados son sancionables, partiendo del texto legal:

"Art. 12.- Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo y omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, -- los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito" (3).

De lo anteriormente transcrito se desprende que no puede haber tentativa de atentados al pudor, pues ésta sería -- cuando se ejecuta la conducta que debe producir el resultado y en el caso, al ejecutar la conducta, se ha cometido el delito.

2. PARTICIPACION.

En ocasiones el delito no es obra de una sola persona, sino que entre varias suman sus fuerzas para realizarlo participadamente. La actividad del delincuente se sirve a veces de los mismos medios que la actividad honesta, y por ello a veces la codelinuencia se asemeja a una empresa de otro indole. De aquí los problemas de la participación, tanto más importante cuanto que los más graves delitos se cometen con pluralidad de sujetos activos y tal es la tendencia de la criminalidad en la vida moderna (4).

En otras palabras, la participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad (5).

Los atentados al pudor pueden cometerse mediante esta forma de aparición, toda vez que pueden ser varios los sujetos activos del delito.

Según el artículo 13 del Código Penal se establece --- quienes pueden ser responsables de los delitos en los siguientes términos:

4) CARRANCA Y TRUJILLO, *Penal*. Op. Cit. Pág. 619.

5) CASTELLANOS, *Fernando*. Op. Cit. Pág. 293.

"Art. 13.- Son responsables del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su -- realización.

II.- Los que lo realicen por sí.

III.- Los que lo realicen conjuntamente.

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.

V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.

VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxiliien a otro para su comisión.

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste -- quién de ellos produjo el resultado - (16).

Como puede apreciarse, los atentados al pudor pueden coincidir con todas y cada una de las hipótesis planteadas por el ordenamiento legal transcrito.

Siguiendo a la doctrina, también tenemos varias clasificaciones respecto de la participación: (17)

6) REVUEL PRACTICA. Pág. 4.

7) CASTELLANOS, Ferrnndo Op. Cit. Pág. 277.

Según el grado la participación puede ser principal o accesoria, la primera cuando se refiere a la consumación -- del delito, la segunda atiende a su preparación.

Respecto de los atentados al pudor, podrían presentarse las dos formas: Principal respecto de quien ejecutará -- los tocamientos, accesoria de parte de quien distrajera al sujeto pasivo, por ejemplo:

Según la calidad la participación puede ser moral o física (8), los atentados al pudor pueden cometerse de cualquiera de las dos maneras, moralmente cuando alguien induce a otro a la comisión y físicamente respecto de aquél que -- materialmente comete la conducta.

En razón del tiempo, la participación puede ser anterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito, con comitante, si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución y posterior, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento con acuerdo previo (9).

Según su eficacia, la participación es necesaria o no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija o no, para su comisión, el concurso de perso

8) *Ibidem.*

9) *Ibidem.*

nas (10). Los atentados al pudor pueden abarcar las tres formas, anterior cuando alguien aconseja o induce a otro a cometerlo o bien, acuerdan dos o más personas la comisión de este ilícito; concomitante, cuando materialmente realizan los tocamientos obscenos y posterior cuando bajo previo acuerdo, alguno de ellos ayude a la fuga, aunque no halla participado materialmente de la conducta ilícita.

Además tenemos otras formas de instigación que enseguida pasamos a comentar referentemente a los atentados al pudor:

La Instigación: Se presenta cuando se quiere el hecho producido por otra persona (11), esta figura cabría dentro de las posibilidades de atentados al pudor.

La Provocación: Figura que se presenta cuando se aprovecha una idea ya existente (12); es el caso que podría darse cuando en una plática alguien aprovechara el comentario de uno de los participantes en la conversación para inducirlo a ejecutar un atentado al pudor.

El Mandato: Este aparece cuando el superior jerárquico ordena al inferior a cometer una conducta ilícita, para-

10) Ibidem.

11) Ibidem.

12) Ibidem.

exclusivo beneficio del que ordena (13); esto podría suceder en el caso de un desviado sexual que se satisface mediante la observación de los tocamientos obscenos, pero realizados por otra persona.

El Consejo: Que viene siendo una forma de instigación, pero para la exclusiva utilidad y provecho del instigador (14).

La Asociación: Es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados (15), como pudiera darse en el caso de que varios sujetos acordaran cometer el delito; al respecto, nuestro Código Penal considera dos formas de asociación: La asociación delictuosa propiamente dicha y la pandilla; a continuación transcribimos y comentamos cada uno de ambos artículos respecto de los atentados al pudor.

"Art. 164.- Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósitos de delinquir, se le impondrá prisión de uno a ocho años y de treinta a cien días de multa.

13) *Ibidem*. Pág. 298.

14) *Ibidem*.

15) *Ibidem*.

"Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna -
componación policiaca, la pena a que se
refiere el párrafo anterior se aumentará
en una mitad y se impondrá, además, des-
titución del empleo, cargo o comisión pú-
blicos e inhabilitación de uno a cinco -
años para desempeñar otro" (16).

Es de nuestro parecer que esta forma delictuosa es di-
fícil de presentarse respecto de los atentados al pudor; ya
que no es muy aceptable que varias personas formen una ban-
da con el objeto solo de ejecutar tocamientos obscenos; es-
ta forma de participación se nos hace más propia de la vio-
lación, conducta que comunmente se comete bajo acuerdo pre-
vio de varios individuos quienes llegan a formar auténticas
bandas de violadores.

"Art. 164 bis.- Cuando se cometa algún de-
lito por pandilla, se aplicará a los que
intervengan en su comisión, hasta una mi-
tada más de las penas que les correspon-
dan por el o los delitos cometidos.

"Se entiende por pandilla, para los efec-
tos de esta disposición, la reunión habi-
tual, ocasional o transitoria, de tres o
más personas que sin estar organizadas --
con fines delictuosos, cometen en común -
algún delito.

"Cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de alguna corporación policiaca, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes de las penas que le corresponda por el o los delitos cometidos y se le impondrá además -- destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro" (17).

Es del parecer nuestro que esta forma de aparición del delito es común respecto de los atentados al pudor, muy común es el caso de que al ir pasando una mujer, los malvivientes que la ven pasar, de momento deciden pasar a la ejecución del tocamiento obsceno en el cuerpo de ella, sin que haya un acuerdo previo de formar banda con este fin.

3. CONCURSO

El concurso de delito consiste en una producción de varios resultados típicos mediante una o varias conductas realizadas por una sola persona; tenemos dos formas de concurso:

Concurso ideal o formal: Unidad de conducta y pluralidad de resultados.

Concurso real o material: Pluralidad de conductas y pluralidad de resultados (18).

Con base en lo anterior podemos prever que los atentados al pudor pueden cometerse tanto bajo el concurso ideal como bajo el concurso material.

Como el concurso material consiste en pluralidad de acciones, es decir de momentos en que se comete el delito, tenemos que los atentados al pudor pudieran ejecutarse en concurso material con cualquier otro delito, pero respecto del concurso ideal, ya unos delitos con los cuales es más común que aparezca este delito; pasemos a referirnos a las posibilidades existentes respecto de los atentados al pudor y los demás delitos sexuales:

18) OSORIO Y NÚÑO, César Augusto. Op. Cit. Pág. 104.

a) ATENTADOS AL PUDOR Y VIOLACION:

El maestro Porte Petin se refiere a esta posibilidad - como un problema de sumo interés al saber si pueden concurrir ambos delitos, con las siguientes palabras:

"Cuando un individuo realiza antes de la cópula violenta, atentados al pudor, éstos se subsumen en el delito de violación, por tratarse de una hipótesis de progresión criminosa? Vannini nos dice que 'en fuerza del principio de la progresión, no es responsable del delito de actos libidinosos violentos en concurso material con la violación carnal, sino únicamente del delito de violación carnal, el culpable que inmediatamente después de haber llevado a cabo actos libidinosos violentos o abusivos (no dirigidos al enlace carnal) decida violar y viole a la víctima'. Frías Caballero piensa que 'si un hecho es calificado como violación, quedan absorbidos los actos deshonestos que acompañen el acceso carnal sin necesidad de recurrir a la regla del artículo 54, pues no hay concurso ideal. Por su parte, Maggiore considera que no es admisible el concurso entre la violencia carnal y los actos libidinosos, porque éstos están normalmente comprendidos en aquélla, dando lugar a un solo delito progresivo, a menos que se hayan consumado en momentos distintos y con fines especiales.

