

5
2ej
881309



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL LOMAS VERDES

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

NUMERO DE INCORPORACION 8813-09

" DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL "

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
RICARDO CARRERA AVILA

DIRECTOR DE LA TESIS:
LIC. MERCEDES ARCE DEL RIO
REVISOR DE LA TESIS:
LIC. JUAN ARTURO GALARZA



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

INTRODUCCION	1
CAPITULO I.- RESEÑA HISTORICA DE LOS DELITOS SEXUALES	pág. 1
1.- Derecho Romano	pág. 1
2.- Derecho Europeo	pág. 3
3.- Derecho Precolonial	pág. 7
4.- Derecho Colonial	pág. 10
5.- Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931	pág. 11
6.- Reformas al Código Penal para el Distrito Federal del 3 de enero de 1989.	pág. 18
7.- Reformas al Código Penal del Distrito Federal del 21 de enero de 1991.	pág. 27
CAPITULO II.- ABUSO SEXUAL	pág. 34
1.- Concepto	pág. 34
2.- Sujetos	pág. 37
a) Sujeto Activo	pág. 38
b) Sujeto Pasivo	pág. 41
3.- Bien Jurídico Tutelado	pág. 43
4.- Derecho Comparado antes y después de las Reformas	pág. 46
CAPITULO III.- ESTUPRO	pág. 49
1.- Concepto	pág. 49

2.- Sujetos	pág. 59
a) Sujeto Activo	pág. 60
b) Sujeto Pasivo	pág. 65
3.- Bien Jurídico Tutelado	pág. 66
4.- Derecho Comparado antes y después de las Reformas	pág. 67
CAPITULO IV.- VIOLACION	pág. 72
1.- Concepto	pág. 72
2.- Sujetos	pág. 77
a) Sujeto Activo	pág. 77
b) Sujeto Pasivo	pág. 90
3.- Bien Jurídico Tutelado	pág. 93
4.- Violación Ficta	pág. 95
5.- Violación por Equiparación	pág. 99
6.- Agravantes en el Delito de Violación	pág. 102
7.- Derecho Comparado antes y después de las Reformas	pág. 104
CAPITULO V.- HOSTIGAMIENTO SEXUAL	pág. 106
1.- Concepto	pág. 106
2.- Sujetos	pág. 110
a) Sujeto Activo	pág. 110
b) Sujeto Pasivo	pág. 111
3.- Bien Jurídico Tutelado	pág. 112

4.- Derecho Comparado antes y después de las Reformas	pág. 113
CONCLUSIONES	pág. 115
BIBLIOGRAFIA	pág. 119
Diarios Oficiales	pág. 121
Legislación Consultada	pág. 121

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

Ante las constantes protestas de los " grupos feministas ", consistentes en exigir verdad e ra justicia en lo tocante a la violación de la Libertad Sexual, fueron creadas por la Procuraduría General de - Justicia del Distrito Federal, las Agencias Especializadas en Delitos Sexuales, logrando, por ende, que el legislador pusiera atención en estos delitos, que habían - quedado en el olvido.

Fué en el año de 1990, cuando sa lieron a la luz las primeras reformas importantes al Código Penal para el Distrito Federal, el cual se había -- quedado atrás en la carrera contra el tiempo, las normas ya no respondían a las necesidades de la sociedad y con - la confianza otorgada por las Agencias Especializadas en Delitos Sexuales, las cifras de denuncias resultaron -- alarmantes.

El legislador, preocupado por es ta situación, se avocó a la reforma de los entonces llama dos Delitos Sexuales, aumentando las sanciones en cuanto a tiempo de prisión y creando nuevos tipos, tales como, - la "Violación Ficta" y posteriormente (1991) el " Hostiga miento Sexual", con lo que podemos afirmar que el derc

cho a la libertad sexual de las personas de tres años a la fecha se ha venido revaluando.

Loable resultó el propósito del legislador, al tender procurar mayor protección a las víctimas de estos delitos; creando un ambiente de confianza y justicia al evitar que estos crímenes quedaran en el anonimato e impunes.

Antiguamente, solo la mujer era protegida en su sexualidad, en la actualidad esa protección también se le ha proporcionado al hombre; sin embargo, cabe preguntarnos, hasta qué punto las reformas fueron benéficas; hasta qué punto las reformas vinieron a enmendar defectos y a llenar lagunas de la ley.

Pués bien, el propósito del presente trabajo, es el realizar un análisis profundo de las reformas de los Delitos contra la Libertad Sexual y dado que los delitos de Adulterio y de Incesto no han sufrido reformas, no existe razón para avocarnos a su estudio, amén de que existe amplia bibliografía al respecto y su estudio carecería realmente de aportación.

El presente trabajo, representa realmente un reto, difícil de vencer, toda vez que hasta el momento no ha sido publicado estudio alguno de los De-

litos en contra de la Libertad Sexual, tal y como quedaron después de las reformas sufridas. Para ello, partiremos del estudio de estos delitos a través de la historia, analizaremos cada uno de ellos en lo referente a los conceptos, sujetos y bienes jurídicos tutelados; estableceremos puntos de comparación antes y después de las reformas, veremos los pro y los contra, para finalizar haciendo algunas proposiciones.

C A P I T U L O

I

RESEÑA HISTORICA
DE LOS
DELITOS SEXUALES

CAPITULO I

RESEÑA HISTORICA DE LOS DELITOS SEXUALES

- 1.- DERECHO ROMANO.
- 2.- DERECHO EUROPEO.
- 3.- DERECHO PRECOLONIAL
- 4.- DERECHO COLONIAL.
- 5.- CODIGOS PENALES DE 1871, 1929 y 1931
- 6.- REFORMAS AL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEL 3 DE ENERO DE 1989.
- 7.- REFORMAS AL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEL 21 DE ENERO DE 1991.

1.- DERECHO ROMANO.- Como es conocido, el Imperio Romano no tuvo el esplendor en Derecho Penal, como lo obtuvo en el Derecho Civil; sin embargo, en virtud de que el Derecho Penal resulta necesario para la convivencia social, dado que protege los intereses más importantes para el ser humano, como lo son la libertad, la vida, la integridad corporal, etc.; el Derecho Punitivo resultó ser para los Romanos un derecho natural espontáneo.

En la Roma antigua, existieron, por ejemplo: La Ley de las XII Tablas, que data del siglo V antes de Cristo; cuya fundamentación principal y límite del Derecho Punitivo resultaba ser la "Ley del Talión" y la composición. La "Ley del Talión" consistía en causar el mismo daño que se había recibido, de ahí que su máxima sea "ojo por ojo, dientes por diente". La composición era la imposición de penas pecuniarias, cuyo mon-

to variaba según la posición económica y de clase social que tuviera el sujeto activo del delito.

Tiempo después, los Romanos hicieron un cambio, ahora la pena era aplicada por el Estado, de tal forma que cambian de la Pena Privada a la Pena Pública, estableciendo por primera vez en la historia los requisitos de procedibilidad, pues distinguían entre delito Público y delito Privado, dependiendo del interés tutelado o dañado.

El Digesto, que data del año 530 antes de Cristo, consagró la legislación Sustantiva en materia Penal en su libro 47 y la legislación Adjetiva en el libro 48. Existían disposiciones referentes a la tentativa, a la legítima defensa y a la inimputabilidad.

Para los Romanos, el respeto a la libertad sexual, carecía de importancia, para ellos, lo realmente importante era la fidelidad y la honra de su mujer, de tal forma que:

"Según Papiniano, una mujer que oyera que había muerto su marido y se casara con otro, y después volviera el primer marido, no es digna de castigo, salvo si se probare "que la fingida muerte del marido dió pretexto para celebrar las nupcias, hecho con el

que padece su honestidad..." "Ulpiano resuelve el caso del conyugicidio por adulterio en que el marido deja ir al cómplice diciendo: "porque debió airarse también contra su mujer", (1)

2.- DERECHO EUROPEO. - En Grecia, en el siglo XI antes de Cristo, Licurgo estableció como sanción el celibato y la piedad, para aquellos esclavos adolescentes que cometían el delito de robo, en tanto no se les declaraba impunes,

Por su parte, España a lo largo de diversas legislaciones punitivas, consagró varias disposiciones en las que tutelaba no solo la honra del hombre, sino también la libertad sexual, así tenemos que: "Fuero Juzgo, - Libro III, título IV, De los adulterios é de los fornicios". "Ley XIV: Si el omne libre o siervo fiziere fornizio ó adulterio con la mujer libre".

"Si algún omne fiziere fornizio ó adulterio con la mujer libre, si el omne es libre recibirá C. azotes, é sea dado por siervo a la mujer que fizió fuerza; é si es siervo, sea quemado en fuego y el omne -

(1).- Carrancá y Trujillo, Radl.-"Derecho Penal Mexicano Parte General", -8a. Edición, Editorial "Libros de México México, 1967, - Págs 57 y 58.

libre que por malfecho fuere metido en poder de la mujer en ningún tiempo non pueda casar con ella. E sí por aventura ella se casar con él en alguna manera, pués quel recibiere por siervo, por pena desde fecho sea sierva con todas sus cosas de los herederos más propinquos".

"Fuero Viejo de Castilla",

"Libro Segundo.- Título II.- Los que fuerzan las Mugerres"

"Ley III: Este es fuero de Castiella"

"Que si alguno fuerza muger, é -
la muger dier quere~~lla~~ al marino del Rey, por tal racon_ como esta, o por quebrantamiento de camino, o de Ygresia, puede entrar el merino en las behetrias, o en los solares de los Fijos dalgo empos del malfechor para facer -- justicia, é tomar condicho, más devalo pagar luego: é - aquélla muger, que dier la querella, que es forçada, si fuer el fecho en yermo, ú la primera Viella, que llegare, deve echar las tocas, é en tierra arrastrarse, é dar apellido diciendo: Fulan me forco, si le conoscier, si nonl conoscier, deiga la señal de él; é si fuer muger virgen, deve mostrar su corrompimiento a bonas mugeres, las mejures que fallare, e ellas probando esto, devel responder aquel, a que demanda, é si ella ansí non lo ficier, non es la querella entera; e el otro puedese defender; e si lo conocier el facedor, o ella lo provare con dos va-

rones, o con un varon, e dos mugeres de buelta, cumpresua prueba en tal racon. E si el fecho fuer en logar poblado, deve ella dar voces, e apellido, alli dó fuer el fecho e arrastrarse diciendo: Fulan me forcó, e cumplir esta querella enteramente, ansí como sobredicho es, e si non fuer muger, que non sea virgen, deve cimplir todas estas cosas, fuera de la muestra de catarla, que deve -- ser de otra guisa; e si este que la forcó se pudier aver, debe morir por ello, e si pon lo pudiere aver, deven dar a la querellosa trescientos sueldos, e dar a él por malfechor, e por enemigo de los parientes della; e quando podiere aver los de la justicia del Rey, matarle por ello".

"Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X el Sabio".

"Séptima Partida, Título XX, De los que fuerzan a llevar robadas las virgenes, o las mugeres de orden, o las biudas que ñiven honestamente".

"Ley I, Que fuerza es esta que fazen los omnes a las mugeres e cuantas maneras son della,,,"

"Ley II, Quien puede acusar a los que fazen fuerza a las mugeres, ó ente quien los pueden acusar..."

"Ley III, Que pena merescen los que forcaren alguna de las mugeres sobre dichas e los ayudadores dellos..."

"Ordenamiento de Alcalá".

"Del Rey Alfonso XI dado en Alcalá de Henares el ----
8-2-1386".

Títol XXI. Ley II. De los que facen yerros con alguna m
ugier de casa de su Sennor, que pena debe aver".

"...que los que viven con otros se atreven facer mal de-
fornicos con las barraganas o con las parientas, o con
las sirvientas de aquellos, con quien viven...quel maten
por ello ...". (2)

Como hemos podido apreciar el Fue
ro Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, la Ley de las Sie-
te Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, consagran san-
ciones para el delito de violación, señalando como penas
el pasar a ser sirvo o esclavo de la víctima, y la pena
de muerte; resulta notable la precisión con que regulaba
el requisito de procedibilidad llamado Querrela, para p
oder proceder en contra del sujeto activo; destacando --
igualmente la posición de considerar solo y exclusivament
e a la mujer como sujeto pasivo del delito.

Por su parte el Código Penal Ital
iano, considera como víctima a sujeto pasivo del delito

(2).- Kvitko, Luis Alberto.- "La Violación",
Editorial Trillas.-Primera Reimpresión, México 1991, --
Págs. 15 y 16.

a personas de ambos sexos, mientras que España sigue con siderando hasta la fecha exclusivamente a la mujer como sujeto pasivo del delito de Violación, al igual que el Código Penal Alemán.

3.- DERECHO PRECOLONIAL.- Poco se sabe del Derecho Precolonial, pues con la Conquista, los Españoles destruyeron toda aquella manifestación de cultura de los pueblos conquistados; prueba de ello lo es el hecho de que los Españoles construyeran su principal Ciudad, justo encima del Templo Mayor de la cultura Azteca; destrozaron edificios, ídolos y todo vestigio que pudiera hacerles recordar la grandeza de nuestros antepasados.

Don Bernal Díaz del Castillo, cronista de la conquista, narra que para los texcocanos existía un Ordenamiento Punitivo, conocido ahora como "Código Penal de Netzahualcōyotl"; nos señala que los Jueces tenían amplio arbitrio judicial para imponer penas; sanciones excesivamente crueles entre las que se en contraban principalmente, la muerte, la esclavitud, la confiscación, el destierro, lapidación y muerte por estrangulamiento,

De las ordenanzas de Netzahualcō-

yotl, reproducidas por Don Fernando de Alva Ixtlilxōchitl tomamos por vía de ejemplo las siguientes:

"I.- La primera, que si alguna mujer hacía adulterio a su marido viéndolo él mismo, ella y el adúltero fuesen apedreados en el tianguis (mercado)",

"II.- La adúltera y el cómplice, si fuesen aprehendidos por el marido en el delito, muriesen apedreados y para la justificación fuere bastante la denuncia del marido; pero si éste no los aprehendiese en el delito, sino que por sospecha los acusase a los jueces y se averiguase ser cierto, muriesen ahorcados",

"4.- Al adúltero si lo cogía el marido de la mujer en adulterio con ella, morían ambos apedreados; y si era por indicios o sospecha del marido y se venía a averiguar la verdad del caso, morían ambos ahorcados y después los arrastraban hasta un templo que fuera de la Ciudad estaba, aunque no los acusase el marido, sino por la nota y mal ejemplo de la vecindad; el mismo castigo se hacía a los que servían de terceros o terceras",

"5.- Los adúlteros que mataban al adúltero, el varón moría asado vivo y mientras se iba asando lo iban rociando con agua y sal hasta que allí perecía; y a la mujer la ahorcaban; y si eran señoras o caballeros lo que habían

adulterio, después de haberles dado el garrote les quemaban los cuerpos, que era su modo de sepultar".

"24.- No bastaba probanza para el adulterio, si no los tomaban juntos y la pena era que públicamente los apedreaban".

"34.- Apedreaban a las que habían cometido adulterio a sus maridos, juntamente con el que con ella había pecado".

"35.- A ninguna mujer ni hombre castigaban por este pecado de adulterio, si sólo el marido de ella acusaba, sino que había de haber testigos y confesión de los malhechores, y si estos malhechores eran principales, ahogábalos en la cárcel".

"36.- Tenía pena de muerte el que mataba a su mujer por sospechas o indicios, y aunque la tomase con otro, sino que los jueces lo habían de castigar", (3)

Por su parte, los tlaxcaltecas imponían la pena de muerte mediante ahorcamiento, lapidación, decapitación y descuartizamiento, a aquel que mataba a su mujer aun cuando la hubiese encontrado en adulterio, a los que cometían adulterio, a los que cometían in

(3).- Carrancá y Trujillo, Raúl.- Ob. Cit, Págs. 73, 74- y 75.

cesto en primer grado, es decir padres e hijos y para -- aquellos que utilizaban ropas propias del sexo opuesto. --

La Cultura Maya, también tomó cartas en el asunto del delito de adulterio, no con la -- crueldad del pueblo azteca y tlaxcalteca, sino que de-- ba al hombre ofendido la facultad de perdonarlo o matar-- lo; mientras que a la mujer adúltera se le exhibía ante el pueblo como una mujer infiel, considerando que su vergüenza era pena suficiente.

