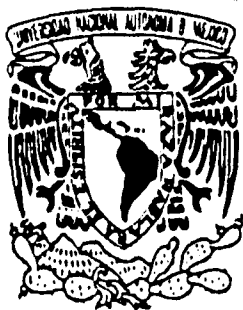


73
2E1

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

LA VIOLENCIA EN EL ABUSO SEXUAL,
REQUISITO DEL TIPO O
CIRCUNSTANCIA CUALIFICANTE

FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JESÚS CASTILLO PEDROZA

ASESOR: LIC. GRACIELA LEÓN LÓPEZ

MÉXICO 1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA VIOLENCIA EN EL ABUSO SEXUAL, REQUISITO DEL TIPO O CIRCUNSTANCIA CUALIFICANTE

ÍNDICE

| | |
|---------------------------|----|
| <i>Dedicatorias</i> | II |
| <i>Introducción</i> | V |

CAPÍTULO I

Generalidades del tipo de Abuso Sexual.

| | |
|---|----|
| A. Antecedentes del tipo de Abuso Sexual | 2 |
| 1.- Código Penal de 1871 | 2 |
| 2.- Código Penal de 1931 | 5 |
| 3.- Reformas al tipo hasta la actualidad | 10 |
| B. Ubicación del tipo | 16 |
| C. Definiciones | 17 |
| 1.- Requisito del tipo | 18 |
| 2.- Circunstancia cualificante | 19 |
| a. Da mayor disvalor a la conducta | 20 |
| b. Da menor disvalor a la conducta | 21 |

CAPÍTULO II

Estudio dogmático del tipo de Abuso Sexual.

| | |
|---|-----------|
| A. Análisis del tipo de Abuso Sexual | 26 |
| 1.- Su configuración típica | 26 |
| a. Elementos objetivos | 41 |
| b. Elementos subjetivos | 42 |
| c. Elementos normativos | 43 |
| 2.- Definición de los elementos del tipo de Abuso Sexual | 45 |

CAPÍTULO III

Análisis de la violencia en el Abuso Sexual.

| | |
|--|-----------|
| A. Interpretación del tipo de Abuso Sexual | 52 |
| 1.- En atención al vocablo "oblique" | 52 |
| 2.- En atención al vocablo "violencia" | 54 |
| B. Duplicidad de conducta para la formación del tipo | 57 |
| C. Determinación de la violencia, como requisito para la integración del tipo o como una circunstancia complementaria del mismo | 66 |
| Conclusiones | 80 |
| Bibliografía | 90 |

**LA VIOLENCIA EN EL ABUSO SEXUAL,
REQUISITO DEL TIPO O
CIRCUNSTANCIA CUALIFICANTE**

A mis padres Martha y Enrique, de quienes he recibido su cariño, apoyo y ejemplo de esfuerzo, que, sin duda, representó un importante auxilio en mi formación y es una pauta a seguir en la vida.

A María de los Ángeles, por alentarme a obtener el objetivo deseado, respaldándome con su amor y comprensión de una verdadera pareja.

Al maestro Estuardo Mario Bermúdez, que ha sido para mí un verdadero ejemplo de superación, con su innata vocación de jurista y líder, enseñándome que un logro sólo es el inicio de otro.

A los licenciados Orlando Usó y Jaime Pichardo, por brindarme la oportunidad de ingresar al maravilloso mundo jurídico, extendiéndome siempre sus manos de amigo.

A mis amigos forjados a través de los años en los diversos planteles escolares y centros de trabajo, pues con esa convivencia, pude aprender un poco más cada día.

A doña Porfiria Morán, de quien no necesito mencionar más que fue un punto vital en mi formación y a quien recordaré siempre.