"Ya Vannini ha dicho que 'así como en razón de la progresión criminosa es uno sólo el delito (violación carnal) cuando los actos libidinosos, no dirigidos al enlace carnal terminan con el enlace violento o abusivo, así también en razón de la regresión criminosa no pueden tener sentido jurídico los actos libidinosos que en el mismo contexto de acción sucedan al enlace carnal o abusivo".

"Por el contrario, Manzini piensa que puede subsistir el concurso material entre la violación y el de actos libidinosos aun cuando cometidos en el mismo contexto de acción, cuando el agente, además de realizar la unión carnal, haya ejecutado también otros y diversos actos de libidine. En el mismo sentido Pannain. Y Puig Peña estiman que funciona el principio de consunción cuando 'el acto principal absorbe las conductas delictivas (inferiores) de la misma naturaleza que aquél', pues si por ejemplo, agrega, 'una persona viola a una mujer, no cabe duda que, los abusos deshonestos (atentados al pudor entre nosotros) realizados con motivo de la violación quedarán consumidos por la misma, ya que el legislador supone que el acto del yacimiento como principal lleva normalmente consigo los abusos deshonestos realizados en el sujeto pasivo".

"Nuestros Tribunales han considerado que 'no es exacto que el delito de actos libidinosos queden subsumido en la violación, por ser aquellos un medio para excitar el acto carnal y consumar la violación, porque en los actos libidinosos se ejecutan maniobras eróticas sexuales sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, tal como lo define el artículo 204 del Código Penal del Estado de México, siendo obvio que lo que dicho precepto tutela es la seguridad sexual contra los actos lascivos que facilitan una prematura corrupción en personas de corta edad, a diferencia de la violación, en donde, para realizar la cópula sin la voluntad del pasivo que es la finalidad que se propone consumar el sujeto activo, emplea violencia física o moral" (19).

Poco hay que agregar después de la brillante investigación del maestro, pero sin embargo, nos atrevemos a proponer que no puede haber concurso entre estos delitos, es decir, concurso ideal o formal, pues mientras que los atentados al pudor no buscan llegar a la cópula, los tocamientos previos a la violación van encaminados a obtener ésta, por lo cual no quedarían debidamente tipificados dentro de los atentados al pudor.

19) FORTÉ PEJIT CAMUÑO, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Ed. Porrúa, México, 1985. Págs. 92 a 94.

Por otra parte, también es de nuestro parecer que si puede presentarse el concurso formal, aunque el sujeto pasivo sea la misma persona, como pudiera ser el caso de una mujer que hubiera sufrido un día o varios, tocamientos deshonestos de parte de una persona, que, excitándose más cada vez, finalmente en una ocasión diferente se atreve a violarla, lo cual integraría el concurso material entre los atentados al pudor cometidos en otras ocasiones y la violación.

b) ATENTADOS AL PUDOR Y ESTRUPRO.

El delito de estupro puede presentarse en concurso ya que el sujeto activo, además de su simple acción copulativa, puede realizar actos que integren otros tipos delictivos -- (20); pero no es de pensarse que pueda coincidir con los atentados al pudor, en virtud que los tocamientos obscenos o lascivos que pueda haber durante la cópula obtenida mediante el estupro, se sobreentiende que son consentidos, ya que por estupro se entiende lo siguiente:

"Art. 262.- Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión" (21).

20) GONZALEZ BLANCO, Alberto. Op. Cit. Págs. 113 y 114.

21) REVUEL PRACTICA. Pág. 70.

De donde se desprende que cuando el delito que aparece es el de estupro, entonces el sujeto activo ha obtenido el consentimiento para hacer las caricias lascivas que haga y por lo tanto, habría estupro, pero no violación, asimismo - al tratarse la hipótesis del artículo 261 del Código Penal, no podría coincidir con el estupro, pues al referirse a una persona menor de doce años de edad, podría coincidir con la violación equiparada descrita por el artículo 266 del mismo Código Penal, que a la letra dice:

" Se impondrá la misma pena a la que se refiere el primer párrafo del artículo anterior (la de la violación simple), al que -- sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cual---quiera causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciera violencia, la pena se aumentará en una mitad" (22).

Es de hacer notar que lo establecido en el texto citado, al final, coincide con lo que comentamos respecto de la violación simple, ya con anterioridad.

c) ATENTADOS AL PUADOR Y RAPTO.

Se presenta el problema de que si el rapto y los atentados al pudor pueden acumularse, así como con otros delitos sexuales, lo cual llama la atención y obliga a reflexionar. Innumerables autores se han detenido a considerar el problema; circunstancia que significa las dudas que causa y el interés que merece. Si las reflexiones de que ha sido objeto hubieren llevado el problema a una solución definitiva, sería efectivamente superfluo el seguirlo considerando como problema, el no dar por agotada su discusión. Pero el caso es que para muchos, después de leer con detenimiento que se debe las tesis que hay al respecto, las dudas no desaparecen, no pueden dar la discusión por terminada el pensamiento no se decide a dejar de reflexionar (23).

Respecto del rapto se han establecido los siguientes criterios:

- Que cualquiera de los delitos sexuales son independientes del delito de rapto.

- Que cualquiera de los delitos sexuales queda subsumido en el delito de rapto.

- Que en cualquiera de los delitos sexuales queda subsumido el delito de rapto (24).

23) ROJAS PEJÓN, Celestino. Ensayo Dogmático del Delito de Rapto Propio. Trillas, México 1984, Pág. 81.

24) *Ibidem*.

Respecto del rapto hace un análisis minucioso el maestro Ponte Petit sobre su posible concurrencia con el estupro y con la violación, pero pasa por alto el problema respecto de la posible concurrencia de éste con los atentados al pudor.

Es de nuestro parecer que si puede haber concurso entre estos dos delitos; por ejemplo, una persona puede ser privada de su libertad en los términos que establece el artículo 267, de la manera siguiente:

"Al que se apodere de una persona por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse, se le aplicará la pena de uno a ocho años de prisión" (25).

Además la dicha persona, puede haber sufrido los actos propios de los atentados al pudor en el momento en que, ya privada de su libertad sufra tocamiento obsceno o se le obligue a ejecutarlos, lo cual redundaría en concurso ideal entre ambos delitos.

Sin embargo, es necesario comentar la forma de rapto establecida por el artículo 268 del Código Penal:

"Se impondrá también la pena del artículo anterior aunque el raptor no emplee la violencia ni el engaño y consienta en el rapto la persona, si ésta fuere menor de dieciséis años" (261).

Esto quiere decir que si una menor fuere raptada con su consentimiento y fuera de una edad oscilante entre los trece y los quince años, y además hiciera tocamientos aceptados por la menor, toda vez que ha sido su voluntad ser raptada, entonces estaríamos presenciando el delito de rapto, pero sin concurso con los atentados al pudor, pues no incurriría ni en el supuesto del artículo 260 del Código Penal, ya que habría consentimiento de la menor; ni tampoco incurriría en el supuesto del artículo 261 del mismo ordenamiento, pues esta disposición establece que solamente se presenta cuando la menor de edad es de doce años.