De lo anterior, podemos desprender que no existía antes de la Colonia, una protección a la Libertad Sexual, lo importante era la deshonor en que -- caía el hombre ofendido por adulterio; se sancionó igual mente el incesto, por considerarlo un atentado contra -- los dioses,

4.- DERECHO COLONIAL.- Lógicamente, con la conquista, los Españoles no solo destruyeron nuestra cultura, sino también impusieron su religión y -- su Derecho, de ahí que las disposiciones aplicables en aquel entonces fueron las españolas tales como El Fuero-Real, Las Partidas, El Ordenamiento de Alcalá, Las Ordenanzas Reales de Castilla, La nueva Recopilación y la Novísima Recopilación,

No obstante, en la aplicación de penas, se hacía gran diferencia en relación a la raza, - esto es, a los "indios" se les imponían las penas más - crueles, de ahí que, gracias a los Frayles, se logró la - creación de las famosas "Leyes de Indias", mismas que - eran de aplicación exclusiva para los indígenas; sin em- bargo estas leyes consagraban derechos mínimos para los - naturales, de forma tal que en forma supletoria eran - aplicados los Ordenamientos Españoles,

Así tenemos que, la Ley de las Sie- te Partidas tipificaba en relación a los delitos en con- tra de la libertad sexual los siguientes: el adulterio, - la violación, el estupro, la corrupción y la sodomía; no obstante, si la ofensa la realizaba un español contra - una indígena, no se le aplicaba pena alguna y por el con- trario, la víctima era repudiada por los miembros de su- raza, recordando con ello a aquella doncella traidora -- llamada Malintzin o Malinche,

5. - CODIGOS PENALES DE 1871, 1929-
y 1931

Una vez culminada la Independencia, nació la necesidad de crear nuestra propia legislación - de ahí que el entonces Presidente de la República, Don - Benito Juárez, ordenó se formara una comisión redactora -

del Código Penal, en el año de 1861, sin embargo los trabajos de esta comisión fueron interrumpidos por la Intervención Francesa; y no fué sino hasta el año de 1868 que se reorganizó la Comisión Redactora del Código Penal de 1871, el cual entró en vigor hasta el 10. de abril de 1872.

Es en este Ordenamiento en que por primera vez en México se maneja la pena de prisión con características correccionales y de rehabilitación, proporcionándole a los presos un trabajo lucrativo y honesto, produciendo con él un pequeño capital que les serviría para abrirse paso al momento de obtener su libertad,

El Código Penal de 1871, es conocido también como el Código de Martínez Castro, toda vez que fué éste el Presidente de la Comisión Redactora; este Ordenamiento punitivo se apegó a los lineamientos clasistas, siguiendo con ello la postura o tendencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Su regulación sería para toda la República por lo que hacía a los Delitos en contra de la Federación y para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, para delitos del fuero común.

"El Código Penal Mexicano de 1871, en el título VI de su libro III, bajo el epígrafe común de delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres, incluía en capítulos distintos las siguientes infracciones: I. Delitos contra el Estado Civil de las personas (suposición, supresión, sustitución, ocultación y robo de infantes, así como cualquier otro hecho contra el estado civil de las personas); II. Ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres (exposición, venta o distribución de objetos obscenos y ejecución pública de acciones impúdicas); III, Atentados al pudor, estupro y violación; IV. Corrupción de menores; V. Rapto; VI, Adulterio; VII, Provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio. Puede observarse que a estos delitos corresponden formas muy variadas de acciones típicas y también muy heterogéneas especies de bienes jurídicos objeto de la tutela penal, pues algunos conciernen a la honestidad o moralidad pública, otros a la libertad o seguridad sexuales, otros son protectores de las formalidades matrimoniales o del carácter monogámico del matrimonio y, por último, algunos atañen a la prevención general de cualquier especie-

de delitos o vicios". (4)

En efecto, los delitos contra la Libertad Sexual, en el Código de 1871, fueron previstos por este ordenamiento en forma sumamente desorganizada, confundiendo en muchas ocasiones el Bien Jurídico Tutelado.

Con el surgimiento de nuevas escuelas penales, ahora con postulados positivistas, nuestro Derecho Punitivo no podía dejar de adoptar este nuevo sistema; de ahí que en forma precipitada se efectuó un tremendo cambio en nuestra legislación.

Fue el Licenciado Emilio Portes Gil, quien entonces era el Presidente de la República, quien ordenó a fines del año de 1925, se formara una Comisión Redactora, para la creación del Segundo Código Penal en nuestro País; mismo que por decreto presidencial del 9 de febrero del año de 1929, fue publicado en el Diario Oficial el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929,

La Comisión Redactora de este Ordenamiento Punitivo, fue presidida por el ilustre Licenciado

(4).- González de la Vega, Francisco, "Derecho Penal Mexicano", - Editorial Porrúa, 17a. Edición, México, 1981.- Pág. 308.

do José Almaraz,

Esta Ley Sustantiva Penal, como ya dijimos, fué creada bajo los postulados del positivismo; de ahí que fuera sometido a muchas críticas; puesto que si bien es cierto que fué creado bajo los postulados del positivismo, los lineamientos utilizados para su formación eran los más antiguos de esa escuela clásica, amén de que contravenía en gran medida a la Constitución de nuestro País, dado que, ésta se basa en los lineamientos clasistas,

Por tal situación, la desaparición de este Código fué demasiado temprana, ya que primeramente se trató de enmendar dichos errores, pero en realidad eran tantos, que dieron origen a otro Código Penal, el de 1931,

Sin embargo, no obstante sus defectos, este ordenamiento punitivo, dió origen al término más perfecto que haya podido existir, al consagrar a los delitos Sexuales bajo el rubro de "Delitos Contra la Libertad Sexual"; incluyendo en este título, los atentados al pudor, el estupro, la violación, el rapto y el incesto,

Bajo el título de "Delitos Contra-

la Moral Pública" incluyó: los ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres, la corrupción de menores, el homicidio y provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio; bajo el rubro de "Los Delitos Cometidos contra la Familia" consagró los delitos contra el Estado Civil de las personas, abandono de hogar, adulterio, bigamia y otros matrimonios ilegales.

El Código Penal de 1931, entró en vigor el día 17 de septiembre del mismo año, siendo en aquel entonces Presidente de la República el Ingeniero Pascual Ortiz Rubio, Este ordenamiento Sustantivo Penal, es el vigente en el Distrito Federal; se realizó bajo postulados totalmente eclécticos, procurando conservar al máximo el positivismo en todo aquello que no contravenía el clasicismo de nuestra Carta Magna.

"A este respecto el nuevo Código siguió un cambio equidistante, criticado por los positivistas; quienes no se daban tregua hasta ver abolidas de la legislación la "capacidad de comprender y querer" como sinónimos de libertad moral, y la "pena" en su concepción tradicional ético-retributiva. También fue censurado por los idealistas, que luego de reducir la realidad natural o proceso espiritual, no justificaba un dualismo

entre espíritu y naturaleza y patrocinaron la introducción de la pena correctiva". (5)

Consagró a los delitos contra la libertad sexual bajo el rubro de "Delitos Sexuales" rubro que fué criticado durante 60 años, toda vez que con él "trasciende a un primer plano el instinto fisiológico que impulsa las conductas de los sujetos activos de los diversos delitos que recoge. Se abandona plenamente en aras de un sistema que, además de ser exótico a la estructura del Código, es ajurídico y enraiza en la fisiología de los instintos eróticos, el correcto criterio del bien jurídico objeto de título penal,,,". (6)

La anterior opinión, se debe a que el título de "Delitos Sexuales" hace referencia a la postura causalista, toda vez que en dicho título se consagra la causa o motivo por el cual se delinque; sin hacer referencia a los Bienes Jurídicos Tutelados por estos delitos que son la libertad sexual y la seguridad sexual.

(5).- Bottiol, Guiseppe,- "Derecho Penal", Parte General. 4a. Edición, Editorial Temis,- Bogotá, 1965.- Pág. 25.
 (6).- Jiménez Huerta, Mariano,- "Derecho Penal Mexicano".- Tomo III,,- Editorial Porrúa, 2a. Edición, México, 1974, Pág. 217.

6.- REFORMAS AL CODIGO PENAL PARA-
EL DISTRITO FEDERAL DEL 3 DE ENERO DE 1989.

Con el paso del tiempo y el crecimiento desmedido de la población, el legislador se vió - en la necesidad de enmandar errores y responder en el Orden punitivo a las necesidades de esa sociedad.

Se ha dicho que no es cierto que - la comisión de delitos contra la Libertad Sexual, han aumentado; que lo que ocurre es que en la actualidad se -- han dado más facilidades y seguridad, para que se denuncien estos crímenes y que por tanto, lo que ha aumentado es la denuncia de este tipo de delitos.

Sea cual fuere la causa, la verdad de las cosas es que desde el año de 1931, en que inició la vigencia de nuestro Código Punitivo, casi no se ha-- bían hecho reformas, quedándose atrás la legislación, de las necesidades de la sociedad; supliéndose lagunas y - errores por un sinfín de jurisprudencias.

Las primeras reformas importantes - que se le hicieron a los delitos que tutelan la Libertad o Seguridad Sexual, fueron las que se hicieron por el Artículo Primero del Decreto del 30 de diciembre de 1988, - publicado en el "Diario Oficial" de fecha 3 de enero de-

1989, mismas que entraron en vigor el día 10, de febrero de 1989.

Los delitos siguieron conservando el mismo título, "Delitos Sexuales", los delitos que sufrieron alteración fueron los siguientes:

ATENTADOS AL PUDOR: Artículo 206 del Código Penal.

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

"Si se 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".

DESPUES DE LA REFORMA: "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 pr

sión".

Antes de la Reforma, el numeral a-
comento señalaba como sujeto pasivo del delito una "per-
sona púber o impúber" sin ningún sentido de la distin-
ción toda vez que la pena seguía exactamente igual; ha-
blaba de actos eróticos-sexuales pero sin finalidad algu-
na; de tal forma que con la reforma, ya se consagra en -
el tipo la intención u objetivo pretendido que es la in-
tención lasciva, por lo que considero que la reforma re-
sultó atinada. Con anterioridad sólo se sancionaba la -
conducta activa, es decir, hacer; con la reforma ahora -
también es obligarlo a ejecutarlo.

En cuanto a la pena, antes se apli-
caba pena privativa de libertad de 3 días a 6 meses de -
prisión y una sanción accesoria de \$5.00 a \$50.00; des-
pués se otorga una sanción alternativa que consistía en-
15 días al año de prisión o de 10 a 40 días de trabajo-
en favor de la comunidad. Esto era para el caso de no -
utilizar violencia, pues si se utilizaba, la sanción an-
tes de la reforma era de 6 meses a 4 años de prisión y -
multa de \$50.00 a \$1000.00; después de la reforma la pe-
na privativa de libertad en su mínimo se vio aumentada a
1 año y desaparece la pena pecuniaria.

Artículo 261 del Código Penal.

ANTES DE LA REFORMA: "El delito de atentado contra el pudor sólo se castigará cuando se haya consumado".

DESPUES DE LA REFORMA: 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 hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión".

Antes de las reformas el artículo 261 del Código Penal contemplaba un absurdo, toda vez, - que desde el punto de vista dogmático, es sabido que este delito requiere de un resultado material y por tanto no admite tentativa. En forma muy atinada con la reforma, fué utilizado este artículo para establecer una marcada diferencia cuando la víctima es púber o impúber, imponiendo mayor pena en caso de que el atentado al pudor se realice en menor de 12 años o en persona que no pueda resistirse a la conducta, estableciendo una pena de seis meses a dos años de prisión o de veinte a ochenta días -

de trabajo en favor de la comunidad, ésto si no se usaba violencia, pues si se utilizaba la pena sería de 2 a 7 años de prisión.

Con lo que en realidad no estoy muy de acuerdo es el que se fijen penas alternativas a la prisión, que son los trabajos en favor de la comunidad, pues ésto resulta, desde el punto de vista de la Política Criminal muy avanzado; sin embargo, en nuestro País, esta pena alternativa aún no ha sido instrumentada, resultando por tanto letra muerta.

VIOLACION.- Artículo 265 del Código Penal.

ANTES DE LA REFORMA.- "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos".

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

"Se sancionará con prisión de uno-

a cinco años al que introduzca por vía anal o vaginal -- cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violación física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido".

En realidad, creo que esta reforma fué la más importante que hayan realizado los legisladores en el año de 1989; pues crea la llamada "violación ficta", es decir el introducir un elemento o instrumento por vía anal o vaginal.

La reforma a comento, dá origen a dos transformaciones sumamente interesantes:

- En primer lugar, antiguamente solo el hombre, el varón, podía ser sujeto activo del delito de violación, toda vez que, éste es el único que cuenta con miembro viril; en la actualidad, la mujer puede ser también sujeto activo de este delito, cuando lo realiza introduciendo por vía anal o vaginal cualquier instrumento o elemento distinto al miembro viril,

- Viene a llenar una gran laguna existente en la Ley; pues antiguamente este acto solo era sancionado cuando causaba lesiones, y lo era por este delito, ya que para que se considerara atentado al pudor, se requería necesariamente ejecutarlo con alguna parte del cuerpo.

Por otra parte, la pena de violación genérica, se ve aumentada de modo tal que no se alcanzaba salida bajo fianza o caución ya que el término medio aritmético excedía de 5 años.

Artículo 266 del Código Penal.

ANTES DE LA REFORMA. - "Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

DESPUES DE LA REFORMA. - "Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de 12 años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad".

En primer lugar, del artículo a comento, se termina con el término variado y complicado de persona púber o impúber, estableciéndose la edad de 12 años; ahora bien, en cuanto a la pena, ésta se ve aumentada en caso de que se haga uso de violencia física o moral con persona menor de 12 años.

Artículo 266 Bis del Código Penal

ANTES DE LA REFORMA. - "Cuando la violencia fuere cometi-

da con intervención directa o inmediata de dos o más - personas, la prisión será de 8 a 20 años y la multa de - cinco mil a doce mil pesos. A los demás partícipes se -- les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este Código".

"Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis me ses a dos años de prisión cuando el delito de violación- fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente- por éste contra aquel, por el tutor en contra de su -- pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofen- dido en contra del hijastro. En los casos en que la ejer- ciera, el culpable perderá la patria potestad o la tute- la, así como el derecho de heredar al ofendido".

"Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeña un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstan- cias que ellos le proporcionen, será destituido definiti- vamente del cargo o empleo o suspendido por el término - de cinco años en el ejercicio de dicha profesión".

DESPUES DE LA REFORMA.- "Cuando la violación fuere con - intervención directa o inmediata de dos o más personas, - las penas previstas en los artículos anteriores se aumen

tará hasta en una mitad".

"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 su descendiente, por éste contra aquel, por el tutor en contra de su pupilo, por el padrastro o amasio 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 medio 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".

En realidad, aquí solo se aumentó la sanción para el delito de violación tumultuaria, aplicándole por tanto pena a todos los participantes en general.

Pues bien, en general, las penas fueron aumentadas; esto se debió principalmente a los reclamos de los "Grupos Feministas", quienes manifestaban-

que realmente representaba una burla e intranquilidad para las víctimas de violación el que el sujeto que habí cometido tal crimen pudiera obtener su libertad depositando una fianza o caución.