***A la Universidad Nacional
Autónoma de México, y en
especial a la Escuela Nacional de
Estudios Profesionales, Aragón,
y su personal docente, por
abrirme sus puertas y
concederme la invaluable opción
de serle útil a la sociedad, y en
consecuencia a mi país,
apostando mi palabra de honor a
que no defraudaré.***

INTRODUCCIÓN

Cuando se vive dentro de una comunidad, es evidente que la relación existente entre sus integrantes no siempre estará enmarcada de concordia, toda vez que cada uno de esos miembros deseará obrar de acuerdo a sus intereses y beneficios personales. Es por ello, que quien deba dirigir el destino de esa comunidad buscará regular esas conductas a fin de que el desarrollo de uno no sea perjudicial para otro, caso contrario, se estará adecuando esa exteriorización de voluntad a la disposición establecida.

Esto acontece en cualquier país donde exista un estado de derecho, pero no solamente trasciende el hecho de constituir una disposición y mantenerla escrita para cuando se presente el ajuste de una conducta a ella, sino que además, de acuerdo a que están dirigidas a la especie humana, misma que va evolucionando y cambiando deben de ir de la mano con esa sociedad.

Para ello existe un cuerpo legislativo, quien dentro de lo que se conoce como política criminal, efectúa el estudio crítico y prospectivo de las normas jurídico-penales y de las vías institucionales para su oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva, estructurando las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales.

Es así que las normas van cambiando, y precisamente a raíz de las recientes reformas a la normatividad penal que entraron en vigencia en los inicios del año de 1994, se buscó adecuar descripciones de conductas y estados

procesales al momento que se vive social, política y jurídicamente. Sin embargo, uno de los renglones que no se han atendido a fondo, lo es el capítulo referente a los delitos sexuales, pues si bien ahora encontramos descripciones delictuales como el hostigamiento sexual, o bien, incrementos en las sanciones, hay detalles que el legislador ha pasado por alto o no ha atendido con precisión.

Y es por ello, que aún a pesar de la aludida reforma en materia penal, y dentro del capítulo en mención, se sigue hablando de violencia sin que haya una definición natural en el mismo, sino que es necesario remontarnos al apartado de los delitos patrimoniales para poder determinar esa definición, lo cual sería una imperfección jurídica, pues sabido es, como disposición de derecho, que en materia penal no opera la analogía.

Pero no es sólo ello, sino que además, bajo mi precaria experiencia, siento que hay una duplicidad de referencia de la violencia, atendiendo en este estudio, en específico, al delito de Abuso Sexual, contenido en el numeral 260 del Código Sustantivo de la materia, toda vez que en su primer párrafo se encuentra el vocablo "obligue", en tanto que en un segundo párrafo señala un incremento de penalidad si se hiciera uso de violencia, concediéndose el hecho de que para que exista el "obligar" a alguien, debe inferirse que se actúa contra la voluntad de la víctima, lo que necesariamente es semejante a decir que se utiliza una violencia para lograr el propósito establecido en la mente del agresor.

Todo lo cual conlleva a decir que necesita redactarse el tipo de

manera que queden bien determinadas estas condiciones, a fin de que en un momento dado no pudiera quedar vulnerado algún derecho del agresor, lo que resultaría que tuviera que dejarse sin efecto la sanción por la circunstancia complementaria y subordinante, a pesar de que (considerando que se pudiera acreditar fehacientemente su responsabilidad penal) haya sido constatable el hecho que se le atribuye, estando, por consiguiente, imposibilitados para aplicar la pena que correspondería, significando que la sanción real que debería imponérsele se vería disminuida, no por constituirse como una circunstancia atenuante, sino porque operaría un principio natural de derecho, consistente en que no debe sancionarse a un infractor dos veces por el mismo hecho, y atento a esa "experiencia" adquirida por el agresor, volviera a delinquir, sabiendo de la laguna de ese tipo dentro de un rubro que es de los más delicados y reprochables por la sociedad, como lo es el de los delitos sexuales.

GENERALIDADES DEL TIPO DE ABUSO SEXUAL

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL TIPO DE ABUSO SEXUAL

A. Antecedentes del tipo de Abuso Sexual.

Considero necesario iniciar el presente estudio, con una visión de la forma en que estaba estructurado el tipo penal de Abuso Sexual desde sus inicios, para así poder contemplar como el legislador lo ha ido transformando de acuerdo a la visión jurídica-política-social prevalenciente en cada etapa.