DI ATENTADOS AL PUDOR E INCESTO.

Por incesto entendemos lo siguiente:

"Art. 272.- Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

"La pena aplicable a estos últimos será - de seis meses a tres años de prisión.

"Se aplicará esta misma sanción en caso - de incesto entre hermanos" (27).

Respecto del incesto, tenemos dos posibilidades:

- Cuando la relación incestuosa es aceptada por ambos familiares incestuosos.

- Cuando es una violación incestuosa.

En el primer caso tendríamos que no habría lugar a pensa en el concurso ideal entre atentados al pudor e incesto pues al estar de acuerdo los dos amantes incestuosos, los tocamientos lascivos recibidos de una y otra parte, serían consentidos y por lo tanto quedarían fuera de la tipifica-ción legal.

En el segundo caso, estaríamos en la presencia de un concurso entre violación e incesto, aunque el maestro Porte Petit no está de acuerdo por lo siguiente:

"Somos de parecer que el delito de violación no puede-concurrir con el incesto, a virtud de que este último es bi

27) *Ibidem*. Pág. 72-1.

lateral, o sea, que para que exista se necesita el acuerdo de voluntades, no pudiéndose hablar, en consecuencia, de su jeto activo y pasivo, sino de sujetos activos. Lo que quiere decir que no puede concurrir al mismo tiempo consentimiento y ausencia del mismo, a virtud de la violencia física o moral, medios exigidos para la existencia de la violación, es decir, la violación y el incesto se excluyen entre sí.

"Por otra parte, lo mismo debe decirse respecto de la violación impropia puesto que se estima en estos casos que no hay consentimiento válido, y, por tanto, es incompatible la violación impropia con el delito de incesto, porque --- igualmente se excluyen entre sí" (28).

Nosotros estamos en contra del criterio del concurso - entre violación e incesto, pero por una razón sencilla y ésta es que el mismo Código Penal, en su artículo 266 bis nos resuelve el problema:

Art. 266 bis.- Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, las penas - previstas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una mitad".

28) FORTE PETIT CANDIUM, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 104.

"Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación -- fuere cometido por un ascendiente contra un descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasijo -- de la madre del ofendido en contra -- del hijastro. En los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como -- el derecho de heredar al ofendido.

"Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo -- o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de -- dicha profesión" (29).

De este modo queda claro que el legislador quiso crear un tipo complejo que abarca tanto a la violación como al es tupro, creando un delito complejo, asimismo y por las razones expuestas al referirnos al concurso entre violación y -- atentados al pudor, llegamos a la conclusión que tampoco en este supuesto podría haber concurso entre atentados al pu--

don e incesto, pues estaríamos entre una violación agravada y no propiamente ante un incesto.

e) ATENTADOS AL PUDOR Y ADULTERIO.

El Código Penal no define el adulterio y el artículo - 273 del Código Penal se limita a establecer las dos condiciones objetivas para su punibilidad, o sean su realización en el domicilio conyugal, o fuera de él, con escándalo (30).

La falta de definición ha servido de fundamento a algunos tratadistas para sostener que su penalidad implica una violación al principio *nullum crimen sine lege*, pero a pesar de esas opiniones, tenemos la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 4757 - del Tomo 81 del Semanario Judicial de la Federación, cuya tesis establece:

"A pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio, que, en general, se nota en todos los ordenamientos penales que rigen en la República, para su caracterización jurídica se ha atendido a su significación gramatical ordinaria, es decir, la prueba se ha dirigido a demostrar las relaciones extramatrimoniales de los cónyuges y aunque éstas por su propia naturaleza, son de muy difícil justificación en un proceso, son susceptibles de apreciar-

30) GONZALEZ BLANCO, Alberto. Op. Cit. Pág. 209.

se a través de determinadas circunstancias que no dejan duda alguna respecto del acreditamiento de aquellas relaciones intimas con persona ajena a la ligada por el vínculo conyugal" (31).

A manera de aclarar lo que es el adulterio, partamos de la definición que de este ilícito hace el Código Penal para el Estado de México:

"Se impondrán de tres días a tres años de -- prisión y privación de derechos civiles hasta por seis años, a la persona casada que en el domicilio conyugal o con escándalo, tenga cópula con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada" (32).

La comparación legislativa, nacional y extranjera, enseña que no hay un concepto unitario jurídico de lo que sea el adulterio, pues hay legislaciones que sólo consideran posible sujeto activo del delito a la mujer casada y no al -- hombre casado, entendiendo que éste sólo puede cometer "concubinato" lo que hace patente una vez más la necesidad de una definición en los Códigos Penales. (33).

Respecto que siguiendo nuestro objetivo, tenemos que --

31) *Ibidem*. Págs. 210 y 211.

32) CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO, Edición del Gobierno del Estado de México. -- Toluca, s. L. Pág. 94.

33) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y ROMAS Raúl. Op. Cit. Pág. 536.

el adulterio no puede presentarse en concurso ideal con los atentados al pudor; pues éstos requieren la ausencia de consentimiento por parte del sujeto pasivo, en tanto que respecto del adulterio, los componentes de la pareja serían sujetos activos, lo cual hace que este delito sea plurisubjetivo y no unisubjetivo como los atentados al pudor. Así -- que al estar consentidos los actos lúbricos previos al coito en el adulterio, no podrían presentarse en concurso con los atentados al pudor.

CAPITULO CUARTO

CLASIFICACION

C A P Í T U L O I V

CLASIFICACION

Los criterios de los diversos autores en orden a la posible clasificación de las infracciones penales son muy distintos; los hay incluso, que prescindien de un apartado o capítulo propio destinado a las mismas, estudiándolas, cuando lo hacen, con los caracteres o institutos del delito del que dimanar (1).

Según Marcela Martínez Roaro el delito de atentados al pudor se clasifica en orden a la conducta y en orden a el resultado; pasemos a explicar tales formas.

1. EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Según la forma de conducta del agente, los delitos pueden ser de acción o de omisión. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Para el mismo Eusebio Gómez, en los -

1) MARTÍNEZ ROARO, Marcela. Op. Cit. Pág. 170.

delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. Debe agregarse que los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto que los de acción infringen una prohibitiva (2).

Es claro que los delitos de atentados al pudor no pueden cometerse mediante omisión, por lo cual coincidimos con la autoría citada en el sentido de que para ejecutar los actos constitutivos de este delito se necesita una conducta activa por parte del sujeto.

Asimismo, la misma autora considera el delito en estudio como unisubsistente o plurisubsistente (3).

Son delitos unisubsistentes aquéllos que se forman con un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos (4); esto quiere decir que los atentados al pudor pueden cometerse con un solo acto y entonces serían unisubsistentes, pero también puede cometerse repetidamente este delito, por lo cual sería plurisubsistente en este segundo supuesto.

2) CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. Págs. 135 y 136.

3) MARTÍNEZ ROLDÁN, Marcela. Op. Cit. Pág. 170.

4) CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. Pág. 142.

2. EN ORDEN AL RESULTADO.

En cuanto al resultado, los delitos pueden ser formales o materiales. Son formales aquellos que se consuman jurídicamente mediante el solo hecho de la acción o de la omisión, necesidad de un resultado y son materiales aquellos que se consuman cuando se produce el resultado dañoso que pretendía el delincuente (5).