7.- REFORMAS AL CODIGO PENAL DEL -
DISTRITO FEDERAL DEL 21 DE ENERO DE 1991,

Las últimas reformas realizadas al Código Penal del Distrito Federal, fueron por Decreto del 22 de diciembre de 1990, publicadas en el "Diario Oficial" del 21 de enero de 1991, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

El título Décimo Quinto cambió su nombre de "Delitos Sexuales" para quedar como sigue:

"Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual",

Con ello, se adoptó un título correcto y congruente con los Bienes jurídicos tutelados que son la libertad sexual y la seguridad o salud psicosexual,

Por otra parte, el Capítulo I de dicho título, igualmente varió su nombre de "Atentados al Pudor, Estupro y Violación", por el de "Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación"

Con el nuevo título del capítulo -

adoptado, podemos apreciar fácilmente que se crea un nuevo tipo que es el "Hostigamiento Sexual" mismo que fué - incluido en el artículo 259 Bis del Código Penal, quedando como sigue:

"Al que con fines lascivos asediereiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica, derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquier otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días de multa, Si el hostigador fuese servidor público y utilice los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo".

"Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño".

"Solo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida".

Sobre este delito no ahondaremos más, toda vez que existe un capítulo especial para su estudio y tratamiento dogmático.

Por otra parte, el delito que habíamos venido conociendo con el nombre de Atentado al Pudor, cambia su nombre por el de Abuso Sexual; desaparece la intención puesto que se eliminan los términos de

"Intención Lasciva"; la pena aumenta de tres meses a dos años de prisión y desaparece la alternativa de conmutar la pena privativa de libertad por "trabajo en favor de la comunidad"; y en caso de realizar esta conducta mediante violencia física y moral, la pena se aumenta en una mitad más. La conmutación también desaparece cuando estos actos se ejecutan en persona menor de 12 años, que no pueda comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo,

En el delito de Estupro, previsto en el artículo 262 del Código Penal, desaparecen los elementos normativos consistentes en castidad y honestidad. El hecho de que solo el hombre podía ser sujeto activo del delito, se deja en forma tácita, al incluir en el delito de violación el concepto de cópula; por su parte el máximo de la pena se ve aumentado de 3 años a 4 años de prisión, permaneciendo el mínimo de la pena en 3 meses; en cuanto a la edad de la persona ofendida, se sigue conservando como máximo el de menor de 18 años y establece que el mínimo será de 12 años, este último señalamiento sale sobrando, toda vez que cuando se realiza la cópula con persona menor de 12 años, ya no existirá estupro, si no que será violación.

El artículo 263 del Código Penal, - también fué modificado; este numeral nos señala el requisito de procedibilidad llamado Querella. Antes de las reformas señalaba que solo procedería por queja de la mujer ofendida, de sus padres o de sus representantes legítimos y se señalaba como medio de extinción de la acción penal el matrimonio del sujeto activo, con el pasivo.

El código Penal vigente, es decir- ya con las reformas, al variar los sujetos del delito lógicamente tuvo que modificar este requisito de procedibilidad y en forma muy atinada, no autoriza al marido para formular la Querella, pues en dado caso, no existiría estupro, sino Adulterio.

Por lo que hace al delito de Violación, se aumenta la pena privativa de libertad, por lo - que toca exclusivamente a la "Violación Ficta", pues antes de la reforma tenía prevista una pena privativa de - libertad de uno a cinco años de prisión, pena con la que podía salir bajo fianza o caución el sujeto activo del - delito; perdiendo con la reforma ese derecho, toda vez - que la pena fué aumentada de tres a ocho años de prisión.

El artículo 265 del Código Penal, -

cubre una laguna, consagrando en su segundo párrafo el concepto de cópula; evitando confusiones y la necesidad de recurrir a la jurisprudencia para tal efecto, diciéndonos:

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

Por su parte, el artículo 266 de nuestro ordenamiento punitivo, conserva los mismos elementos del tipo, sólo cambia el formato estableciendo -- una fracción para cuando la cópula se realiza con persona menor de 12 años y una segunda fracción, cuando el sujeto pasivo no tiene capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, conservando la misma sanción,

Por lo que respecta al artículo -- 266 Bis, éste quedó como sigue:

"Las penas previstas para el abuso sexual (antes Atentados al Pudor) y la violación se aumentarían hasta en una mitad en su mínimo y máximo cuando;

"Fracción I, El delito fuere come-

tido con intervención directa o inmediata de dos o más - personas (tumultuaria)".

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

"Fracción III. El delito fuere co - metido por quien desempeñe un cargo o empleo público o - ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstan - cias que ellos le proporcionen . Además de la pena de pri - sión el condenado será destituido del cargo o empleo o - suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión".

La siguiente fracción o supuesto en razón a la calidad - que el sujeto activo guarda con el pasivo, fué creada re - cientemente por estas reformas:

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

depositada".

El Capítulo II del título que hemos venido tratando, mismo que se encontraba integrado por los artículos 267, 268, 269, 270 y 271 del Código Penal, y que se refería al delito de Rapto, fué derogado, para pasar a ser integrado en los delitos referentes a la Privación Ilegal de la Libertad.

Esta modificación resulta ser benéfica para el debido manejo y clasificación de los delitos, ya que independientemente del Rapto, antiguamente se aplicaba la pena del delito que hubiese cometido ya sea Violación, Atentado al Pudor o Estupro, y en realidad el Rapto no se encontraba bien ubicado, puesto que el bien jurídico que tutela no es la Libertad Sexual, ni la Seguridad Sexual, sino la Libertad de Tránsito,

En los capítulos subsecuentes, trataremos profundamente todos y cada uno de los delitos que atentan contra la Libertad o la Seguridad Sexual.

C A P I T U L O

II

ABUSO SEXUAL

cópula y que no tienden directamente a ella". (7)

Para el destacado penalista argentino Sebastián Soler son: "acciones corporales de aproximación o tocamiento, inverecundo, realizados sobre el cuerpo de otra persona". (8)

La mayoría de los autores opinan que la conducta en este delito debe de llevarse a cabo por tocamientos con intención lasciva, lúbrica somática; de forma tal que esos tocamientos se realicen en las partes pudendas o erógenas del sujeto pasivo y toda vez que este delito se consuma con el tocamiento, no es admisible la tentativa.

De tal forma, que las partes erógenas en el cuerpo humano femenino son: los senos, los glúteos, el pubis y la parte exterior de la vagina, como son los labios mayores o el clítoris, así como los muslos. En los hombres lo serán: el pene o miembro viril, los testículos y los glúteos.

Sin embargo, para los Maestros Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas, estos tocamientos

(7).- Ob. Cit. Pág. 336

(8).- "Derecho Penal Argentino". Tomo III, Editorial Argentina, - 2a Edición, Buenos Aires, 1970, Pág. 298.

pueden consistir en: "besar aplicando labios y lengua lbricante", (9)

Si bien es cierto que los labios y la lengua no son considerados como partes pudendas, opinamos que tal acto debe ser considerado como un acto sexual para efectos del delito a comento; puesto que, si con ese acto se está violando el respeto a la libertad de permitir que alguien goce de su cuerpo, tal conducta, resulta reprochable,

En tal virtud, podemos decir que será "cualquier acción lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo del sujeto pasivo; tales como caricias, manoseos y tocamientos corporales obscenos; o que el agente hace ejecutar en su víctima", (10)

Ahora bien, no basta realizar el tocamiento; pues tal conducta, necesariamente debe ir dirigida a obtener excitación, a satisfacer la propia lascivia o lujuria; sin ser necesario que tal satisfacción se obtenga realmente; esto significa que el sujeto activo - deberá de actuar con dolo específico, es decir, con vo-

(9).- "Código Penal Anotado".- Editorial Porrúa S.A.- Décima Segunda Edición, México, 1986. Pág. 633.

(10).- González de la Vega, Francisco.-"El Código Penal Comentado".- Editorial Porrúa S.A.- Séptima Edición; México. 1985. Pág. 371.

luntad y conciencia de que su acto concuerda con su propósito, excluyendo desde luego la intención de copular, - toda vez que si esta intención existe, estaríamos ante una tentativa de violación.

De lo anterior, podemos afirmar - que el delito a estudio, es en orden a la culpabilidad - un delito doloso; y por lo tanto, cuando por imprudencia o por accidente se ocasiona, no se configurará el mismo.

En mi opinión el término utilizado por el numeral que venimos tratando, de "acto sexual", - no resulta del todo correcto, toda vez que da origen a - un sinnúmero de conductas, que no necesariamente constituirían este delito, sino uno muy diverso, de tal forma que si se pretende limitar el contenido a efecto de no dejar a interpretación, propongo como término correcto "Tocamiento Lúbrico-somático".

Para concluir, solo nos resta decir que los elementos del tipo de Abuso Sexual son:

- Uno material u objetivo.- Consistente en tocamientos lúbrico-somático, que no tiende a la cópula; y
- Uno subjetivo, que es la voluntad y conciencia de satisfacer la lujuria o un deseo erótico sexual.

2.- SUJETOS.- Los sujetos del delito, no son elementos del mismo; son presupuestos que -

necesariamente deben de existir en un ilícito.

El Derecho Penal, solo sanciona la conducta positiva o negativa de un ser humano; pues solo éste puede ser responsable de su conducta, puesto que -- tiene conciencia y voluntad; sin embargo, para que su -- conducta sea reprochable, no basta con ser una persona, -- un ser humano, sino es preciso que goce de esa capacidad de querer su conducta y entender las consecuencias de su actuar; es decir, que sea imputable.

Ahora bien, esta conducta debe -- agredir o dañar en sus bienes, posesiones o derechos a -- otro ser humano, pues éste es el único que puede ser por -- tador del Bien Jurídico Tutelado.

De acuerdo a lo anterior, en un delito siempre existirá un sujeto activo y un pasivo.

a).- SUJETO ACTIVO.- Es conocido también como agente u -- ofensor; es aquel que con su conducta daña el interés -- personal o social.

En tiempos pasados y aún en algunos lugares (Francia, Estados Unidos de Norte América).- se consideran como sujetos activos a los animales. En -- nuestro país los animales son considerados exclusivamente -- como instrumentos de los que se sirve el hombre para-

realizar su conducta. Así lo preceptúa el artículo 301 - del Código Punitivo, que nos dice:

"De las lesiones que a una persona cause algún animal bravo, será responsable el que con esa intención lo azuce, o lo suelte o haga ésto último - por descuido".

Sin embargo la anterior disposición sólo es en lo relativo a las lesiones; pero qué ocurre cuando una persona obligue a un animal a realizar los tocamientos lúbrico-somáticos en otras personas.

Desde este punto de vista y si tomamos al animal como un instrumento del delito, en mi opinión, sí se constituiría el delito de Abuso Sexual, - si es que tal conducta lleva implícito el propósito de - satisfacer un deseo erótico-sexual, lascivo.

En cuanto al sujeto activo del delito hay dos clases a distinguir: Primario, el que lo comete y secundario, el que participa en él.

La expresión "Al que" señalada en el artículo 260 del Código Penal, refiere o ubica al sujeto activo del delito de Abuso Sexual; de tal forma que el sujeto activo será aquel que sin el propósito de llegar a la cópula , ejecute en una persona un acto sexual-

o la obligue a ejecutarlo.

El sujeto activo será aquella persona imputable que realiza con dolo específico los tocamientos en las partes pudendas de otra persona; o bien - el que obligue a otra persona a ejecutarlo.

Al respecto existe un aspecto que debemos analizar: Qué debemos entender por acto sexual. Como se dijo con anterioridad, el legislador sigue dando lugar a la interpretación,

Por acto sexual, podemos entender desde un beso, un tocamiento, e incluso un exhibicionismo; suponiendo que el sujeto activo, amagando con un arma al pasivo, la obligue a desnudarse, ya que su propósito lascivo consiste en apreciar dicha desnudez, sin tocarlo en ningún momento; en mi opinión, si el sujeto activo del delito obtuvo con ello su satisfacción erótica sexual, es posible que basándonos solo y exclusivamente en el dolo específico pueda configurarse como una conducta típica del Abuso Sexual.

Ahora bien, cuando el sujeto activo hace uso de violencia física o moral, la pena será agravada, imponiendo un aumento hasta de una mitad de la pena prevista para este ilícito.

Por violencia física entendemos, - toda fuerza física inferida a la víctima; y debe ser necesariamente inferida en el cuerpo de ésta y no a los objetos o cosas. Por violencia moral entendemos, los amagos o amenazas proferidas al sujeto pasivo; las amenazas deberán ser de causar un daño grave en su persona, en la persona de otro, en sus bienes o derechos; deberá ser de un grado tal que constriña el ánimo del ofendido.

b).- SUJETO PASIVO. - Como anteriormente dijimos, el sujeto pasivo, también recibe el nombre de ofendido o víctima; y es aquel que resiente el daño; es aquel portador del Bien Jurídico Tutelado.

En el delito a estudio, el Sujeto Pasivo es la que sin haber otorgado su consentimiento, - recibe en su cuerpo el acto sexual o es obligada a realizarlo,

Conforme al artículo 260 de nuestro Ordenamiento Punitivo, el sujeto pasivo es un sujeto indiferente, es decir, no importa el sexo que tenga, ni se le exige algún elemento normativo, ni calidad alguna.

Sin embargo, el artículo 261 del Ordenamiento antes invocado, nos enuncia unas circunstancias personales, por las cuales la conducta resulta -

cualificada y por tanto se impone mayor pena; a continuación se analizará cada una de ellas.

- Menor de 12 años de edad.- Para llegar a fijar esta edad, tuvieron que pasar muchos años, antiguamente se hablaba de persona impúber; sin embargo, ésto representaba un grave problema y una gran variación de criterios, -- amén de que la víctima, trás de haber sido ofendida tenía que sujetarse a la revisión de un médico necesariamente, para que éste determinara si era púber o no.

Por otra parte, el término que se había venido manejando, excluía a los adultos, toda vez que éstos, ni son impúberes, ni son púberes.

Definitivamente se señaló la edad de 12 años toda vez que, en México en promedio, la presencia de la pubertad se realiza a esa edad.

El numeral 261 del Código Penal, -- en ningún momento señala que sea necesario que sea sin su consentimiento, ésto se debe a que un menor de 12 años no puede producirse en forma consciente en su sexualidad, y por tanto, aun cuando haya otorgado su consentimiento la Ley lo protege.

- Persona que no tenga la capacidad de comprender el hecho.- Se podría pensar que el menor de 12 años, podría -

encuadrarse en este supuesto, puesto que debido a su edad, no tiene la capacidad de comprensión de los actos; sin embargo, este supuesto fué incluido por el legislador para referirse a los incapaces, a las personas enfermas mentales, las cuales no pueden comprender el hecho y por tanto, deben ser protegidas en su sexualidad.

- Que por cualquier causa no pueda resistir el hecho.-En mi opinión, la redacción de esta hipótesis no es la adecuada, puesto que da la idea de que la víctima no pudo soportar el acto; y esa, no es la pretención del legislador, pues lo que quiso decir es que el sujeto no pudo oponerse o resistirse al hecho. Así las cosas, dentro de este aspecto, podemos incluir a aquellas personas que se encuentran bajo un desvanecimiento, un estado de sueño, hipnotismo, narcosis, embriaguez, etc.

5.- BIEN JURIDICO TUTELADO.- por bien jurídico tutelado, debemos entender, el interés jurídico protegido, el objeto de la acción incriminable.

En el delito de Abuso Sexual, se ha dicho que el Bien Jurídico Tutelado puede ser el pudor, la libertad sexual y la seguridad sexual; sin embargo, es de desecharse el pudor pues como dice el Maestro Mariana Jiménez Huerta: "El delito puede también cometer

se sobre impúberes (que en la actualidad resultan ser - los menores de 12 años), esto es, sobre personas en las que todavía no ha surgido la sanción de pudor" (11)

En cuanto a la denominación de Libertad Sexual; opino que es un término también inadecuado, toda vez que no es posible asegurar que una persona entre los 12 y 18 años tenga aún la capacidad para producirse con libertad y conciencia en su sexualidad.