1.- Código Penal de 1871.

Este ordenamiento legal que fue aplicable a todo el territorio, en materia federal, así como al sitio en donde se concentraban los Poderes de la Unión, en materia del fuero común, se menciona por creerlo idóneo para dar una perspectiva de cómo, en esa época, acorde a sus vivencias sociales, políticas y económicas, se atendía a un delito que lesionaba la integridad sexual de las personas, facilitando así la comprensión del por qué desde ese tiempo, y hasta la fecha, de su existencia.

Dicho tipo, se encontraba en el título VI del Libro III del Código Penal de mil ochocientos setenta y uno, bajo el epígrafe de "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres", y textualmente establecía:

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

"ART. 790. El atentado contra el pudor ejecutado sin violencia física ni moral, se castigará con multa de primera clase, con arresto menor, o con ambas penas, a juicio del juez según las circunstancias, si el ofendido fuere mayor de catorce años.

"Cuando se ejecute en un menor de esa edad, o por medio de él, se castigará con una multa de 10 a 200 pesos, con arresto mayor o con ambas penas.

"ART. 791. El atentado cometido por medio de la violencia física o moral, se castigará con la pena de dos años de prisión y multa de 50 a 500 pesos, si el ofendido fuere mayor de catorce años.

"Si no llegare a esa edad, la pena será de tres años y multa de 70 a 700 pesos.

"ART. 792. El atentado contra el pudor se tendrá y castigará siempre como delito consumado".¹

En estos últimos artículos, lo que se contenía era la punición aplicable para este delito, así como la condición de que sólo se aceptaba su figura como un delito consumado, negando de tal manera la posibilidad de que se presentara como tentativa.

¹ MARTÍNEZ ROARO MARCELA. "Delitos Sexuales. Sexualidad y Derecho". Porrúa, México, 1990. Págs. 128 y 129.

Como es de apreciarse, en esta etapa no se le daba el nombre de "Abuso Sexual", al delito que amerita este estudio, sino que se le conocía como "Atentados contra el pudor", utilizando un término enunciativo de la conducta -acto impúdico- que difícilmente pudiera encontrar unanimidad en su definición, puesto que si bien puede valorarse que se trataba de una época con costumbres diversas al mundo actual, que se traduce en decir que había la presencia de actitudes sustentadas en recatos diferentes, con una actuación y una vestimenta que podría calificarse, conforme al tiempo actual que se vive, de reservada, ello de manera alguna sería un indicio para concretar qué era acto impúdico, toda vez que si atendemos a la esencia de toda concepción de este tipo (moralidad), ésta puede diferir, aún con la misma naturaleza, en una u otra persona, incluso perteneciendo al mismo conjunto familiar, ya que se va estimando de acuerdo al sentir y pensamiento del individuo, conjugado con los principios que dentro de su seno familiar y social se forjen, lo que significa que no serán propiamente unificados, y si en cambio, ante la diversidad de personas que pueden existir, cada una tendrá su concepto muy personal, acorde no solamente a esa convivencia familiar, sino al grado educativo y cultural con que cuenten; por lo cual, puede decirse que requerir la conducta como un acto impúdico, implica una imprecisión, quizá salvable, pero que aun así no resulta contundente para consignarla con exactitud; y menos, si no se pierde de vista que ese acto debía ofender al pudor, otra consideración subjetiva a deliberarse, al ser un diverso aspecto que va contenido en la educación del hombre, significando la dificultad de que se identifique como algo único en la mentalidad de la gente, por la sensibilidad personalísima de cada integrante de la sociedad.

Aunado a lo anterior, si se aprecian en este título los capítulos de que

se contiene, titulados "Delitos contra el estado civil de las personas", "Ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres", "Atentados al pudor, estupro y violación", "Corrupción", "Rapto", "Adulterio", "Bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales" y "Provocación a un delito y apología de éste o de algún vicio", puede observarse que a estos delitos corresponden formas muy variadas de acciones típicas, así como heterogéneas especies de bienes jurídicos, objeto de la tutela penal, circunstancia que bien pueda motivar la imprecisión aludida, en la descripción de la conducta del delito que es el núcleo de este estudio.