En este orden de ideas, ubicamos al delito como de resultado formal, toda vez que el tipo se agota con el mero movimiento corporal, consistente en el tocamiento lúbrico, sin que se requiera forzosamente un resultado externo que cambie el mundo objetivo.

No coincidimos con la autora Martínez Rouro al establecer que los atentados al pudor se clasifican como instantáneos y de peligro de acuerdo al resultado, pues si bien si son de tal naturaleza, no es cierto que estas clasificaciones correspondan al resultado, sino a la temporalidad la primera, en tanto que la segunda es por el daño que causan, pasemos al análisis correspondiente.

5) MARQUEZ PINERO, Rafael. Op. Cit. Pág. 139.

3. EN CUANTO AL TIEMPO DE SU DURACION.

Si siguiendo este criterio, los delitos pueden ser instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes (6).

Si bien en principio el delito de atentados al pudor es un delito instantáneo, también pudiera cometerse continuadamente; pues el maestro Castellanos, el delito continuo consiste en:

- a) Unidad de resolución.
- b) Pluralidad de acciones.
- c) Unidad de lesión jurídica (7).

Así que, si el caso es que un sujeto activo comete en ocasiones distintas el delito de atentados al pudor en contra de una sola persona como sujeto pasivo, estaríamos ante un delito que si bien es instantáneo de naturaleza, puede presentarse continuadamente.

A mayor abundamiento, el Código Penal para el Distrito Federal define a los delitos continuados de la siguiente manera:

6) CASTELLANOS, Ferrnndo. Op. Cit. Pág. 137.

7) *Ibidem*. Pág. 138.

"Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal" (8).

Es evidente que los atentados al pudor pudieran cometerse en estas circunstancias.

4. POR EL DAÑO QUE CAUSAN.

Por el daño que causan los delitos pueden ser de lesión o de peligro.

Siguiendo al maestro Castellanos, ésta no es una clasificación del delito sino del tipo y al respecto nos dice:

a) Tipos de daño o de lesión: Protegen contra la disminución o destrucción del bien.

b) Tipos de peligro: Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (9).

Consideramos que el tipo de atentados al pudor es de peligro, como lo establece Marcela Martínez Rvoro, pues ninguno se ve lesionado con el mismo, en cambio, pone en peligro a la seguridad sexual de las personas.

8) PENAL PRACTICA. Pág. 2-2.

9) CASTELLANOS, Ferrnch. Op. Cit. Pág. 174.

Para el distinguido maestro Alberto González Blanco, - los atentados al pudor deben considerarse como un delito au tónomo, por no depender de otro tipo de delito; en orden a la conducta es un delito de acción, porque en él no se presentan la omisión o comisión por omisión; instantáneo, porque al producirse la comisión ésta desaparece; forman y no material, porque se consume al verificarse la realización - de los actos eróticos que lo constituyen (10).

A continuación pasamos a establecer otras clasificacio nes, que a nuestro criterio debieron haber establecido los autores de los textos especializados en delitos sexuales me xicanos que hemos comentado.

5. POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.

De acuerdo con esta clasificación los delitos pueden - ser dolosos, culposos y preterintencionales, al respecto el Código Penal para el Distrito Federal señala:

"Art. 9°.- Obra intencionalmente el que, - conociendo las circunstancias del hecho ti pico quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

10) GONZALEZ BLANCO, Alberto. Op. Cit. Pág. 79.

"Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y -- condiciones personales le imponen.

"Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia (11).

Es necesario mencionar que el primer párrafo se refiere a los delitos dolosos, por lo que también se llaman intencionales; de igual modo, los delitos culposos son llamados imprudenciales.

Observamos que los preterintencionales si son mencionados de esta manera por nuestro Código.

En cuanto a los atentados al pudor, ya hemos asentado en su lugar, que constituyen un delito con dolo específico, ya que para que se integren se requiere que haya ánimo lúbrico de parte del sujeto activo, por esto necesariamente son un delito doloso o intencional, excluyéndose la imprudencia, sin embargo creemos que pudiera llegar a presentarse un resultado preterintencional diferente, cuando se quisiera cometer el delito de atentados al pudor y el resulta-

11) PENAL PRACTICA. Pág. 2-2.

do incluir cualquier otro delito más grave, como pudiera -- ser cierto tipo de lesiones.

6. EN CUANTO AL NUMERO DE SUJETOS ACTIVOS.

Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo (12).

El delito de atentados al pudor es unisubjetivo porque es suficiente un solo delincuente, de manera que cuando fueran varios los sujetos activos esto sería una forma de participación, pero no haría plurisubjetivo al delito, ya que solamente son plurisubjetivos los que requieren necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos o más personas para integrar el tipo, como lo son la asociación delictuosa, el pandillerismo o el adulterio (13).

7. CLASIFICACION LEGAL.

Con este rubro se conoce a la clasificación que hace - la Ley Penal, nuestro Código establece veintitrés Títulos - entre los cuales aparecen los llamados delitos sexuales, señalados en el Título Décimoquinto del Libro Segundo. (14).

12) CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. Pág. 143.

13) *Ibidem*.

14) *para la practica*. Pág. IX.

Es de llamar la atención que el Código Penal para el Estado de México, lo ubica Libro Segundo. Título Tercero. - "Delitos contra las personas, en el Subtítulo Cuarto "Delitos contra la Libertad e Inexperiencia Sexual" (15).

8. EN CUANTO A SU FORMA DE PERSECUCION.

De acuerdo a este punto de vista los delitos pueden -- ser:

a) Perseguidos de oficio, es decir, que son investigados y posteriormente sancionados por la iniciativa de la autoridad, el Ministerio Público, sin necesidad de ninguna actividad de los particulares iniciará la averiguación de este tipo de delitos y sobre ellos no opera el perdón del -- ofendido (16).

b) Perseguido a instancia de parte ofendida o perjudicada, por iniciativa privada o por acción privada, en estos delitos su persecución sólo es posible si se llena el requisito previo de la querrela de la parte ofendida. La razón por la cual se mantienen en las legislaciones estos delitos perseguibles por querrela de la parte ofendida, se basa en la consideración de que, en ocasiones, la persecución de --

15) CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO. Pág. 11

16) MARQUEZ PINERO, Rafael. Op. Cit. Pág. 139.

oficio acarrearía a la víctima mayores daños que la misma - impunidad del delincuente. Por lo cual solamente se pueden perseguir previa acusación y en ellos procede el perdón de la parte ofendida.

La mayor parte de delitos se persiguen de oficio y solamente un reducido número lo son a petición de parte agraviada.

La regla consiste en que solamente se persiguen a petición de parte aquellos delitos en que la ley así lo establece, pues si no existe disposición expresa, el delito se perseguirá de oficio. Toda vez que respecto de los atentados al pudor no existe ninguna disposición que lo establezca como de querrela, deberá considerarse por el juego de principios éticos y sociales que entran en juego; resulta absurdo que el estupro, el rapto y el adulterio sean de querrela necesaria, en tanto que los atentados al pudor, que implican menor grado de peligrosidad, sean de oficio.

CAPITULO QUINTO
EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

C A P Í T U L O V
EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

Los aspectos negativos del delito excluyen la responsabilidad y son de diferentes naturaleza, según el elemento - que eliminen, siguiendo a Marcela Martínez Roaro, existen - los siguientes:

- 1.- Ausencias de conducta.*
- 2.- Atipicidad.*
- 3.- Causas de justificación.*
- 4.- Inimputabilidad.*
- 5.- Inculpabilidad.*

No hay excusas absolutorias (1).

A continuación explicamos cada uno de ellos:

1. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias, pues la ausencia de conducta es uno de los aspectos impositivos de la formación de la figura delictiva, por ésta actuación humana, positiva o negativa, indispensable del delito como de todo problema jurídico (2).