El Maestro Jiménez Huerta dá una - denominación totalmente distinta a las antes citadas al decir:

"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 una persona actos sexuales, ni - aun siquiera de índole periférica, pues dichos actos lesionan su efectiva libertad. Empero, la tutela penal también se extiende a los actos de igual naturaleza y alcance ejecutados sobre persona impúber, aunque ésta consienta, habida cuenta de que nos hallamos aquí ante un consentimiento inválido por provenir de persona que carece de natural experiencia y de capacidad jurídica. En este-

último caso se tutela la libertad potencial, digna de -- igual o mayor protección que la libertad efectiva. De esta manera pónese en relieve que las diversas hipótesis - típicas que presenta el delito de atentados al pudor tienen transcendencia 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". (12)

En mi opinión el Bien Jurídico Tutelado es la Seguridad Sexual, toda vez que, lo que se está violando resulta ser la seguridad de que cualquier persona, sea o no mayor de 12 años; tenga o no la capacidad de comprender el hecho, o pueda o no resistirse a -- que se le ejecute el acto, se encuentre protegida, de sufrir un sentimiento de desagrado de que alguien goce sin su consentimiento de su cuerpo.

Sin embargo el poder establecer un Bien Jurídico Tutelado, cuando hacemos referencia a -

(12).- Ob. Cit. Págs. 218 y 219.

los menores de 12 años, resulta sumamente complicado, toda vez que tal situación podría eliminarse de este título y pasar a formar parte del ilícito de "Corrupción de Menores" . .

4.- DERECHO COMPARADO ANTES Y DESPUES DE LAS REFORMAS.

En el capítulo introductorio, referente a los antecedentes históricos, se hizo alusión a los cambios sufridos por los artículos 260 y 261 del Código Penal: toca ahora valorar y determinar qué tan convenientes resultaron las reformas.

Pasaremos primeramente a referirnos al cambio del nombre del delito. Antes de las reformas era denominado "Atentados al Pudor", como ya dijimos anteriormente, el bien jurídico tutelado no es el pudor, sino la seguridad sexual y por tanto el nombre que se ha había venido utilizando para esta conducta típica, antijurídica y culpable no resultaba ser la apropiada.

Su denominación pasó a ser la de "Abuso Sexual", nombre con el cual tampoco estoy muy de acuerdo, toda vez que por "Abuso Sexual", se pueden entender un sinnúmero de actos; para no ir más lejos, considero que la violación también es un Abuso Sexual, ya que -

incluso, dentro del habla común, el delito de violación-- siempre es referido como un abuso sexual; constantemente escuchamos decir "fulanito abusó de ella".

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, en su artículo 275, denomina a este delito como "Actos Libidinosos", término que considero, resulta el más adecuado.

A continuación, analizaremos la -- conducta; antes de la reforma, la conducta era indicada-- como un acto erótico-sexual, "el término erótico-sexual-- es redundante, pues erótico es lo relativo al amor, y -- dentro de la moderna sexología, lo erótico debe ser la -- expresión natural de lo sexual, Nos parece más adecuado-- para lo que el legislador quiso decir, el término "libi-- dinoso" pues contiene la significación de "lascivia" y-- "lujuria" que según el diccionario quieren decir el ape-- tito desordenado por los placeres sexuales". (13)

Ahora bien, por lo que hace al artículo 261, en donde se establece la edad de 12 años para considerar que aun con el consentimiento de la víctima, la conducta resulta reprochable, toda vez que a esa-

(13).- Martínez Roaro, Marcela,- "Delitos Sexuales". Editorial Porrúa S.A.- Tercera Edición. México,1985.Pág.217

edad, una persona no puede producirse con libertad y conciencia en su sexualidad; abandonando la terminología imprecisa y complicada de púber e impúber; resultó ser una modificación sumamente atinada; sin embargo, considero - que tal conducta típica, definitivamente quedaría mejor ubicada en el delito de Corrupción de Menores.

Solo nos resta decir que el delito de Abuso Sexual, no puede constituir concurso de delitos con la violación, y menos aun con la tentativa de violación, puesto que su propio ordenamiento se excluye al decir "sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula". Al respecto me permito transcribir la siguiente opinión jurisprudencial:

"El delito de Atentados contra -- el pudor y la tentativa de violación, por su esencia misma no pueden coexistir y se excluyen recíproca--- mente, puesto que en el primer no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula y en la segunda se efectuarán los actos preparatorios para dicha cópula, - que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo".

Suprema Corte de Justicia de la Nación.- Sexta Epoca, 2a. Parte, número 297.

C A P I T U L O

III

E S T U P R O

CAPITULO III

ESTUPRO

- 1.- CONCEPTO 2.- SUJETOS: a) ACTIVO
 b).- PASIVO 3.- BIEN JURIDO TUTELADO
 4.- DERECHO COMPARADO ANTES Y DESPUES
 DE LAS REFORMAS.

1.- CONCEPTO.- La palabra Estupro, proviene del latín "Stuprum", también se dice que proviene de la voz griega, que significa la erección viril; o que su origen es la palabra stupor, que significa pasmus o entorpecimiento de los sentidos.

"La palabra Estupro, ha sido empleada con significaciones substancialmente diversas: En sentido figurado, preferido por los oradores y los poetas, servía para expresar cualquier turpitud, en el lenguaje jurídico tuvo un sentido amplísimo destinado a significar cualquier concubinato venéreo, comprendido así al adulterio; y, finalmente, la palabra se restringió para indicar el concúbito, o persona libre de vida honesta, siendo éste el significado que más generalmente se le atribuyó sin que faltasen quienes la usasen en sentido muy reducido para el caso de desfloramiento de vírgen, distinguiéndose entre el estupro propio y el estupro impropio, consistiendo el primero en la desfloración.

CAPITULO III

ESTUPRO

- 1.- CONCEPTO 2.- SUJETOS: a) ACTIVO
 b).- PASIVO 3.- BIEN JURIDO TUTELADO
 4.- DERECHO COMPARADO ANTES Y DESPUES
 DE LAS REFORMAS.

1.- CONCEPTO.- La palabra Estupro, proviene del latín "Stuprum", también se dice que proviene de la voz griega, que significa la erección viril; o que su origen es la palabra stupor, que significa pasmo o entorpecimiento de los sentidos.

"La palabra Estupro, ha sido empleada con significaciones substancialmente diversas: En sentido figurado, preferido por los oradores y los poetas, servía para expresar cualquier turpitud, en el lenguaje jurídico tuvo un sentido amplísimo destinado a significar cualquier concubinato venéreo, comprendido así al adulterio; y, finalmente, la palabra se restringió para indicar el concúbito, o persona libre de vida honesta, siendo éste el significado que más generalmente se le atribuyó sin que faltasen quienes la usasen en sentido muy reducido para el caso de desfloramiento de virgen, distinguiéndose entre el estupro propio y el estupro impropio, consistiendo el primero en la desfloración.

Por estos motivos, y por el antagonismo de las escuelas y de las legislaciones acerca de la publicidad surgió una infinita diversidad en las definiciones que del estupro encontramos en los diversos escritores de asuntos criminales; de ahí también nacieron las investigaciones y cuestiones innumerables, en las que tanto se extendieron, especialmente los antiguos en torno al requisito y al signo de la desfloración ..."

(14)

De acuerdo al significado de Estupro, debemos destacar, que hacía referencia a la virginidad de la mujer, sin embargo, más adelante veremos que los elementos normativos que exigía este tipo antes de las reformas, no tenían tal concepción.

El Maestro Francisco González de la Vega, propone como concepto de estupro: " La conjunción sexual, natural, obtenida sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligadas en matrimonio y de conducta sexual honesta". (15)

(14).- Carrara, Francisco. "Programa de Derecho Crimi--
nal", Parte Especial, Tomo II. Tercera Edición, Edit--
rial Temis, Bogotá, Buenos Aires, 1957.- Pág. 250.

(15).- Ob. Cit. Pág. 357.

Por su parte Carrara lo define como: "El conocimiento carnal de mujer libre y honesta, -- precedida de seducción verdadera o presunta y no acompañada de violencia". (16)

El concepto proporcionado por el Maestro Francisco Carrara, resulta inexacto pues no limita de forma alguna la edad de la ofendida, y por tanto, se tiende a confundir con la violación equiparada.

Don Celestino Porte Petit Candau-dap, opina que el estupro es "la cópula consentida -en forma normal o anormal- por mujer menor de 18 años, pero no de 12 y sin "experiencia sexual". (17)

El Maestro Porte Petit, con mejor técnica limita la edad de la mujer ofendida; pero incurrir en un grave error al expresar "Sin experiencia sexual"; es decir vírgen, situación que no es requerida por el tipo a comento.

El artículo 262 del Código Penal vigente, olvidó por completo los elementos normativos -- que antiguamente se requerían: la castidad y la honesti-

(16).- Ob. Cit. Pág. 251.

(17).- "Ensayo Dogmático sobre el delito de Estupro". -- Editorial Porrúa.S.A., Quinta Edición.- México, 1986.- Pág. 10.

dad en la víctima.

Precisó la edad de ésta, dentro de los 12 y 18 años de edad.

Dentro de los medios de ejecución, la seducción desapareció de este tipo, para quedar exclusivamente el engaño.

Y estableció un sujeto pasivo indiferente, al quitar el concepto "mujer"; siendo por tanto en la actualidad "persona", sin hacer distinción del sexo.

El poder conceptual y entender el significado de seducción, resulta ser un gran problema, - pues "es vaga y susceptible de originar dudas, o alude a engaños, a las maquinaciones de las que se haya valido - el estuprador". (18)

El eminente penalista Francisco Carrara opina que la seducción no existirá desde el punto de vista jurídico cuando la mujer consintió el copular - espontáneamente debido a que "fué vencida por el precio, las lágrimas o las asiduas ternuras de un insistente --- amante, o por la avidez a la exitada exaltación de sus - sentidos". (19)

(18).- Soler, Sebastián.- Ob. Cit. Pág. 355.

(19).- Ob. Cit. Pág. 210.

En contraposición, Fontán Bales--tra, expresa: "La seducción no es en realidad el hecho, sino el medio para realizar el hecho; la palabra espontánea, no puede considerarse calificativa de una voluntad que no ha sido influida por factor alguno, pues vistas las cosas de ese modo, estaría eliminada, también la obra de la seducción, frente a la cual la víctima se voluntariamente en apariencia, pero no espontáneamente. Es esa la razón por la cual las legislaciones, en general, no admiten que todas las mujeres puedan ser víctimas de la seducción, sino solo aquellas cuya relativa inmadurez mental no les permite desentrañar esa mezcla de engaño y simpatía que es la seducción, los verdaderos propósitos del sujeto activo. Hemos dicho inmadurez relativa porque de ser de ella de carácter absoluto, quedaría desplazado esta figura por la violación". (20)

Con todo el respeto que me merece el Maestro argentino, difiero en opinión; la seducción no es un convencimiento ni medio para realizar la cópula, puesto que es algo inherente a la persona que la ad-

(20).- "Delitos Sexuales".- Editorial Arayú, Segunda Edición.- Buenos Aires, 1958.- Pág. 91

quiere, es un sentimiento de la víctima, que se maneja - en cualquier persona según sus gustos e intereses, y digo de cualquier persona toda vez que si a un niño, sin importar su edad, se le trata de persuadir para que acepte algo que no es de su gusto, de ninguna forma se lograría a menos que lo engañáramos o lo obligáramos.

Alberto González Blanco, opina que la seducción, "es la actividad de cualquier índole realizada por el sujeto activo, con el propósito de persuadir al pasivo a la realización de la cópula. La actividad - del sujeto activo se proyecta pues, sobre el plano psíquico del pasivo y su existencia requiere el quebrantamiento del mecanismo de inhibición".

"Por otra parte, estimamos que, el problema derivado de la precisa connotación de los conceptos seducción y engaño, pueden subsanarse con solo seguir el sistema adoptado por nuestro Código Penal de -- 1871, es decir, aceptar disyuntivamente ambos términos".

(21)

Creo que la solución propuesta por

(21).- "Delitos Sexuales" En la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano.- Editorial Porrúa S.A., Cuarta Edición, México, 1979.- Pág. 111.

el penalista Alberto González Blanco resulta carente de fundamento, toda vez que, en mi opinión, en nada solucionaría imponer una disyuntiva entre seducción y engaño. Lo correcto fué lo que se hizo, eliminarla del texto del artículo 262, por ser sinónimo de engaño difícil de establecer en el campo práctico, por improbable toda vez que es un elemento meramente psíquico no estable en el ser humano, y no refleja materialidad alguna; por tal motivo durante el tiempo que se señaló como un medio de ejecución, siempre se presumió.

A continuación una opinión jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"RAPTO Y ESTUPRO PRESUNCION DE SEDUCCION EN CASO DE.-Para los efectos del rapto, la seducción se presume cuando la ofendida es menor de 16 años, y esa misma edad significa también la posibilidad de tipificar el delito de estupro, considerándose se jurídicamente que aun cuando haya dado consentimiento la ofendida para la realización de la cópula, esa voluntad o consentimiento estaban viciados por la propia edad de la misma.
Amparo Directo 1376/72. Roberto Aguilar-Medina. 27 de noviembre 1972. Séptima - Epoca; Vol.54, Segunda Parte, Pág. 71.

Por lo que hace a la castidad, otro de los elementos de tipo normativo que exigía este delito, también resultaba ser totalmente inexacto. Durante mucho tiempo la casti-

dad fué considerada como sinónimo de virginidad; posteriormente y dado que en muchas ocasiones el desgarramiento del himen podía haber sido producido por un accidente, por una violación o por una intervención quirúrgica, y en otras podría existir un himen elástico o complaciente, esta analogía dejó de aplicarse, para pasar a considerar a la castidad como una violación de tipo cultural.

Tiempo después, la castidad fué -- considerada como abstención de placeres sexuales no permitidos por la moral; hasta que finalmente fué considerada en la abstención de los placeres ilícitos, es decir, la abstinencia sexual fuera del matrimonio.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala:

"para la configuración del delito de estupro la virginidad de la --- ofendida menor de 18 años es índice vehemente de castidad y honestidad".
Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia 6a. Epoca, Segunda Parte, número 13-.

"Como la castidad y la honestidad se refieren a la abstención de actividades sexuales ilícitas y a la inejecución de actos como salidas nocturnas, trato poco decoroso con varios hombres, abandono de la casa paterna, frecuentar o permanecer -

en la casa del amigo o en lugares de dudosa moralidad u otras que se pugnan al pudor y al recato de la mujer de corta edad, las menores a que se refieren las legislaciones en el delito de estupro, tienen en su favor la estimación de ser castas y honestas, en tanto no se pruebe lo contrario; en consecuencia ni el Ministerio Público ni la ofendida están obligados a aportar pruebas de tales virtudes en la mujer estuprada, sino que es el acusado quien debe comprobar en su defensa que con anterioridad a la copula la ofendida realizaba hechos de la naturaleza especificada". Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sexta Epoca, Segunda Parte, número 131.

Como podemos ver, la castidad, al igual que la seducción resultaba ser una característica que se presumía en la mujer, dejando la carga de la prueba al responsable, de que la ofendida no resultaba ser casta.

"La castidad es la abstención física de toda actividad erótica y no está demostrado que la víctima hubiera observado una incorrecta conducta sexual ya que siempre vivió en el seno del hogar, y por otra parte, la honestidad dado el tomo del precepto es la de carácter sexual y consiste en el recato y pudor, es decir, en la compostura, de decencia y moderación de la persona, acciones y palabras, o en otros términos en la buena reputación de la mujer con su correcta de conducta erótica". Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sexta Epoca, Segunda Parte, -

Tomo XLVI.- Pág. 31.

Después de muchos estudios que se realizaron, se llegó a la conclusión de que castidad y honestidad resultaba ser lo mismo, incluso, tal valoración resultaba sumamente complicada, de tal forma que, para solucionar el problema, se presumió este elemento normativo, hasta que finalmente fué eliminado.

La honestidad, otro de los elementos normativos del delito a estudio, se ha entendido como el recato o moderación que una mujer guarda en su conducta para con el sexo opuesto.

Este elemento sí es apreciable por los sentidos, por las palabras, ademanes y gestos que utiliza, sus aficiones y costumbres sociales; en fin un comportamiento adecuado a la moral y a las buenas costumbres que rigen en la sociedad en la que habita y al momento en que ocurrieron los hechos.