1) MARTÍNEZ ROARO, Marcela. Op. Cit. Págs. 170 y 171.

2) CASTELLANOS, Fernando O. Cit. Pág. 162.

Se entiende que son causas de ausencia de conducta la vis absoluta, la vis maior y los movimientos reflejos (3).

a) Vis absoluta y vis maior.

Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible. En el fondo de esta eximente en vano se ha querido encontrar una ausencia de inimputabilidad. La aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho), no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera (4).

En los atentados al pudor, puede presentarse fácilmente la ausencia de conducta, sobre todo por fuerza física irresistible (5).

De la misma manera se diferencian la vis absoluta y la vis maior por el origen de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es -

3) MARTÍNEZ ROJO, Marcela, Op. Cit. Pág. 171.

4) CASTELLANOS, Ferrnán. Op. Cit. Pág. 163.

5) GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Op. Cit. Págs. 81 y 82.

energía no humana.

b) Movimientos reflejos.

Los movimientos reflejos son movimientos corporales in voluntarios; los reflejos instintivos son inherentes a la constitución del organismo y responden a una excitación o estímulo que actúa sobre los centros nerviosos, poniendo en acción las estructuras nerviosas preexistentes; el excitante produce una respuesta motriz. Su funcionamiento se basa en la propiedad del sistema nervioso de adquirir, por asociación, nuevas estructuras nerviosas. Cuando la asociación entre un estímulo natural y otro artificial ha sido repetida numerosas veces, se adquiere una nueva estructura nerviosa 16); de manera tal se traducen en los dichos movimientos involuntarios que comúnmente no pueden controlarse; ahora que, si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito 17).

Estas formas de ausencia de conducta fueron excluidas del Código Penal para el Distrito Federal, según la reforma de 1985; ahora quedan incluidos en una fórmula más amplia, contemplada en la fracción I del artículo 15 del mencionado ordenamiento legal y dice:

6) Diccionario Enciclopédico Hachette-Castell. v. 6. Págs. 1850 y 1851.

7) CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. Pág. 164.

"Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad:

J.- Incurrir el agente en actividades o inactividades involuntarias..." (8).

Podemos concluir que habrá ausencia de conducta siempre que el individuo no haya hecho nada, ni siquiera se haya movido voluntariamente, aunque su cuerpo lo haya hecho - por otro impulso diferente del de la voluntad.

2. ATIPICIDAD.

Siempre que 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; si la conducta no es típica, no podrá ser delictuosa (9).

Siguiendo a Marcela Martínez Roaro, tenemos las siguientes causas de atipicidad:

- a) Ausencia del objeto jurídico protegido.
- b) Ausencia de calidad en el sujeto pasivo.
- c) Ausencia de los medios.
- d) Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

8) PENAL PRACTICA. Pág. 5.

9) CASTELLANOS, Ferrerib. Op. Cit. Pág. 174.

e) *Consentimiento del púber (10).*

Pasemos a referirnos a cada una de ellas:

a) *Ausencia de objeto jurídico.- En páginas anteriores ya nos hemos avocado al objeto jurídico del delito, en donde hemos propuesto que el objeto jurídico de los atentados al pudor es la libertad sexual en el supuesto del artículo 260 del Código Penal y es la seguridad sexual de los menores de doce años en el segundo.*

Lo cual supone que puede presentarse la ausencia de objeto jurídico cuando se trata del supuesto del artículo 260 del ordenamiento legal citado, por ejemplo en tratándose de una bailarina que durante su número provoca y acepta los tocamientos obscenos y en general, siempre que la libertad sexual de las personas no se vea dañada, es decir, siempre -- que la persona de buen o de mal agrado, acepte voluntariamente los tocamientos lascivos.

b) *Ausencia de calidad en el sujeto pasivo.- En ocasiones los delitos requieren calidad en el sujeto pasivo, respecto de los atentados al pudor, tenemos la fórmula amplia contemplada por el artículo 260 del Código Penal, en-*

10) MARTÍNEZ ROYO, Marcela, *Op. Cit.* Págs. 171 y 172.

este caso se observa que no hay una clase de sujeto pasivo, ya que cualquier persona puede ser víctima de este delito; pero en el supuesto que propone el artículo 261 del mismo - cuerpo legal, solamente puede ser sujeto pasivo el ser humano menor de doce años de edad o una persona que por cualquier causa no pueda resistirlo, como es el caso de un deficiente mental profundo. Por lo tanto este tipo no será llenado sin la condición que el propio Código establece para - el sujeto pasivo.

c) Ausencia de los medios.- El atentado al pudor no requiere algún medio específico de comisión, pero establece una agravación de la pena cuando el medio del que se haya - valido el sujeto activo, sea el de la violencia física o moral, de tal modo que solamente podrá aplicarse la pena de - uno a cuatro años de prisión cuando el medio de comisión ha ya sido la violencia.

d) Ausencia del elemento subjetivo del injusto.- Muchos delitos describen una conducta objetiva meramente, -- otros incluyen elementos subjetivos en su descripción; éste es el caso de los atentados al pudor, que al describir la - conducta típica agregan lo que hemos llamado dolo típico, - es decir, que desde el mismo tipo legal se establece cual -

ha de ser la intención del sujeto activo; respecto del sujeto activo ya hemos visto que la intención debe ser sexual y además no debe haber intención de llegar a la cópula, pues claramente el tipo legal establece "Al que sin propósito de llegar a la cópula". Por lo tanto, habrá una causa de atipicidad, si en el supuesto del artículo 260 del Código Penal cuando el acto ejecutado no sea de contenido sexual; en tanto que en el caso del artículo 261 del mismo ordenamiento, la conducta será atípica si el deseo es llegar a la cópula, aunque en este supuesto estaríamos ante una violación en grado de tentativa.

e) Consentimiento del púber.- Considerando que el texto de Marcela Martínez Roaro fue publicado con anterior a la reforma, es justificable que en él se lea esta frase, pues para actualizar el texto en los términos de la reforma de 1989, tenemos que referirnos al consentimiento del mayor de doce años, pues si excede de esa edad quedaría en el supuesto del artículo 261, que en ninguna parte hace referencia a la ausencia de consentimiento.

Es de nuestra opinión que el legislador no fue afortunado al respecto, observamos que en otros ámbitos de la ley se hace una interpretación demasiado favorable a los meno-

nes de edad y no entendemos por qué en este caso dejó sin tipificar los actos lascivos cometidos por adultos en menores de dieciocho años, mayores de doce, a condición de que sea aceptados. Debemos considerar que la adolescencia es un periodo crítico en la formación del individuo y también es un periodo de mucha confusión respecto de lo sexual, circunstancias que muchos adultos aprovechan para satisfacer apetitos insanos sexuales, por lo que el legislador debió ser más estricto al redactar el tipo legal en lo que respecta a este delicado asunto.

3. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Son causas de esta naturaleza las condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho, también han recibido el nombre de causas eliminativas de la antijuridicidad o causas de licitud (11).

Son aplicables al delito en estudio las siguientes:

a) Legítima defensa.

11) CASTELLANOS, Ferrnrb. Op. Cit. Pág. 183.

b) Estado de necesidad.

c) Ejercicio de un Derecho.

Por *legítima defensa* se entiende según la *fracción III* del artículo 15, lo siguiente:

"Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende (12).

Resulta que esta excluyente es aplicable a los atentados al pudor, pues al rechazar una agresión, real, actual o inminente y sin derecho, pueden ejecutarse tocamientos que podrían ser considerados como obscenos por el agresor, pero esos tocamientos no deben en el supuesto ser considerados como antijurídicos, pues estarían tutelados por la legítima defensa.