Al respecto, existe la siguiente tesis jurisprudencial:

"La castidad y honestidad de la mujer estuprada deben calificarse en relación con la época inmediata anterior a la del delito que se dice cometido en su contra, y no en relación con la fecha en que se dice cometido dicho delito, pues si se admitiera que la aceptación de la cópula, obtenida por medio de la -

seducción o del engaño, indicaba la falta de castidad y honestidad de la mujer aceptante de la cópula en esas condiciones nunca podría cometerse el delito de estupro - puesto que su comisión misma implicaría la prueba de que no concurriría en favor de la mujer aquellos requisitos. De manera que si existe la confesión del acusado sobre que la ofendida vivía al lado de sus padres, que se dirigió a éstos con el fin de tener relaciones con aquella, que desde un principio el acusado habló de matrimonio a la ofendida y a sus familiares obteniendo así el permiso para visitar su casa, que la ofendida era doncella (lo que está confirmado por el certificado médico respectivo), y que fué el acusado quien la desfloró, se concluye que la castidad y honestidad de la mujer estuprada, que en todos los casos deben probarse, lo están por prueba presuncional plena, conforme a los artículos 254, 255, 256, 260 fracción IV y 261 c.c.p".

Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales.
6a. sala, Sep. 30, 1941

Pues bien, el elemento normativo del estupro, honestidad, en forma al parecer inexplicable fué eliminada del tipo de estupro.

2.- SUJETOS. - En el delito de estupro como en cualquier otro, encontramos dos sujetos, uno activo que es el que realiza la conducta típica y otro pasivo que es el que sufre el daño de la conducta de --

aquel.

SUJETO ACTIVO. - Desde que fué creado y adoptado el ilícito de Estupro en nuestro país, hasta antes de las reformas de 1991, solo podía ser sujeto activo del delito el hombre, el varón; toda vez que se refería al ofendido en forma expresa como la mujer.

Pues bien, para que exista Estupro, el sujeto activo necesariamente requiere realizar la cópula con el ofendido, en distintos países se ha denominado a la cópula como "coito", "conjunción sexual", "acto sexual", "acto carnal" y "relación sexual".

Tal variación de terminología y la carencia en nuestra legislación del concepto cópula, traía grandes contradicciones, optándose por considerar exclusivamente a la cópula, como la introducción del miembro viril o pene en la vagina de la mujer y como "acto carnal" la introducción del miembro viril, por vía idónea (vagina) o vía no idónea (boca o ano), sin embargo, la opción no era adecuada para el delito de Violación.

No obstante, y aun cuando en el segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal referente a la violación, conceptúa a la cópula, existen muchas

dudas en relación a si ese concepto puede o no ser utilizado para el delito de Estupro, toda vez que constitucionalmente en materia penal queda prohibida la analogía, y en el mismo párrafo se señala que dicho concepto sólo será para efectos de ese artículo, es decir para efectos de la violación, al decir:

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

De tal forma que este concepto no podía ser utilizado para el delito a estudio, toda vez, el hecho de realizar la cópula por vía antinatural, destruía los elementos normativos de castidad y honestidad.

Alberto González Blanco refiere: - "Para los fines de la integración del estupro, no interesa la cópula en su acepción amplia, es decir, de ayuntamiento o conjunción sexual, sino en la restringida o sea la que se realiza por vía vaginal, en atención a que nuestra ley penal exige que la víctima sea casta y honesta".

"Algunos tratadistas, entre ellos Fontán Balestra, niega toda posibilidad para configurar-

el estupro, en los casos de acceso carnal por la vía antinatural, por cuanto que, esas relaciones sexuales implican carencia de honestidad por parte de la víctima. Compartimos ese criterio, pues aun cuando no se descarta la posibilidad de que la víctima en esos casos pueda desconocer por inexperiencia el alcance de tales relaciones hemos convenido que lo que interesa a los fines del estupro es la cópula normal o sea la que se realiza por la vía vaginal". (22)

Desde luego, que resultaba fácil llegar a concluir, como lo hizo el Maestro Alberto González Blanco, con la existencia de los elementos normativos de castidad y honestidad en el tipo; pero en la actualidad, y toda vez que dichos elementos fueron eliminados, existe mayor confusión.

Sin embargo, en mi opinión, el sujeto activo del delito sigue siendo el varón, el hombre, toda vez que es éste el único que se encuentra dotado de miembro viril; y la cópula podrá entenderse bajo los términos del concepto plasmado en el párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal, es decir, podrá ser por vía

idónea o no idónea.

Ahora bien, para que exista Estupro, se requiere que el hombre haya obtenido el consentimiento de la cópula mediante el engaño.

El Maestro Celestino Porte Petit, define al engaño en forma sumamente sencilla al decir: "es la maniobra que se realiza con el fin de que se crea lo que no es". (23) Sin embargo, su concepción no resulta tan sencilla.

En la práctica jurídica penal, se ha estatificado el engaño como las falsas promesas que realiza el sujeto activo a la mujer ofendida para obtener su consentimiento para copular.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determina que: "El engaño es la tendenciosa actividad seguida por el agente activo del delito, para alterar la verdad y producir en el agente pasivo un estado de error, confusión o equivocación". Se manario Judicial de la Federación, Tomo XLIII, Pág. 2076

"Si en el sumario se probó que entre el acusado y la ofendida hubo contacto carnal, que ésta era casta y honesta y como consecuencia de yacer con el acusado resultó em

(23).- Ob. Cit. Pág. 49.

barazada y que al aceptar la cópula la ofendida estuvo determinada por la promesa de matrimonio por parte del acusado, resulta inobjetable la resolución combatida, al tener por establecida la certeza del delito de estupro".
 Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen XII. Segunda Parte, Pág. 125.

"Si el reo confesó haber tenido relaciones sexuales con la ofendida, manifestando que sabía que no era virgen y que por eso, para lograr sus favores, primeramente la animó haciéndola su novia para casarse con ella de esa manera llegó al fin que se propuso, lo anterior pone de manifiesto que se valió de engaño y maquinaciones para lograr lo que deseaba".
 Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXIV, Sexta Epoca, Segunda Parte, Pág. 58.

Don Eugenio Cuello Calón, nos refiere una ejecutoria del Tribunal Español en la cual se afirma que: "Comete engaño el que promete a la estuprada que le dejará heredera de sus bienes". (24)

Lo anterior, resulta sumamente gracioso, pero en realidad, al momento en que el legislador eliminó los elementos de castidad y honestidad, restó el

(24).- "Derecho Penal".- Tomo IV. Editorial Nacional -- Edino, S. de R.L. Novena Edición, México 1961, Pág. 51.

sentido del engaño, pudiéndose afirmar ahora, que habrá Estupro cuando la persona que consintió en la cópula bajo cualquier promesa, incluso el recibir cierta cantidad de dinero bajo la promesa del pago del precio por sus favores y el sujeto activo incumple en pagar dicho precio; puesto que con la eliminación de los elementos normativos, el engaño podrá consistir en cualquier promesa falsa, sin importar su índole.

SUJETO PASIVO. - Podrá ser cualquier persona mayor de 12 años y menor de 18 años de edad; es el sujeto que otorga su consentimiento para realizar la cópula en virtud de haber sido engañada, toda vez que no le dieron lo prometido.

Actualmente, el sujeto pasivo del delito de Estupro resulta ser indiferente, es decir de cualquier sexo pues el artículo 262 del Código Penal preceptúa:

"al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho..."

Ahora bien, el límite mínimo en la edad de la ofendida, resulta de reciente creación, toda vez que se estableció con las últimas reformas hechas al Código Penal.

El otro requisito que debe de existir en el sujeto pasivo, es que sea engañado, que se le haya prometido algo a cambio de copular y no se la haya dado.

3.- BIEN JURIDICO TUTELADO. - Nunca ha existido uniformidad de criterios al tratar de establecer cuál es el objeto jurídico protegido.

Para el Maestro González Blanco es "la Seguridad Sexual, pues la represión trata de proteger la inexperiencia de la mujer, que no ha logrado el desarrollo completo de su capacidad volitiva de acuerdo con la presunción que establece al fijar la edad máxima, para considerarla como sujeto pasivo". (25)

Bruno Bonelli opina que es "la honestidad en su modalidad de reserva sexual, entendiéndose por reserva sexual, la conducta que hace que la mujer honesta continúe siendo inexperta". (26)

Para el Maestro Porte Petit es "la inmadurez de juicio en lo sexual, esto es, el legislador considera que en esa edad la mujer no tiene capacidad suficiente para actuar libremente, pues su consentimiento es viciado". (27)

(25).- Ob. Cit. Pág. 96

(26).- Refer.- Martínez Roaro, Marcela. Ob. Cit. Pág. 225

(27) Ob. Cit. Pág. 16

Pues bien, podemos encontrar un - sin fin de opiniones, algunas totalmente contrarias y -- otras pocas semejantes; pero si antes de las reformas resultaba imposible estatificar el Bien Jurídico Tutela-- do, en la actualidad resulta menos que imposible, puesto que incluso puede llegar a salir de la esfera penal para ingresar a la civil, como un verdadero incumplimiento de contrato verbal, con vicios en el consentimiento, y otorgado por una persona incapaz, o bien, llegarse incluso a considerar como un fraude específico.

4.- DERECHO COMPARADO ANTES Y DES-
PUES DE LAS REFORMAS.

Una vez señaladas las reformas sufridas por el artículo 262 del Código Penal y haber desarrollado el Estudio del Delito de Estupro, hemos llegado al momento de valorar qué tan convenientes resultaron estos cambios.

Nos parece determinantemente útil- que el legislador haya eliminado del tipo del Delito de Estupro, el medio comisivo de seducción, toda vez, que - resultaba ser un supuesto que se atribuía al sujeto activo del delito, siendo que es algo inherente al ofendido, en virtud de que, como ya dijimos con anterioridad, lo que

ahora no es creíble que el varón pueda ser engañado con esa falsa promesa; pudiendo entenderse ahora como engaño, cualquier tipo de promesa, incluso pecuniaria, que desde luego la conducta, caería perfectamente en ser típica del delito de corrupción de menores y no de Estupro.

Ahora bien, el hecho de que con las reformas se haya establecido la edad mínima del ofendido a los 12 años de edad, resulta totalmente intrascendente; pues tal precisión dejó de resultar un problema desde el año de 1966 en que se crea la violación equiparada, es decir la cópula con persona menor de 12 años de edad.

Desde mi muy personal punto de vista y con todo el respeto que el legislador de las reformas de 1991 me merece, opino que con los cambios hechos al delito de Estupro, se perdió totalmente el sentido de su existencia.

Estoy totalmente de acuerdo, que e- también el hombre sea protegido en su inmadurez sexual; sin embargo, creo que resultaba suficiente con la protección que le brindaba el delito de Corrupción de Menores.

Por otra parte, la creación y adi

ción hecha al artículo 276 bis, por decreto del 30 de diciembre de 1983, publicado en el "Diario Oficial" de fecha 13 de enero de 1984, entrando en vigor a los 90 días de su publicación, que dice:

"Artículo 276 bis.- Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio".

Realmente, nos parece genial, pues durante muchos años, la mujer que consentía en la cópula engañada con la promesa de matrimonio, resultaba preñada, además de que en muchas ocasiones los padres la repudiaban y le negaban todo apoyo, tenía que hacer frente a la vida sin ayuda alguna con su hijo. En mi opinión, ésta debería ser la única forma en que el Estupro se sancione, pues el hecho de proteger la burla de la que fue objeto la ofendida en realidad carece de sentido jurídico, máxime que nuestro Código Penal rige para el Distrito Federal, en donde la educación sexual llega a toda la población; por tal motivo, a continuación me permito proponer un tipo de Estupro:

Artículo 262.- "al que tenga cópula con mujer menor de 18 años y mayor de 12 años, obteniendo su consentimiento, bajo el engaño consistente en la promesa de contraer nupcias, y de dicha relación resulten hijos, se aplicará de 3 meses a 4 años de prisión".

"para los efectos de la Reparación del Daño, se estará a lo dispuesto en el artículo 276 bis de este Ordenamiento".

Para finalizar, solo diremos que el delito de Estupro se persigue por Querrela de la mujer ofendida o de sus legítimos representantes y la extinción de la acción penal, se puede dar cuando el sujeto activo contrae matrimonio con la ofendida o por perdón.

C A P I T U L O

IV

V I O L A C I O N

CAPITULO IV

VIOLACION

- 1.- CONCEPTO
- 2.- SUJETOS: a) ACTIVO
b).- PASIVO
- 3.- BIEN JURIDICO TUTELADO
- 4.- VIOLACION FICTA
- 5.- VIOLACION POR EQUIPARACION
- 6.- AGRAVANTES EN EL DELITO DE VIOLACION
- 7.- DERECHO COMPARADO ANTES Y DESPUES DE LAS REFORMAS

1.- CONCEPTO.- Resulta sumamente sencillo entender que la palabra violación proviene de violencia, es decir la fuerza física o moral ejercida a una persona para lograr algo; existen infinidad de conceptos que explican el delito de violación, sin embargo, todos coinciden en tener como medios comisivos la fuerza física o moral, ejercida en la víctima.

Para Maggiore, consiste en "obligar a alguno de la unión carnal, por medio de violencia o amenazas". (28)

Para el Maestro Porte Petit es "la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva". (29)

(28).- "Derecho Penal" Parte Especial, Tomo IV. Editorial Temis, 4a. Edición, Bogotá, 1955. Pág. 52

(29).- "Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación".- Editorial Jurídica Mexicana. Primera Edición, México, D. F., 1966. Pág. 12.

Por su parte Carrara señala que: -
"es el conocimiento carnal de una persona ejercido contra su voluntad mediante el uso de la violencia verdadera o presunta". (30)

El Delito de Violación, lo encontramos previsto en el artículo 265 del Código Penal, que a la letra dice:

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

"La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación. El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo ---

(30).- Ob. Cit. Pág. 7.

del ofendido, anulando así su resistencia (violencia física, vis), o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, metus). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, -- ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica. Además, en la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave porque, dada la utilización de medios coactivos o impositivos, al daño causado específicamente contra la libertad sexual, se suman otras ofensas a diversas categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados, estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de la libertad física, - asalto, lesiones más o menos graves, y aun homicidio. Debe notarse que los casos violentos de derramamiento de sangre "por voluptuosidad" constituyen en la legislación mexicana delitos de homicidio y lesiones con la calificativa de obrar por motivos depravados. En resumen, la violación constituye el más grave de los delitos sexuales -

porque, además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos - peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los pacientes". (31)

Sin lugar a dudas, este es el delito más grave que existe contra la libertad sexual, en - virtud de que su esencia se encuentra en la falta de consentimiento de la persona ofendida; amén de que este delito deja secuelas psicológicas que en ocasiones trans-tornan a la víctima por el resto de su vida en su convi- vencia social, familiar y laboral.

Digna de aplauso resulta ser la - Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, - pues con la creación de la Supervisión General de Servi- cios a la Comunidad y de las Agencias Especializadas en Delitos Sexuales, proporcionó una gran ayuda tanto en lo jurídico como en lo psicológico a las víctimas de deli- tos sexuales.

Dependiente de esta Supervisión, - se encuentra el Centro de Apoyo Psicológico de Personas-

(31).- González de la Vega, Francisco.- "Derecho Penal- Mexicano".- Ob. Cit. Págs. 379 y 380

en Crisis; personas que desgraciadamente sufrieron estos atentados son atendidas por psicólogas especializadas en estos tipos de traumas, que las ayudan a seguir adelante y a rehacer su vida; proporciona igualmente, terapias de tipo familiar, enseñando a éstos la forma de comportarse con la víctima y los métodos a seguir para su total recuperación.

Por otra parte, la Supervisión General de Servicios a la Comunidad, canaliza a las víctimas a Centros de Salud, a efecto de que se practique exámenes médicos tendientes a detectar el embarazo, o alguna enfermedad venérea, en muchas ocasiones, las víctimas suelen ser repudiadas de su centro familiar o por su conyuge, victimizándola doblemente; la Supervisión, también se ocupa de estos problemas, proporcionando albergues.

Por lo que hace al aspecto jurídico, la Supervisión General de Servicios a la Comunidad, proporciona asesoría jurídica, preparando a la víctima para las diligencias; principalmente audiencias, confrontas y careos, siendo asistidas en tales diligencias en ocasiones por su psicóloga tratante y en otras por las abogadas que constituyen el apoyo legal a víctimas de esta Supervisión.

Sin embargo, el único problema -- existente para esta supervisión es, la gran demanda que de sus servicios ha tenido, pues inclusive, da atención dentro del Distrito Federal a víctimas de otras Entidades Federativas, a quienes por humanidad, no puede negárseles tal atención.

Por desgracia, es el único Organismo Estatal que existe en México, siendo por tanto lo ideal, que existiera en toda la República Mexicana.

2.- SUJETOS: En los anteriores capítulos habíamos hecho mención, de que en todo delito existe un sujeto activo, que es el agente u ofensor y un sujeto pasivo, que es la víctima o la que recibe el daño.

SUJETO ACTIVO. - El sujeto activo, es aquel que realiza la cópula utilizando violencia física o moral.

Se ha venido considerando que el único sujeto activo del delito es el hombre, el varón, puesto que éste es el único dotado de miembro viril o pene; y dado que con fundamento en lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal, se entiende por cópula "la introducción del miembro viril en-

el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral..." resulta sencillo llegar a tal conclusión.

Sin embargo, el Maestro Jiménez -- Huerta, realiza un análisis completo al respecto, comentando las posturas de diversos autores, por lo que resulta procedente, transcribir estos razonamientos:

"No hay duda alguna de que ésta --refiriéndose a la mujer- puede ser sujeto activo secundario, pues para ello no existe ningún obstáculo ontológico. Es perfectamente factible que una mujer sujete o intimide a la víctima en tanto que el sujeto activo primario con ella copulo. La cuestión se ensombrece en torno a si la mujer puede ser sujeto activo primario, esto es, quien tiene con el ofendido -varón o hembra- cópula-carnal".

"La opinión dominante en Italia -- afirma que la mujer puede ser sujeto activo primario. -- Manzini, Maggiore, Ranieri y Antolisei, se limitan a manifestar que sujeto activo puede ser tanto el varón como la hembra, con tal de que tengan la posibilidad física de unirse carnalmente. Más explícito fue el pensamiento del ilustre Carrara, en cuanto sostuvo que aunque mal puede configurarse una violencia carnal de la mujer so--

bre el varón consumada mediante violencia física, puede, como ya lo admitieron Carpzovio y Bohemero, configurarse mediante violencia moral. La opinión de Carrara es en la actualidad seguida por Contieri, quien considera que la mujer puede también ser en la unión hetero-sexual sujeto activo, pues aunque la fuerza física es medio inidóneo - en razón de la peculiaridad del acto fisiológico del hombre, no puede decirse lo mismo de la amenaza, la cual -- puede esfumar los motivos inhibitorios, éticos o de otra naturaleza y sustituirlos por impulsos en los que el -- coartado deja actuar sus instintivos reflejos. Finalmente, Pannain manifiesta que no puede afirmarse que el sujeto activo sea únicamente el hombre, pues aunque verdad es, que en éste la erección no se pueda provocar mediante violencia, bien se puede imaginar la hipótesis de una violación carnal de la mujer sobre el hombre en los casos de violencia presunta".

"Algunos penalistas argentinos -Soler García Zavalía, Ure y Peña Guzmán- niegan que la mujer pueda ser sujeto activo, fundándose en que la descripción típica que del delito de violación formula el artículo 119 del Código de su país, sanciona al que "tuviera acceso carnal" y que "quien tiene acceso es el que

penetra" por lo cual, la mujer solo puede ser sujeto pasivo "porque ella nunca accede sino que es accedida". La argumentación anterior, inacabable dentro del marco de la legislación argentina, carece de base, si se intenta hacerla valer en nuestro Derecho Positivo".

"Por cuanto con éste se relaciona, González de la Vega excluye con buenas razones del delito de violación el acto homosexual femenino -acto de inversión de mujer a mujer- "porque en el frotamiento lésbico no existe fenómeno copulativo o ayuntamiento dada la ausencia de introducción sexual". Pero al abordar la hipótesis en que la mujer fuerza o intimida al hombre para la cópula, asume una dubitativa actitud, pues, aun cuando principia manifestando que "teóricamente es indudable que la mujer puede ser sujeto activo de la violación cuando fuerza o intimida a un hombre para el coito" concluye adheriéndose virtualmente al específico argumento argentino, pues afirma "que en la práctica y en general el varón es el posible sujeto activo del delito, ya que la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, lo que implica necesariamente una actividad viril -normal o anormal- pues sin éste no se puede con propiedad decir que ha habido copulativa --

conjunción carnal. Y todavía con más encarecimiento hace uso González Blanco del argumento de los juristas de la República del Plata, pues tras de recordar las opiniones de Soler, Ure, García Zavalía y Peña Guzmán, por su parte afirma: "El elemento nuclear de la acción descrita en el artículo 265 de nuestro Código Penal es tener cópula". Ahora bien, tener cópula es una conducta eminentemente activa. Como la cópula consiste en la introducción del órgano masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir, el hombre. En consecuencia, como la mujer no puede tener cópula, no cabe admitir que puede desarrollar una conducta que sea subsumible en el precepto del artículo 265 del Código Penal".

"No es convincente el argumento argentino trasplantado a la legislación nacional, pues las bases dogmáticas de ésta no permiten su utilización y --acomodo. La frase del Código Penal Argentino "el que tuviere acceso carnal" es susceptible de ser interpretada limitativamente en el sentido de que le acuerdan Soler, García Zavalía, Ure y Peña Guzmán, pues expresa inequívocamente que el sujeto activo del delito es quien ha de -

tener acceso y efectuar la penetración, por lo cual típicamente excluye la llamada violación inversa en que la - mujer es penetrada o accedida. Empero, esta típica exclusión no se establece en el artículo 265 del Código Penal de México, pues la frase "tenga cópula" gramatical y conceptualmente tiene una significación mucho más amplia -- que permite proyectarla tanto sobre el varón como sobre la mujer, pues no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser quien accede o penetra. En -- efecto, si por cópula se entiende, como enseña el Diccionario de la Lengua, "unirse o juntarse carnalmente"; y -- si desde el punto de vista penalístico esta unión o ayuntamiento carnal ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad vaginal, anal u oral, la cópula existe por el solo hecho -- de que se produzca el acceso o penetración, con toda independencia de quienes fueren sujetos activos y pasivos del indiciado hecho contemplado en su significación penalística. No existe, desde el punto de vista de la conducta típica obstáculo alguno para la mujer pueda decir: -- "anoche efectué una cópula"; en cambio, sí lo hay para -- que diga: "anoche efectué una penetración o acceso".(32)

(32).- Jiménez Huerta, Mariano.- Ob. Cit. Pág. 256 y 257

En muchas ocasiones puede haber -- erección del miembro viril por estímulos vagales o por -- excitación de órganos vecinos a los sexuales provocados -- por ejemplo, por vejiga excesivamente llena, ya que ejer -- ce presión sobre los nervios del pene; por cuestiones -- nerviosas, incluso por angustia o enojo; sin embargo, es -- tas tres últimas causas solo suelen aparecer durante la -- pubertad, y dado que con posterioridad a tal transforma -- ción orgánica, solo puede darse la erección por estímu -- los positivos en el hombre, considero que un hombre en -- el que se ejerce violencia física o moral, es imposible -- que llegue a tener erección en su miembro viril y toda -- vez que ésta se requiere para poder ejercer la penetra -- ción, no es posible poder considerar a la mujer como su -- jeto activo del delito de Violación. Por otra parte, el -- concepto de cópula vertido en el párrafo segundo del ar -- tículo 265 del Código Penal, se refiere a una acción, -- consistente en penetración o introducción y no a hacerse -- penetrar o introducir.

Ahora bien, cabe hacer la aclaración, que en ninguno de los delitos contra la libertad -- sexual, se requiere que exista eyaculación, basta con el -- hecho de que se realice la cópula.

Por otra parte, para que se dé el delito de Violación, se requiere que se haga uso de violencia física o moral sobre la víctima.

Por violencia física entendemos el uso de la fuerza material sobre el sujeto pasivo para imponerle la cópula, esta fuerza física deberá ser eficaz a efecto de vencer la resistencia de la víctima, debe ser permanente, constante; debe ser ejercida en la persona de la víctima.

La fuerza física, generalmente deja lesiones: "En esta denominación se incluyen todas las lesiones, ya sean genitales, paragenitales o extragenitales, que deben, indefectiblemente, ser ocasionadas a la víctima de este ilícito para poder cometer el mismo. Ejemplo de ello son los estigmas ungueales provocados en muñecas y en ambos hombros, con la finalidad de sujetar a la víctima para accederla; o bien, los hematomas de cuero cabelludo, equimosis de cuello o lesiones en mamas o piernas, producidas para asustar, vencer o ablandar a la víctima, que inicialmente ofrece resistencia física ante el intento de acceso carnal. También podemos agregar las diferentes lesiones contusas provocadas en la raíz de muslos al intentar separarlos (estigmas ungueales, --

equimosis o hematomas). Todas estas lesiones permiten tener una idea sobre lo que verdaderamente acaeció en los casos de las violaciones que se desarrollan en forma común".

Por otra parte, "es de fundamental importancia dejar claramente establecido que el coito -- por vía anarrectal no consentido determina, en todos los casos sin excepción, lesiones de mayor o menor jerarquía".

"Precisamente en el caso de violación por vía anarrectal, es posible determinar, sin temor a equivocarse, de una relación que no contó con el consentimiento de la víctima, debido a que es completamente distinto el resultado del coito por esta vía del que se logra por vía anterior o vaginal en casos de violación".

"Tal diferencia se debe a que en el caso de una mujer virgen, la cópula por vía anterior, con excepción de quien posea himen distensible o himen dilatado, dejará siempre un desgarró o laceración, pero la penetración por vía anarrectal, contra la voluntad -- del accedido, provoca la contracción esfinterianas, que en forma intensa se resiste, oponiéndose al acceso, el -

cual solo se logra si se provocan lesiones que van desde simples escoriaciones o equimosis, hasta desgarros de pequeña o gran magnitud, como el de hora seis, de forma -- triangular, con base en el margen anal y vértice en el periné, el llamado signo de Wilson Johnston.

"Además de los signos de violencia señalados en líneas anteriores, encontramos lo que denominamos parálisis antálgica esfinteriana. Se trata de -- una dilatación del esfínter, que puede tener un diámetro de 1, 2 y hasta 2.5 cm., que se evidencia frecuentemente provocada por el intenso dolor originado en las lesiones existentes". (32)

"El franqueo forzado del esfínter en contracción defensiva produce un verdadero traumatismo que provoca a menudo lesiones significativas, visibles durante algunos días solamente: son las erosiones -- producidas por las uñas, sanguinolentas, de algunos milímetros de largo, dispuestas paralelamente a los pliegues radiales, alrededor de la mucosa, un poco por detrás del margen del ano, erosiones que no hay que confundir con -- las fisuras patológicas. La marcha, la defecación, el --

(33).- Kvitko, Luis Alberto.- Ob. Cit. Págs. 43, 61 y 62.

tacto rectal, ocasionan dolores, quemazón en la región anal. Esta, está a menudo deprimida en infundibulum, por contracción refleja el elevador del ano. A veces un coito brutal provoca un estallido del orificio por desgarrros más o menos profundos, que se sitúan en la línea-cerca del rafe". (34)

Pues bien, del examen oportuno de la víctima, depende el poder establecer en forma precisa la violencia física, toda vez que: "Estas lesiones evolucionan por lo general en un plazo muy breve, ordinariamente menor de cinco días; si las lesiones han sido más-extensas y las condiciones locales y generales de la víctima desfavorables, se necesitan plazos mayores, que en los casos extremos pueden llegar a diez o quince días". (35)

Por lo que respecta a los actos felatóricos o cópula por vía oral, las lesiones que pueden llegar a presentarse son escoriaciones en las comisuras-labiales, sin embargo este tipo de lesiones no son fre-

(34).- Simonin, C.- "Medicina Legal Jurídica".- Editorial Jim. Tercera Edición.- Traducción Dr. G.L. Sánchez-Maldonado.- Barcelona, España, 1931. Pág. 395, 396.

(35).- López Gómez, Leopoldo, Gisbert Calabuig, Juan Antonio.- "Tratado de Medicina Legal".- Tomo III, 3era. - - Edición. Editorial Saber, Valencia España, Pág. 19.

cuentas.

Pasamos ahora a referirnos a la -- violencia moral: la violencia moral es otro de los medios de los que puede valerse el sujeto activo para obtener la cópula. Por violencia moral debemos entender la manifestación sea expresa o táctica de ocasionar un daño grave en su persona o en alguna persona ; honor, libertad o patrimonio propio o de alguna persona con la que se tenga alguna vinculación.

Puede ser expresa, cuando se profieren amenazas de un daño real, inminente, o puede ser táctica y entonces estaremos ante un amago.

Es necesario que la amenaza o el amago, determinen realmente un peligro de sufrir un daño grave, presente o inminente e irreparable sobre bienes de gran valor a efecto de que se logre efectivamente -- constreñir el ánimo de la víctima, a grado tal que vulnere su resistencia a la cópula.

Ahora bien, esta violencia necesariamente deberá ser anterior o durante la cópula; es decir, debe ser el medio del que se valga el sujeto activo para vencer la resistencia de la víctima, pues si es posterior a la cópula no existirá violación, pero sí podrán

configurarse las amenazas; en tanto que si son éstas de las que se vale el sujeto activo para lograr sus propósitos, no habrá concurso de delitos; al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, opina:

VIOLACION, AMENAZAS, COMO ELEMENTO DEL DELITO DE, CARENTES DE AUTONOMIA COMO DELITO DIVERSO (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO.- Si por constreñimientos psicológicos o amagos de daños y amenazas, los ofendidos no pueden resistir la coacción que se les impone, como esos elementos forman parte de la violencia, que integra el delito de violación de acuerdo con la Ley Penal de Jalisco, que dispone que para la corporeidad de dicho ilícito es menester usar "la violencia física o moral", procede considerar que tomar a las amenazas como delito destacado, constituiría una recalificación de la conducta por emplearse para acreditar dos ilícitos a la vez.

Amparo Directo 1842/79. Efraín Garza Marín. 23 de abril de 1980. 5 votos.

Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Séptima Época: Vols. 133-138, Segunda Parte, Pág. 211

Ahora bien, si las amenazas constituyen violencia moral para la violación y con posterioridad a la misma, para evitar ser delatado, amenaza nuevamente; sí podrá constituirse concurso de delitos.

Desde luego, este tipo de violencia no deja huella material alguna, y por tanto es menes

ter basarse en el dicho del ofendido.

VIOLACION, VIOLENCIA MORAL Y EXISTENCIA DEL DELITO DE.- La actitud-violenta del activo, o de los activos para obtener la prestación sexual en el delito de violación, no significa que en todos los casos se produzcan traumatismos externos que se presenten en huellas sobre el cuerpo de la víctima, sino que basta el amago y la violencia psicológica para nulificar la resistencia de ésta, no siendo tampoco exigible por irrelevante que haya una plenitud de realización fisiológica en el acto sexual mismo.

Amparo Directo 3109/72. Juan González Cruz, lo. de diciembre de 1972 Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.
Séptima Época: Vol. 48, Segunda Parte, Pág. 27

SUJETO PASIVO.- El sujeto pasivo, como ya hemos visto, es el sujeto que recibe el daño, aquel que resulta ser el portador del bien jurídico tutelado, que en este delito lo constituye la Libertad Sexual, como veremos más adelante.

El sujeto pasivo es un sujeto indiferente, esto significa que no requiere tener calidad alguna.