El estado de necesidad se contempla en la *fracción IV* del mismo artículo 15 del Código Penal en los siguientes términos:

12) PENAL PRÁCTICA. Pág. 6.

"Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, grave o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su al cance" (13).

También esta posibilidad es aplicable a los atentados al pudor, como por ejemplo, el caso del salvavidas que para rescatar a una persona cuya vida corre peligro de perderse, tuviera que hacer ciertos tocamientos para poder sacar del agua a la persona en peligro.

El ejercicio de un derecho también puede ser causa de justificación de este delito, como pudiera ser el caso de las caricias hechas por un cónyuge al otro.

También quedaría incluida bajo esta forma de causa de justificación a los tocamientos que el médico tuviera que realizar en el cuerpo humano, con el fin del diagnóstico -- que esté dando a un paciente.

A continuación transcribimos lo que el maestro Caste-

13) Ibidem.

llanos Tena argumenta en relación con las lesiones consecutivas de tratamientos médico-quirúrgicos, argumentación plenamente aplicable al problema que estudiamos en estos renglones.

"Para legitimar las lesiones (tocamientos) causadas -- con motivo de intervenciones médico-quirúrgicas, se han sostenido diferentes criterios. Algunos las justifican por el consentimiento del paciente o de su familia. El argumento es inatendible, por ser el Derecho Penal de interés público y por lo mismo el consentimiento de la víctima o de sus representantes es irrelevante, salvo tratándose de los llamados delitos privados o de querrela necesaria, entre los cuales no figura el de lesiones (atentado al pudor), además - los delitos perseguibles sólo a petición de la parte ofendida, son de dudosa técnica. Otros buscan la solución en la ausencia de dolo; también resulta ineficaz este razonamiento; para tener un delito como intencional, es suficiente -- que el sujeto activo se proponga producir la lesión (atentado al pudor), con independencia de la finalidad última. Se dice que esas lesiones (tocamientos) se causan en el ejercicio de una profesión autorizada por la ley, criterio insostenible, porque entonces no quedarían amparados por la justificante las situaciones de las personas ajenas a la me

dicina, al auxiliar a sus semejantes practicando operaciones de emergencia, propias de una profesión a la que son -- completamente ajenas; se trata más bien de un estado de necesidad. Para González de la Vega la antijuridicidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas o estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor.

La justificación formal deriva de la autorización oficial (expresa o tácita); la material o de fondo, de la preponderancia de intereses; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de más valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva" (14).

Es de nuestro parecer que independientemente de la causal que sea, resultaría absurdo que el médico fuese perseguido penalmente por los tocamientos corporales que se viera obligado a efectuar en el ejercicio de su profesión.

4. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

Estas se encuentran ubicadas como regla general en el artículo 15 fracción II del Código Penal, disposición que -- después de la reforma de 1984, dice como sigue:

14) CASTELLANOS, Ferrando. Op. Cit. Págs. 214 y 215.

"Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente" (15).

Esta fracción es definitivamente aplicable a los atendidos al pudor, muchas veces los trastornados y deficientes mentales no comprenden sus acciones y en tales circunstancias, el instinto se vuelve en un fuerte resorte de acción, por eso es común que el delito en estudio sea cometido por sujetos trastornados y deficientes.

Sin embargo, es conveniente referirse a la parte final de la fracción aludida, ya que cuando el trastorno ha sido provocado intencionalmente, entonces opera la excepción indicada y de todos modos se generará responsabilidad penal, ese es el caso de borrachos, drogadictos y viciosos que en estado de intoxicación cometen frecuentemente esta conducta ilícita.

También quedarían dentro de esta categoría de inimputa

bles los menores de dieciocho años, quienes de acuerdo con nuestro sistema jurídico son inimputables, situación con la cual no estamos de acuerdo, pues esta protección genera la irresponsabilidad de los adolescentes, que con frecuencia llegan a cometer atentados al pudor, sobre todo cuando en grupo salen de alguna escuela o se reúnen en algún parque público, generando riesgo de que dichos atentados sean el inicio de conductas más graves; por lo cual creemos que al menos para los efectos de este delito, debería actuarse con más rigor en contra de los jóvenes que faltan al respeto a las damas en la vía pública. Sin embargo, no es objeto de nuestra tesis proponer una disminución general del criterio sobre minoría de edad, ya que de hacerlo, estaríamos rebasando los límites a que el presente trabajo se reduce.

5. CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Según Marcela Martínez Roaro, son causas de inimputabilidad del delito en estudio, las siguientes:

- a) Error esencial de hecho.
- b) No exhibibilidad de otra conducta (16)

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho es-
16) MARTÍNEZ ROARO, Marcela. Op. Cit. Pág. 172.

preciso que ejecute su conducta con la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad (17).

Coincidiendo con el maestro Castellanos y con Marcela-Martínez Roaro, creemos que solamente en estricto rigor, -- existen dos causas de inculpabilidad: el error esencial de hecho y la vis compulsiva o coacción sobre voluntad:

a) Error esencial de hecho.

Es probable que en ocasiones la realidad no se presente tal y como es y se crea justificadamente estar actuando ilícitamente, como lo es en el caso de las eximientes putativas del delito, es decir cuando se cree, bajo un error -- esencial de hecho, estar actuando bajo una causa de justificación; como ejemplo de lo asentado tenemos el ejercicio de un derecho putativo, consistente en creer que se afectó en los actos lúbricos sobre la pareja propia.

Por otra tenemos el temor fundado como forma excluyente de culpabilidad; la llamada fuerza moral o vis compulsiva se trata de una causa de inculpabilidad, pues siendo el-

17) CASTELLANOS, Fernando, Op. Cit. Pág. 258.

inculpable una persona totalmente capaz, no le es reprochada su conducta porque, a causa de error o por no poder exigírsele otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad, se le absuelve.

En cuanto al sujeto, la coacción ejercida sobre él por otro, forzando y suprimiendo por manera absoluta su libertad de determinación, quita a la acción u omisión materialmente ejecutada toda intención delictuosa, y asimismo excluye el dolo y la culpa imputables al sujeto; de donde la responsabilidad no puede ser sino del que ha ejercido tal coacción. Sólo será, en parte del autor material, si la coacción no produjo la insuperable anulación de su voluntad (18).

Para Carmignani la violencia moral sólo produce una -- disminución en la libertad electiva, que existirá cuando el mal sea inminente, grave y serio, injusto e inevitable de otro modo que no sea el acto ilícito. Siempre que se invoque la violencia moral el juez deberá tener en cuenta dos -- delicadísimas cuestiones de hecho: el carácter más o menos intimidante de la amenaza y la naturaleza más o menos débil del amenazado, pues la vis compulsiva sólo actúa sobre la -- voluntad del sujeto, más no le priva de la posibilidad física de obrar sin violar la ley (19).

18) CARRANCA Y TRUJILLO, *Real. Op. Cit.* Págs. 479 y 480.

19) *Ibidem.* Pág. 480.

Por su parte, el autor Prins subraya que la violencia-moral como causa de exclusión encierra un peligro, pues la-inclinación al delito es también una fuerza irresistible o-bien hace posible la eficacia de la coacción, y la ley no -debe empujar al hombre a ceder a sus pasiones ni justificar se cuando se compruebe que no ha podido resistirlas; en consecuencia, admitir que en un caso dado y en un agente constituido normalmente la debilidad moral, el desfallecimiento de la voluntad, sean causa de inimputabilidad, es conceder-demasiado al fatalismo. De aquí que para aquel autor sólo-debe subsistir como excluyente el estado de necesidad (20).

En nuestro punto de vista, es necesario que subsista - como excluyente la llamada vis compulsiva, ya que constituye un temor fundado en los términos de la fracción VI del - artículo 15 reformada en 1985 y que textualmente dice lo si guiente:

"Obrar en virtud de miedo grave o temor-fundado e irresistible de un mal inmente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio menos perjudicial al alcance del agente" (21).

20) *Ibidem*.

21) PENAL PRACTICA, Pág. 7.

Es evidente que la vis compulsiva o coacción integradora una causa de miedo grave, por ejemplo, cuando a una persona se le obligara a ejecutar cierto tipo de tocamientos libidinosos en virtud de una amenaza tal que irresistiblemente se viera obligado a incurrir en la conducta típica y antijurídica.

b) No exigibilidad de otra conducta.

Con esta frase se entiende que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento. Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminadora de la culpabilidad, juntamente con el error esencial del hecho. En contra, sin embargo, está la opinión de Ignacio Villalobos quien sostiene que cuando se habla de esta excluyente, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obree en sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los finés del derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos

fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial. Alguna solución se ha de buscar, en el terreno de la conveniencia política, el problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del Derecho, sin que medie cosa alguna que la autorice y aún cuando concurren condiciones precarias -- que sólo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico; así concluye el mismo tratadista, afirmando que la no exhibición de otra conducta debe ser considerada como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la consciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de algunos de sus elementos (22).

De la manera que sea, consideramos que la no exhibición de otra conducta constituye una posibilidad de humanización de nuestro derecho y por lo tanto debería dársele una solución jurídica, pues nuestro derecho las ignora por completo y con ello imposibilita su aplicación en los casos en que el derecho no le puede pedir al ciudadano lo que el mismo

22) CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. Págs. 269 y 270.

mo legislador o juez no serían capaces de hacer.

Para finalizar este capítulo hagamos una breve referencia a las llamadas excusas absolutorias, que son circunstancias que impiden la aplicación de una sanción a una conducta estimada como delictiva (23). Son circunstancias tales que el estado no sanciona por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal (24). No vale el esfuerzo de referirse a ellas en el presente trabajo, ya que solamente se aplican cuando la ley las señala y es el caso que respecto de los atentados al pudor no existe ninguna y por eso son inaplicables a este delito.

23) OSORIO Y NAFIO, César Augusto. Op. Cit. Pág. 108.

24) CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. Pág. 278.

CAPITULO SEXTO

JURISPRUDENCIA

C A P Í T U L O V I J U R I S P R U D E N C I A

La jurisprudencia y la doctrina no son fuentes de derecho penal, pero la primera permite conocer los aciertos y los errores del ordenamiento positivo, promoviendo su reforma (1); pero como máximo tribunal de justicia, la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales Colegiados de Circuito interpretan jurisdiccionalmente al derecho escrito; por eso nos dice el maestro Castellanos Tena que es la que llevan a cabo los jueces y tribunales en su diaria tarea de impartir justicia. Para lograrla, generalmente toman en cuenta la interpretación legislativa, si existe, y la doctrinal, si la hay así como su propio criterio (2).

La interpretación jurisdiccional o judicial puede ser hecha por cualquier tribunal en el momento de dictar justicia en sus resoluciones; pero la que forma la jurisprudencia es aquella que en los términos de ley, van dictando la Suprema Corte de Justicia de la Nación o en su caso, los Tribunales Colegiados de Circuito.

Pasemos a relacionar y comentar las tesis que hemos podido rastrear en relación a los atentados al pudor:

1) *ARRANCA Y TRUJILLO, Real. Op. Cit. Pág. 175.*

2) *CASTELLANOS, Ferrando. Op. Cit. Pág. 85.*

Primera Tesis:

ATENTADOS AL PUDOR, Y TENTATIVA DE VIOLACION, INCOMPATIBILIDAD DE LOS DELITOS DE.

"El delito de atentados al pudor y la tentativa de violación por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto que en el primero no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, y en la segunda se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo".

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. VII, Pág. 94. A.D. 2985/57. Nicolás Gabaldón. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXIV, Pág. 187. A.D. 5285/58. Blas Navarro Roque. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXIX, Pág. 13. A.D. 4388/59. Heriberto Román Antúnez. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLV, Pág. 21. A.D. 7655/60. Eugenio Romero Zaccarias. Unanimidad de 4 votos.

Vol. LVII, Pág. 12. A.D. 7932/61. Juvencio Pedro Arellano Lázaro. Unanimidad de 4 votos (1).

Mediante esta tesis jurisprudencial es de observarse lo que en nuestro capítulo referente al concurso de delitos hemos afirmado, es decir, la imposibilidad de concurrencia entre los delitos de atentados al pudor y violación; a mayor abundamiento, el criterio jurisprudencial se extiende no solamente a la violación consumada, sino que incluye la

1) PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION. Apéndice al Sumario Judicial de la Federación. - Tesis de Ejecutorias 1917-1985. Segunda Parte II. Primera Sala. México 1985. Pág. 651.

exclusión al caso de la mera tentativa de los atentados al pudor y acertadamente indica que la diferencia entre un delito y otro radica en la aparición del deseo de llegar a la cópula o la ausencia de esta intención.

Segunda Tesis:

ATENTADOS AL PUDOR Y LESIONES.

"Viola garantías la sentencia que condena por los delitos atentados al pudor y lesiones, cuando este último es la prueba de la violencia física a la que sometida la ofendida, lesiones -- que se tomaron en cuenta para estimar la sufrida hipótesis, con pena agravada, contenida en el segundo párrafo del artículo 260".

Amparo directo 215.77. Lauro Santos Melo. 30 de agosto de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix.

Informe 1977. Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Pág. 3. (2).

Esta resolución no tiene el carácter de jurisprudencia toda vez que no ha reunido los requisitos de ley, pero sin embargo, nos llama la atención el criterio sostenido por el Tribunal Colegiado de Circuito, ya que es de nuestro punto de vista que una cosa es el tocamiento lascivo y otra las lesiones, y si bien las huellas dejadas se deben sancionar como indicador de la violencia empleada y aplicar la pena agravada, de ninguna manera son equivalentes la violencia y

su resultado, por lo que diferimos del criterio del susodicho Tribunal.

Tercera Tesis:

PERVERSION SEXUAL. NO DA LUGAR AL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA ENFERMOS MENTALES (CHIHUAHUA).

No es de aplicarse lo dispuesto por los artículos 554- y 555 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado de Chihuahua, que se refieren al procedimiento relativo a los enfermos mentales, si el acusado se le consideró como un perverso sexual más no un enfermo mental, para que pudiera suspenderse el procedimiento ordinario, e iniciarse el especial; y si bien esa perversión sexual padecida por el acusado en cierta forma es una anomalía mental, aún así, no se suente la hipótesis que la ley requiere para que pueda iniciarse el citado procedimiento especial, si dicho acusado no está anulado ni total ni parcialmente en sus facultades mentales; y en esas condiciones es correcto seguir el procedimiento ordinario (3).

Es de hacer notar que quien comete el delito de atentados al pudor, de alguna manera es un perverso sexual, que se conforma con el mero tocamiento sin dar cauce a la sexualidad normal mediante la obtención del coito, por lo que

esta tesis nos parece adecuada; de otra manera todos los sujetos activos del delito de atentados al pudor, tendrían -- que ser tratados como inimputables; por lo tanto, estamos -- de acuerdo con que no se les dé tal condición jurídica ya -- que no forzosamente están anulados de sus facultades mentales.