Cuando estudiamos el sujeto activo del delito hicimos mención, que la cópula podía realizarse por vía idónea, es decir por vagina, o vía no idónea,

es decir, por ano o boca, de tal forma que podrá ser sujeto pasivo de la violación cualquier persona sin importar su sexo.

Tampoco importará la reputación, - clase social u ocupación de la víctima; "la violación, - no se acepta, ni justifica, ni en virtud del matrimonio, ni del concubinato, ni de la prostitución".

"En el caso último, aun habiendo - cubierto el pago, no tiene derecho el cliente a exigir - de la meretriz el cumplimiento de la cópula, mediante la violencia". (36)

Y si bien es cierto que la prostituta comercia con su cuerpo a cambio de una cantidad de dinero, su consentimiento se encuentra condicionado a lo convenido pudiendo revocarlo en cualquier momento y si - ante la negación de ésta, el sujeto activo actúa con violencia física o moral, para copular, por el hecho de no existir consentimiento existirá violación, y el hecho de que el que pagó para obtener sus favores se haya visto - defraudado, en su caso, no podrá hacerse cumplir por su propia mano, pudiendo en su caso ejercer las acciones ci

(36).- R. Moras Mom, Jorge.- "Los Delitos de Violación y Corrupción".- Editorial Ediar, Primera Edición, Buenos - Aires, Argentina, 1971.- Pág. 23

viles correspondientes.

Al respecto existen las siguientes opiniones jurisprudenciales:

VIOLACION, CARACTER, CONDICION O SEXO DEL SUJETO PASIVO, IRRELEVANTE EN EL DELITO DE.- Es inexacto que carezca de valor las declaraciones de las ofendidas tratándose del delito de violación, por la circunstancia de que manifiestan dedicarse a la prostitución, ya que el bien jurídico tutelado por el tipo delictuoso de violación lo es la libertad sexual, sin que para ello tenga relevancia la calidad del sujeto pasivo, quien puede serlo cualquiera sin distinción de sexo; si es mujer puede estar desflorada o no estarlo, ser casada o soltera, de buena o mala fama inclusive.

Amparo Directo 1577/79. Emiliano - Jaimes Rivera. 20 de febrero de 1980. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Séptima Época. Vols. 133-138, Segunda Parte, Pág. 211.

VIOLACION, CARACTER DEL SUJETO PASIVO, IRRELEVANTE EN EL DELITO DE. En el delito de Violación el bien jurídico protegido es la libertad sexual, por lo que el hecho de que las ofendidas sean mujeres galantes, no faculta al sujeto activo para obtener los servicios de la misma para realizar los actos configurativos del delito referido.

Amparo Directo 2540/79. Francisco-Reyes Mora. 8 de febrero de 1980.- 5 votos.

Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Séptima Época: vols. 133-138, Segunda Parte, Pág. 211

Ahora bien, por lo que respecta a si existe o no violación entre cónyuges, resulta ser un tema sumamente tratado; existen dos tendencias, los que afirman que el matrimonio es un contrato y que por tanto existe la obligación de ambos de copular; y los que opinan que el matrimonio no es un contrato, pero al momento de unirse ante la ley a otro ser, adquiere la obligación de copular con éste, por ser uno de los principales propósitos de él. En mi opinión sea o no contrato el matrimonio, con él, de ninguna forma uno pasa a ser propiedad del otro, se unen, simple y sencillamente para formar una familia, es decir una comunión de amor, que en ningún momento autoriza a uno de los cónyuges a hacer uso de violencia para obtener la cópula, puesto que cada uno de los cónyuges conserva su individualidad, sus derechos y libertades, garantías mínimas para todo ser humano, -- que de ninguna forma el matrimonio constituye un amparo para pisotear los derechos mínimos que como persona, adquiere desde su nacimiento.

3.- BIEN JURIDICO TUTELADO.- La gran mayoría de los autores coinciden en establecer como bien jurídico tutelado u objeto jurídico del delito de violación, a la Libertad Sexual, entendida ésta como la

violación al derecho de decidir cuándo y con quién se -- tiene cópula. Desde luego, que para que la víctima pueda ejercer esa libertad, deberá ser mayor de 12 años y estar dotado de la capacidad de comprender el hecho y resistirse a él; por tanto, si es menor de 12 años, se trata de un enfermo mental o bajo un estado de inconciencia transitorio que le evite comprender el hecho o resistirse a él, estaremos ante un delito de violación equiparada, cuyo bien jurídico tutelado variaría, como veremos -- más adelante.

El Maestro José Ignacio Garona, -- considera que "tanto el pudor individual, como la libertad sexual y el orden de las familias, constituyen los -- objetos que la ley tiende a proteger en el delito de violación". (37)

Para este autor predomina el pudor ofendido de la víctima; indudablemente un acto como es la violación, es una ofensa en el pudor de la víctima y trae; como ya dijimos, graves consecuencias en el orden familiar, social, psicológico, etc., sin embargo, éstas son consecuencias precisamente de la violación a la Libertad Sexual.

(37).- Garona, José Ignacio.- "Violación, Estupro y Abusos Deshonestos".- Editorial Lernes, Primera Edición, - Buenos Aires, Argentina, 1971.- Pág. 17

Al respecto, la Suprema Corte de -
Justicia de la Nación, emite la siguiente tesis Jurispru-
dencial:

VIOLACION, BIEN JURIDICO TUTELADO-
EN EL DELITO DE.- El bien jurídico
que tutela el tipo delictuoso de -
violación está constituido por la
libertad sexual y no por la hones-
tidad o la castidad.
Amparo Directo 2957/73.- Otilio Mo-
reno Puga, 28 de enero de 1974. --
Unanimidad de 4 votos. Ponente: Er-
nesto Aguilar Alvarez.
Séptima Epoca: Vol. 61, Segunda --
Parte, Pág. 51.

4.- VIOLACION FICTA.- Por el Artí-
culo Primero, del Decreto de fecha 13 de diciembre de --
1988, mismo que fué publicado en el "Diario Oficial" del
3 de enero de 1989, y entrara en vigor el 1o. de febrero
del mismo año, se crea la llamada "Violación Ficta", --
agregándose un párrafo al artículo 265 del Código Penal
mismo que disponía: "Se sancionará con prisión de uno a
cinco años al que introduzca por vía anal o vaginal cual-
quier elemento o instrumento distinto al miembro viril,-
por medio de la violación física o moral, sea cual fuere
el sexo del ofendido".

Por el Artículo Primero del Decre-
to de 22 de diciembre de 1990, mismo que se publicó en -

el "Diario Oficial" el 21 de enero de 1991, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, este párrafo fué reformado pero exclusivamente en cuanto a la pena; - conservando el mismo texto.

La implantación de la Violación -- Ficta en nuestro Ordenamiento Punitivo, dió un giro completo a lo que se venía entendiendo por violación.

En la violación ficta tenemos que tanto el sujeto activo como el pasivo del delito son indiferentes en cuanto a sexo y edad. A diferencia de la - violación genérica en donde necesariamente el sujeto activo debe ser del sexo masculino, en la violación ficta puede ser el sujeto activo varón o mujer; por lo que toca al activo, también podrá ser el hombre o la mujer; en cuanto al hombre, la introducción de instrumento o elemento distinto al órgano viril, deberá ser por vía anal y en la mujer por vía vaginal o anal.

Por instrumento o elemento distinto al órgano viril, debemos entender incluso la introducción de otra parte del cuerpo, tales como los dedos o -- lengua; o cualquier otro objeto o cosa mueble.

La diferencia entre el Abuso Sexual y la Violación Ficta, consiste en que, en el prime-

ro no hay introducción por vía anal o vaginal de los de dos o lengua, consiste exclusivamente en un tocamiento superficial; en tanto que en la Violación Ficta se requiere la introducción en las cavidades corporales previstas por dicho párrafo, es decir, anal o vaginalmente.

En virtud, de que el presente párrafo, creado en el artículo 265 del Código Penal, no se señala edad alguna, trae como consecuencia una modificación en el Bien Jurídico Tutelado. En mi opinión, en la Violación Ficta el Bien Jurídico Tutelado, no resulta -- ser la Libertad Sexual, puesto que no tutela la capacidad de decidir en forma afirmativa o negativa a copular; por tanto, se está violando la Seguridad Sexual, toda -- vez que no se determina la edad del sujeto pasivo y el -- hecho de introducir elementos o instrumentos distintos -- al órgano viril, no constituye de manera alguna cópula; -- amén de que cuando tal conducta se lleva a cabo con violencia (tal y como lo exige el precepto a comento) ocasiona generalmente lesiones graves en dichas cavidades.

Sin embargo, es de criticarse, que el legislador no prevea para el caso de menores de 12 -- años el hecho que no se haga uso de violencia física o -- moral, y que este menor otorgue su consentimiento por no

tener la capacidad de entender y comprender la conducta; por ende, también el legislador olvidó a los enfermos mentales o a quienes se encuentran imposibilitados de resistirse al hecho.

Por lo antes expuesto, a continuación me permito proponer un tipo de Violación Ficta:

"Artículo 265 Bis.- Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de violación física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido".

"La misma pena se aplicará al que sin emplear violencia, introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, sea cual fuere el sexo del ofendido, si lo realiza en persona menor de 12 años de edad, que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo".

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

Solo falta dejar bien claro, que en el presente delito (violación ficta) si operarán ex-

cluyentes de Responsabilidad, que serán: El Estado de Necesidad y la no exigibilidad de otra conducta; toda vez que tales conductas se pueden llevar a cabo, por ejemplo: para practicar un lavado estomacal, será necesario introducir una cánula por vía rectal o anal; para realizar un lavado vaginal o exploración genital, será necesario, introducir instrumentos e inclusive los dedos para hacer un "tacto" o bien la introducción de medicamentos tales como óvulos o supositorios.

5.- VIOLACION POR EQUIPARACION. El artículo 266 del Código Penal, establece:

"Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

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

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

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

Por lo que hace a la fracción I -- del numeral antes transcrito, "Esta reforma ha innovado-

también acertadamente el contenido del precepto, al establecer expresamente y con carácter general que "se equipara a la violación..., la cópula con persona menor de doce años...". "Pues aunque es exacto que la tierna edad estaba comprendida en la frase "...o cuando por ...cualquier otra causa no pudiera resistir" con que finalizaba la redacción del artículo 266 antes de su reforma, eran fluctuantes, variables e inciertos los límites de la edad infantil que impedían la resistencia y, por tanto, se abría un peligroso margen a las interpretaciones personales de los jueces. Por otra parte, las fronteras típicas entre los delitos de Estupro y Violación eran también oscilantes y en puridad, se determinaban en la praxis mediante interpretaciones subjetivas".

"Hay violación , después de la reforma en estudio, cuando se copula "con persona menor de doce años" pues la ley penal establece el carácter general en el consentimiento prestado por un menor de dicha edad carece de validez jurídica, habida cuenta de que quien lo otorga no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales..." (38)

(38).- Jiménez Huerta, Mariano.- Ob. Cit. Págs. 264 y - 265.

Para el Maestro Jiménez Huerta, el bien jurídico tutelado es la Libertad Sexual, al afirmar "que todo hecho realizado sobre una persona sin su voluntad válida encierra un atentado contra su libertad". (39)

Con el respeto que me merece el -- Maestro Jiménez Huerta, difiero en opinión, toda vez, -- que precisamente un menor, no tiene la capacidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, y entendiendo la Libertad Sexual como la capacidad de decidir con quién se tiene o no cópula, lógicamente, el bien jurídico tutelado no es la Libertad Sexual; sino que es la Seguridad Sexual, la protección a la sexualidad de -- los menores que no se encuentran dotados de esa capacidad de decisión, y que desde luego, el Estado debe de tutelar.

Ahora bien, existen personas que -- sin ser menores de 12 años tampoco poseen esa capacidad de decisión, nos referimos a los enfermos mentales cuya sexualidad también está protegida por el Estado, constituyéndose por tanto, en el presente caso, el Bien Jurídico Tutelado, la Seguridad Sexual.

Por lo que hace a las causas que -- impiden al sujeto pasivo resistir, se refiere a todos --

aquellos estados de inconciencia, provocados o no por el sujeto activo y que impiden al sujeto pasivo del delito producirse con voluntad o resistirse al hecho.

6.- AGRAVANTES EN EL DELITO DE VIOLACION.

Existen circunstancias personales y de ejecución, que indudablemente debilitan a la víctima, sea por el número de personas que intervienen en la ejecución o por la confianza y respeto que existe entre víctima y victimario.

La superioridad del sujeto activo sobre la víctima, indudablemente que disminuye la capacidad de defensa; al igual que una conducta totalmente inesperada por la víctima debido a la confianza depositada en el sujeto activo, por lazos de parentesco, convivencia, empleo o profesión; de tal forma que resulta justo y legítimo aumentar la pena cuando se presenta alguna de estas circunstancias; y así lo plasmó el legislador en el artículo 266 bis del Código Penal al señalar:

"Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

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

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

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

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

En las fracciones II y III, además de la pena privativa de libertad, se señalan penas accesorias a ésta consistentes en, pérdida de la patria potestad, o tutela y destitución o suspensión hasta de cinco años en el ejercicio de esa profesión, situación que resulta justa puesto que si de la confianza o jerarquía que otorga con motivo de este tipo de relaciones se va-

le el sujeto activo para cometer este acto tan reprobable, resulta justo y necesario imponer esta pena accesoria.

7.- DERECHO COMPARADO ANTES Y DESPUES DE LAS REFORMAS.

Las reformas realizadas al delito de violación, han consistido fundamentalmente en la creación de la Violación Ficta y la inclusión en el numeral-265 del Concepto de Cópula; por lo demás, el legislador solo se ha concretado a aumentar las sanciones privativas de libertad, como una medida preventiva de la comisión de estos delitos.

Resulta digno de aplauso la creación de la Violación Ficta; con anterioridad, si se introducía una parte del cuerpo por vía anal o vaginal distinta al miembro viril, constituía el delito de atentados al pudor y en los casos en que la introducción consistía en meter en dichas cavidades instrumentos distintos al órgano viril o a cualquier otra parte del cuerpo (dedos o lengua), tal conducta solo se sancionaba si -- constituían lesiones.

Sin embargo, como ya mencionamos con anterioridad, para que se dé la violación ficta se requiere que la introducción de elementos o instrumentos

sea realizada mediante el uso de violencia física o moral; olvidando el legislador completamente a aquellas personas menores de 12 años, enfermas mentales o aquellas que por alguna circunstancia no tienen la capacidad de resistir el hecho, mismas que en muchas ocasiones no requieren el uso de violencia, pues debido a tales deficiencias fácilmente otorgan su consentimiento.

Ahora bien, con la inclusión del concepto de cópula en el artículo 265. se pone fin a la interpretación jurisprudencial, pues plasmando en la ley dicho concepto, se logra la exacta aplicación de la ley.

En mi opinión, en cuanto hace al Delito de Violación, el legislador ha logrado casi la perfección, ha no ser del imperdonable olvido en que incurrió en la Violación Ficta.

C A P I T U L O

V

H O S T I G A M I E N T O

S E X U A L

CAPITULO V

HOSTIGAMIENTO SEXUAL

- | | |
|---|----------------------------|
| 1.- CONCEPTO | 2.- SUJETOS: a).- ACTIVO |
| b) PASIVO | 3.- BIEN JURIDICO TUTELADO |
| 4.- DERECHO COMPARADO ANTES Y DESPUES DE LAS REFORMAS | |

1.- CONCEPTO.- Resulta sumamente complicado realizar el estudio de un delito sobre el cual no existe nada escrito; sin embargo, pondremos todo lo que está de nuestra parte, para poder lanzar lo que podría llegar a ser el primer estudio del delito de Hostigamiento Sexual.

Pues bien, el delito denominado Hostigamiento Sexual previsto en el artículo 259 bis, -- fué creado por el Artículo Segundo del Decreto del 22 de diciembre de 1990, publicado en el "Diario Oficial" el día 21 de enero de 1991, entrando en vigor al día siguiente, quedando como sigue:

"al que con fines lascivos asedie-reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días de multa. Si el hostigador fuese servidor-

público y utiliza los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo".

"Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño".

"Solo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida".

Siendo el Hostigamiento Sexual el primer delito del Capítulo I de los Delitos contra de Libertad Sexual y el Normal Desarrollo Psicosexual, hemos preferido dejarlo al final, toda vez que el análisis de los demás delitos, no son útiles para conocer las tendencias del legislador, y llegar al verdadero motivo que lo orilló a crear este delito.

La situación económica en nuestro país, resulta sumamente difícil y siendo el trabajo el único medio digno para obtener nuestro sustento, resulta justo que el legislador en materia punitiva otorgue una protección a las personas, a efecto de que realicen su trabajo en armonía y respeto, sin que el hecho de ser subordinados signifique que deben soportar los asedios reiterados de tipo sexual, por parte de sus superiores y en la mayoría de las ocasiones tengan que acceder a dichos asedios, sometidos por la amenaza de que en caso contrario perderá su trabajo o reprueben "X" materia.

Por lo anterior, y dado que actualmente en México se vive un gran problema que es el desempleo resulta justo y equitativo darle protección mediante la creación de un delito.

Ahora bien, no podemos negar que en muchas ocasiones, se accede a las pretensiones sexuales de los superiores, con el afán de conseguir un puesto superior, un mayor sueldo o ciertas consideraciones en el trabajo o escuela; por tal motivo el Hostigamiento Sexual resulta ser perseguido por Querrela Necesaria; es decir, a petición de parte ofendida, pudiendo en su caso proceder el perdón.

Por asediar entendemos, molestar, importunar, perseguir, pues bien el asedio en el presente delito deberá ser con fines lascivos, es decir, con proposiciones lujuriosas, relativas a los goces carnales en sí, de tipo sexual, es decir comete el delito de Hostigamiento Sexual, el que valiéndose de su jerarquía, -- por razones de trabajo, docentes, domésticos o cualquier otra que implique la subordinación del sujeto pasivo, hacia el activo, realice proposiciones de tipo sexual, en forma reiterada a los subordinados.

Desde el punto de vista dogmático-

tenemos que:

En orden a la Conducta, el Hostigamiento Sexual, resulta ser un delito exclusivamente de acción, toda vez que requiere el asedio.

En Orden al tipo básico o fundamental, ya que tiene vida por sí solo; y por lo que hace a la forma de agotamiento del tipo, es un delito continuo o permanente, toda vez que al decir "reiteradamente" significa que debe prolongarse en el tiempo. Aun cuando se requiere una pluralidad de conductas y efectivamente existe una unidad de propósito delictivo, no es posible considerar este ilícito como un delito continuado, puesto que el Bien Jurídico Tutelado por los delitos contra la Libertad Sexual no admiten degradación progresiva.

En relación a la Culpabilidad, el delito de Hostigamiento Sexual, resulta ser un delito eminentemente doloso o intencional, puesto que existe el propósito lascivo.

La disposición de que "solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño", nos da como consecuencia, el afirmar que se trata de un delito de resultado material, de daño y que de ninguna forma podrá presentarse en grado de ten

tativa.

Podrá existir concurso de delitos con la Violación o el Abuso Sexual.

2.- SUJETOS: El delito de Hostigamiento Sexual, al igual que cualquier delito, es cometido por un sujeto activo, en agravio de un sujeto pasivo.

a).- SUJETO ACTIVO.- Es aquel que realiza la conducta típica, antijurídica y culpable; es aquel sujeto que asedia con propósitos lascivos reiteradamente a alguien.

Como vimos anteriormente, asediar es importunar, molestar reiteradamente a alguien, con el propósito de obtener una "prestación" de tipo sexual. -- Desde luego que el sujeto activo del delito debe causar un daño o perjuicio y tener una cierta superioridad sea por cuestiones laborales, docentes, domésticas o cualquier otra que implique precisamente esa superioridad jerárquica; ya que de otra forma, difícil sería causar un perjuicio o daño.

Por lo antes expuesto, el sujeto activo deberá:

- Ser superior jerárquico del ofendido.
- Tener propósitos lascivos, es decir, sexuales.

- Asediar reiteradamente al sujeto pasivo.
- Causar un daño o perjuicio.

El sujeto activo podrá ser persona de cualquier sexo.

b).- SUJETO PASIVO. - El sujeto pasivo es el que resiente el daño; en el delito a comento será aquel subordinado que sufre el asedio reiterado con propósitos lascivos y le es causado un daño o perjuicio.

La dificultad real en la persecución de este delito estriba en la prueba. Toda vez que no hay, hasta el momento, una jurisprudencia directiva que nos indique en la práctica concreta las posibilidades reales de establecer la prueba fehaciente que permita darle concreción a las hipótesis que se aducen como daño probable.

En realidad, el legislador dejó una libre interpretación en cuando al daño o perjuicio que debe sufrir la víctima.

El espíritu del legislador en lo que al daño se refiere, podemos interpretarlo de diversas maneras.

- Daño de tipo psicológico, comparado al previsto para el delito de amenazas y que consiste en lograr constreñir el ánimo de la víctima, obtener en ella un estado de

inseguridad:

-Daño económico, que podría consistir en la pérdida del trabajo o imposibilidad de superación en el campo laboral.

- Daño académico, ante la imposibilidad de acreditar materias, cuando en un proceso de enseñanza-aprendizaje el alumno es la víctima.

- Daño en la honra o fama pública, motivadas por circunstancias ambientales del caso.

3.- BIEN JURIDICO TUTELADO.- En mi opinión, el bien jurídico tutelado, será la Libertad Sexual, puesto que dentro de los delitos sexuales, quedan excluidos en este caso la seguridad sexual y la honra sexual. La exclusión obedece a que la honra sexual queda implicada como daño; y la Seguridad Sexual no es aplicable ya que el sujeto pasivo posee la capacidad de decidir al respecto. Aunque resulta un tanto forzado, no se excluye totalmente la posibilidad de asedio sexual en menores de 12 años, que por su situación escolar puedan, bajo determinadas circunstancias constituirse en sujeto pasivo, lo cual haría que el bien jurídico tutelado en este caso fuera la Seguridad Sexual.

Afirmo que el Bien Jurídico Tutela

do es la Libertad Sexual, puesto que nadie tiene derecho a obstruir o coaccionar a otro la libre decisión de ejercer la propia sexualidad.

4.- DERECHO COMPARADO ANTES Y DESPUES DE LAS REFORMAS.

Realmente aquí no es posible realizar un estudio comparativo, toda vez que, como ya se dijo, este es un delito de reciente creación.

El espíritu del legislador al constituir este delito, es muy loable puesto que se apega al ideal de justicia que es la base de todo el Derecho Sustantivo, lo cual no despoja a este nuevo delito de la aridez en la interpretación conceptual, por un lado, y de la dificultad probatoria, por el otro. Es digno de elogio el concepto moderno de persona incorporado en el Ordenamiento Jurídico actual, puesto que hace de cada ciudadano un ente digno que puede resolver todo tipo de conflictos de manera racional basándose en la igualdad ante la Ley.

Es notorio y significativo que el uso de la libertad, en todos los campos, como facultad inherente a todo ser humano marca la tendencia cada vez más a la humanización del Derecho.

En otro tiempo, la misma ley permitía los abusos contra la persona. Tal sucedió en la Grecia Clásica y en la Roma Imperial donde la persona era tratada como objeto, a tal grado que en las "obligatione romane" se tenía incluso el derecho de disponer de la vida del obligado. Asimismo en la Epoca Medieval se podía disponer del siervo como parte de los bienes sujetos a enajenación.

Esta actitud servil, que se cuela como resabio en las mentes retardatarias de muchas personas hacia sus subordinados en el trabajo, es la que pretende combatir la tipificación del delito en cuestión. - Debe entenderse que la igualdad ante la ley no coloca al que manda en posición de dominio con respecto a su subordinado, sino únicamente en posición de dependencia.

Cabe aclarar que la dependencia es lo normal en las relaciones humanas entre iguales; mientras que la situación de dominio es llevada al extremo de cosificación de la persona con la consiguiente pérdida de su dignidad y su libertad.

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

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

PRIMERA.- La denominación de atentados al pudor, resulta ba incorrecta para intitular este tipo, toda vez que el Bien Jurídico Tutelado no es el pudor.

SEGUNDA.- La denominación de "Abuso Sexual", tampoco resulta ser la correcta, puesto que con ella, es posible incluir todos los delitos sexuales e incluso la Corrupción de Menores; por lo tanto, propongo que sea denominada "Actos Libidinosos" o "Actos Lascivos".

TERCERA.- El concepto "Acto Sexual" utilizado para describir la conducta en el Abuso Sexual no resulta correcto; ya que, por "Acto Sexual" pueden entenderse un sin fin de conductas, por tanto, propongo se sustituya por "Tocamientos Lubricos Somáticos".

CUARTA.- Existirá el delito de Abuso Sexual, aun cuando el sujeto activo no realice un tocamiento, basta que con su conducta logre satisfacer su lasciva.

QUINTA.- El Bien Jurídico Tutelado por el Delito de Abuso Sexual, es la Seguridad Sexual, consistente en la protección de sufrir un sentimiento de desagrado de que alguien goce sin su consentimiento de su cuerpo. Cuando -- se realiza en menores de 12 años, será una conducta Típica de Corrupción de Menores.

SEXTA.- Al eliminar con las reformas hechas al Delito de Estupro, los elementos normativos (castidad y honestidad), el engaño podrá ser de cualquier índole, incluso el no pagar el precio por los favores recibidos, con lo que se pierde el verdadero sentido de este delito.

SEPTIMA.- Propongo un tipo de Estupro en los siguientes términos:

"Al que tenga cópula con mujer menor de 18 años y mayor de 12 años, obteniendo su consentimiento, bajo el engaño consistente en la promesa de contraer matrimonio, y de dicha relación resultan hijos, se aplicará de tres meses a cuatro años de prisión".

"Para los efectos de la Reparación del Daño, se estará a lo dispuesto en el artículo 276 --bis de este Ordenamiento".

OCTAVA.- En el Delito de Violación (genérica), solo el hombre puede ser sujeto activo, toda vez que para que exista penetración, se requiere la erección del miembro viril y ésta solo puede darse por estímulos positivos.

El sujeto Pasivo, es indiferente.

NOVENA.- El Bien Jurídico Tutelado por el Delito de Violación, es la Libertad Sexual, entendiéndose ésta, como el derecho y la capacidad de decidir cuándo y con quién,

se tiene cópula.

DECIMA.- En la "Violación Ficta", tanto el sujeto activo como el pasivo son indiferentes. Su diferencia con el -- Abuso Sexual consiste en que en éste no hay introducción y en la "Violación Ficta " la hay por vía anal o vaginal.

DECIMA PRIMERA.- El Bien Jurídico Tutelado por el delito de "Violación Ficta", es la Seguridad Sexual, en virtud de que no protege la libertad de decidir copular, amén de que, en el tipo no se hace referencia a la edad del sujeto pasivo del delito y generalmente, esta conducta ocasiona lesiones graves en las cavidades vaginal o anal.

DECIMA SEGUNDA.- Dado que el legislador olvidó, en la -- "Violación Ficta" referirse a los sujetos pasivos menores de 12 años, a los enfermos mentales y a quienes se encuentran imposibilitados de resistir el hecho, propongo la creación de un artículo 265 bis en los siguientes términos:

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

"La misma pena se aplicará al que-

sin emplear violencia, introduzca por vía anal o vaginal cualquier instrumento distinto al miembro viril, sea -- cual fuere el sexo del ofendido, si lo realiza en persona menor de doce años de edad, que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho; o por cualquier causa no pueda resistirlo".

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

DECIMA TERCERA.- El Bien Jurídico Tutelado en el delito de "Violación por Equiparación" es la Seguridad Sexual, la protección a la sexualidad de los menores de 12 años, los enfermos mentales o personas que no pueden resistirse al hecho, toda vez que no poseen la capacidad de decisión.

DECIMA CUARTA.- El Bien Jurídico Tutelado por el delito de "Hostigamiento Sexual", es la Libertad Sexual, puesto que nadie tiene derecho a obstruir o coaccionar a otro la libre decisión de ejercer la propia sexualidad. En el caso de los menores de 12 años el Objeto Jurídico será la Seguridad Sexual.

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

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

- 1.- BOTTIOL, GUISEPPE.- "Derecho Penal". Parte General.- Cuarta Edición, Editorial Temis.- Bogotá, 1965.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- "Derecho Penal Mexicano" Parte General.- Octava Edición, Editorial Libros de México.- México, 1967.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS RAUL. - "Código Penal Anotado".- Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A.- México, 1986.
- 4.- CARRARA, FRANCISCO.- "Programa de Derecho Criminal". Parte Especial, Tomo II.- Tercera Edición, Editorial Temis. Bogotá, 1957.
- 5.- CUELLO CALON, EUGENIO.- "Derecho Penal".- Tomo IV. - Novena Edición, Editorial Nacional Edino, S. de R.L.- México, 1961.
- 6.- FONTAN, BALESTRA.- "Delitos Sexuales".- Segunda Edición, Editorial Arayú.- Buenos Aires, 1958.
- 7.- GARONA, JOSE IGNACIO.- "Violación, Estupro y Abusos-Deshonestos".- Primera Edición, Editorial Lernes.- Buenos Aires, Argentina, 1971.
- 8.- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO.- "Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano".- Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A.- México 1979.

9.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- "El Código Penal Comentado".- Séptima Edición, Editorial Porrúa S.A.- Méxi-co, 1985.

10.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- "Derecho Penal Me-xicano".- Décimo Séptima Edición, Editorial Porrúa S.A.- México, 1981.

11.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- "Derecho Penal Mexicano"- Tomo III.- Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A.- Méxi-co, 1974

12.- KVITKO, LUIS ALBERTO.- "La violación".- Primera Edición, Editorial Trillas.- México, 1991.

13.- LOPEZ GOMEZ, LEOPOLDO: GISBERT CALABUIG, JUAN ANTO-NIO.- "Tratado de Medicina Legal".- Tomo III.- Tercera - Edición, Editorial Saber.- Valencia, España, 1982.

14.- MAGGIORE.- "Derecho Penal".- Parte Especial; Tomo - IV.- Cuarta Edición, Editorial Temis.- Bogotá, 1955.

15.- MARTINEZ ROARO, MARCELA.- "Delitos Sexuales".- Ter-cera Edición, Editorial Porrúa S.A.- México 1985.

15.- PORTE PETIT, CELESTINO.- "Ensayo Dogmático sobre el Delito de Estupro".- Quinta Edición, Editorial Porrúa, - S.A.- México, 1986.

17.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.- "Ensayo Dogmáti-co sobre el Delito de Violación".- Primera Edición, Edi-

torial Jurídica Mexicana.- México, 1966.

18.- R. MORAS MOM, JORGE.- "Los Delitos de Violación y -
Corrupción".- Primera Edición, Editorial Ediar.- Buenos-
Aires, Argentina, 1971.

19.- SIMONIN,C.- "Medicina Legal Jurídica".- Tercera --
Edición, Editorial Jim.- Traducción Dr. G. L. SANCHEZ --
MALDONADO.- Barcelona, España, 1931.

20.- SOLER, SEBASTIAN.- "Derecho Penal Argentino", Tomo-
III.- Segunda Edición, Editorial Argentina.- Buenos Ai--
res. 1970.

DIARIOS OFICIALES

1.- "Diario Oficial".- 20 de Enero de 1967.

2.- "Diario Oficial".- 13 de Enero de 1984.

3.- "Diario Oficial".- 3 de Enero de 1989.

4.- "Diario Oficial".- 21 de Enero de 1991.

LEGISLACION CONSULTADA

1.- Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y
Territorio de la Baja California de 1871.

2.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federa-
les de 1929.

3.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del
Fuero Común y para toda la República en Materia del Fue-
ro Federal de 1931.

4.- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Méxi
co de 1986.