Es de hacer notar que es muy pobre el trabajo jurisprudencial respecto de los atentados al pudor, toda vez a que, -- por la propia naturaleza del delito, la mayoría de casos se resuelve antes de que las máximas autoridades jurisdiccionales resuelvan, pero de cualquier manera las tesis ubicadas -- transcritas en la presente investigación, de cierto modo -- contribuyen a aclarar algunas lagunas sobre el ilícito en -- cuestión.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Los atentados al pudor constituyen el delito que más incidencia tiene en la ciudad de México, sin embargo, - porque parece ser un delito leve, no se ha dirigido la política criminal de las autoridades a la lucha contra este ilícito, haciéndose más hincapié en conductas que son más espectaculares como lo son el robo a mano armada y la violación.

SEGUNDA.- No obstante lo anteriormente citado, por ser el delito que diariamente y con mayor frecuencia se comete, es necesario que los estudiosos del Derecho Penal y demás ciencias penales se avoquen al estudio de las causas y situaciones que van generando la comisión de este ilícito que no deja de ser una muestra del atraso psicosocial de una población, por lo cual es de desearse que sea erradicado de nuestra sociedad.

TERCERA.- Los atentados al pudor están regulados por el Código Penal para el Distrito Federal, siendo el criterio del legislador, que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual tratándose de víctimas mayores de doce años y la seguridad sexual de los menores cuando el sujeto pasivo es inferior a esa edad.

CUARTA.- El nombre con el que se menciona el delito en estudio no es el mismo y varía según el criterio de la doctrina y del legislador, conociéndosele bajo el rubro de atentados al pudor, actos libidinosos y otros nombres que lo único -- que hacen es generar confusión, por lo tanto se sugiere que se busque una sola forma de referirse a este ilícito.

QUINTA.- Si bien es cierto que es difícil conceptualizar claramente la palabra "pudor", no lo es más que la conducta descrita por el delito estudiado es bastante clara y definitivamente antisocial, por lo tanto, independientemente de los problemas que derivan del estudio doctrinario de este delito y de los que se derivan de la deficiente legislación sobre este ilícito, debe continuar contemplándose como conducta sancionada por el derecho penal.

SEXTA.- El delito de atentados al pudor solamente puede presentarse como delito consumado, no habiendo lugar a la tentativa, si bien la última reforma derogó la indicación al respecto, es el caso, que en el mundo de los hechos, no es posible aceptar su aparición bajo la forma de tentativa.

SEPTIMA.- Los atentados al pudor pueden cometerse bajo la forma de participación, aceptándose todas las posibilida--

des que la doctrina y el ordenamiento penal positivo señalan, como ejemplo de ellas tenemos a la instigación, al consejo o al mandato u orden; pero no obsta para que pueda cometerse por una sola persona por lo cual es un delito uniusubjetivo, con posibilidades de cometerse en participación.

OCTAVA.- Cabe el concurso entre los atentados al pudor y -- otros delitos, siendo frecuente su aparición junto con las lesiones, golpes y amenazas, pero no es posible su aparición con otros delitos sexuales, como lo son la violación, el incesto o el adulterio; a excepción del rapto, con el -- cual sí puede presentarse el concurso.

NOVENA.- Los atentados al pudor son un delito de acción, -- formal, instantáneo, pero que puede presentarse bajo la forma de continuado, de peligro y uniusubjetivo, la clasificación legal lo señala como delito sexual en el Distrito Federal y perseguible de oficio. Respecto de esta última característica del delito en estudio, se propone que sea perseguible a petición de la parte ofendida, pues resulta absurdo que siendo un delito considerado como leve y en el cual la aceptación o rechazo de la ofendida es fundamental, se persiga de oficio.

DECIMA.- Casi el total de excluyentes de responsabilidad pueden presentarse en los atentados al pudor, lo mismo formas de ausencia de conducta, que casos de atipicidad, de causas de justificación, inimputabilidad; a excepción de las llamadas excusas absolutorias, ya que éstas solamente se aplican cuando la ley específicamente las contempla y es el caso -- que no lo hace así respecto de los atentados al pudor.

DECIMA PRIMERA.- El trabajo de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito no es abundante respecto de resoluciones sobre casos de atentados al pudor, sin embargo, en los pocos casos en que se ha establecido un criterio, siempre se ha hecho con acierto y responsabilidad.

APENDICE

Hago notar al H. Jurado que tenga a bien a examinar me para obtener la Licenciatura de Derecho, que el análisis del tipo Penal que tratamos en este trabajo, fue realizado y terminado antes de las reformas del día 20 de diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero de 1991, por lo que el sustentante no tomó en consideración dichas reformas para la elaboración de esta Tesis; y por razones metodológicas me permito transcribir el texto anterior y así como el vigente de los artículos 260 y 261, a efecto de quedar actualizado:

Art. 260. Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecuta en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicará de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos.

Art. 261.- El delito de atentado contra el pudor sólo se castigará cuando se haya consumado.

VIGENTES.

Art. 260.- Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

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

Art. 261.- Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

B I B L I O G R A F Í A

- 1.- CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Delito*. Ed. Argos. Cali. s.l.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa. México. 1980.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. *Código Penal Anotado*. Ed. Porrúa. México, 1978.
- 4.- CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Ed. Porrúa. México. 1987.
- 5.- CASTRO ZAVALA, S. *La Legislación Penal y la Jurisprudencia*. Cárdenas Edit. y Dist. México, 1983.
- 6.- *DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO HACHETTE-CASTELL*. s.l. - 1981.
- 7.- *DICCIONARIO DE PSICOLOGÍA*. Fondo de Cultura Económica. México, 1974.
- 8.- *DICCIONARIO UNESCO DE CIENCIAS SOCIALES*. Ed. Planeta-Agostino. Madrid, 1987.
- 9.- FROMM, Erich. *Psicoanálisis de la Sociedad Contemporánea*. Fondo de Cultura Económica. México. 1987.
- 10.- GONZALEZ BLANCO, Alberto. *Delitos Sexuales*. Ed. - Porrúa. México, 1974.
- 11.- GONZALEZ DE LA VEGA, René. *Comentarios al Código Penal*. Cárdenas Edit. y Dist. México. 1981.

12.- GONZALEZ DIAZ LOMBARDO L., Francisco Xavier. *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*. Ed. Limusa. México, 1986.

13.- JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa. México, 1984.

14.- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*. Ed. Trillas. México, 1986.

15.- MARTINEZ ROARO, Marcela, *Delitos Sexuales*. Ed. Porrúa. México. 1975.

16.- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Cárdenas Edit. y Dist. México, 1985.

17.- OSORJO Y NIETO, César Augusto. *Síntesis de Derecho Penal*. Ed. Trillas. México, 1984.

18.- PORTE PETIT, Celestino, *Estudio Dogmático del Delito de Rapto Propio*. Ed. Trillas México. 1984.

19.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Estudio Dogmático sobre el Delito de Violación*. Ed. Porrúa. México. 1985.

20.- ROCHER, Cuy. *Introducción a la Sociología*. Ed. Herder. Barcelona, 1978.

21.- ZAFFARONJ, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Cárdenas Edit. y Dist. México, 1986.

LEGISLACION

- 1.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ed. Porrúa. México, 1984.
- 2.- PENAL PRACTICA. Andrade. México, 1989.
- 3.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO, Edición del Gobierno del Estado de México, Toluca, s.f.

JURISPRUDENCIA

- 1.- JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES 1974-1975. - Actualización IV Penal. Mayo Edic. México, 1983.
- 2.- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Tesis de Ejecutorias 1917-1985. 1a. Sala. México, 1985.

HEMEROGRAFIA

- 1.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. 3 de enero de --- 1989.