2.- Código Penal de 1931.

Después del breve comentario anterior, habrá que ocuparse del Código Penal que le siguió al de mil ochocientos setenta y uno, el cual fue promulgado en el año de mil novecientos treinta y uno, y que de hecho es el que hasta la fecha tiene vigencia, con sus lógicas y necesarias modificaciones. Pero previo a ello, es preciso, en este momento, hacer una observación en el sentido de que no se pasa desapercibida la legislación penal que operó en el año de 1929, tan es así, que ahora opera un alto en la exposición para hacer referencia a ella, quizá no planteada y con un comentario en el que se ahonde en algunos aspectos como se hizo con la legislación antes vista, pero sí aludiendo al punto conducente y elemental, que es la inscripción del artículo en que se contenía el delito, que finalmente es el material válido para integrar este planteamiento. Ello no representa un signo de desprecio, sino que por el hecho de su efímera vigencia, así como las constantes críticas de que fue objeto por, según los

conocedores, algunas fallas de tipo técnico y obstáculos de tipo práctico que presentaba (lo cual impidió su pleno desarrollo), seguramente no trascendería significativamente en el presente análisis; estimando que basta mencionar que para el título XIII se empleó la denominación de "Delitos contra la libertad sexual", incluyéndose ahí el delito de Atentados al pudor (se modifica el nombre en relación al anterior, pero todavía no se le conoce como Abuso Sexual), en el numeral 851, cuyo texto era el siguiente:

"Se da el nombre de atentado al pudor: a todo acto erótico sexual que, sin llegar a la cópula carnal, se ejecuta en una persona púber sin su consentimiento, o en una impúber, aun con el consentimiento de ésta".²

Normatividad en la que se puede apreciar la omisión de la frase "acto impúdico que pueda ofenderlo" (al pudor), por el de "acto erótico sexual", que pudiera resultar menos cuestionable que la anterior, aunque fue precisamente bajo el título que se asignó lo más debatido, por la controversia del bien jurídico que realmente se tutela. Al respecto, se considera que no sólo se ofende la libertad, sino además la seguridad sexual. Con la presente afirmación, se quiere explicar que ambos aspectos deben tenerse tutelados en este delito, ya que si bien la libertad sexual consiste en la libre determinación de la conducta erótica en el ofendido, de su gusto o libertad a mantener un contacto de tipo sexual con quien desee, la seguridad sexual se entiende como la certeza y tranquilidad que debe tener cualquier individuo posible ofendido, de que en su convivencia social se le respetará la integridad de su cuerpo, asegurándosele así contra las

² GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO. "Derecho Penal Mexicano. Los delitos". Porrúa, México, 1960. Pág. 345

manifestaciones abusivas que pudiera tener alguna persona en su contra, clarificándose que ambos aspectos son lesionados en la comisión del ilícito; a manera de ejemplificar lo anterior puede estimarse que habrá ocasiones en las que menores de edad puedan ser víctimas, siendo que ellos no pueden dar un consentimiento natural para recibir un acto de este tipo (pues a un menor de edad no cabe exigirle que cuente con un pleno poder de decisión que lleve implícito el conocimiento elemental del hecho), y es por lo que se estima que resulte válido contemplar también a la libertad sexual como bien jurídico de este delito, y no sólo a la seguridad sexual como lo sustentan algunos tratadistas; todo lo cual conlleva a decir que la naturaleza del delito es, por su esencia de comisión, tutelar la seguridad sexual, pero no por ello se debe dejar de lado a la libertad sexual.

En tal sentido, el tratadista Mariano Jiménez Huerta sostiene lo siguiente:

"El bien jurídico tutelado en el delito de atentados al pudor es la libertad de amar, pues aunque la propia denominación del delito pudiera hacer creer, a prima facie, que el interés vital protegido es el pudor, esto no es más que un espejismo engañoso que se esfuma tan pronto se tiene en cuenta que el delito puede también cometerse sobre impúberes, esto es, sobre personas en las que todavía no ha surgido la sensación de pudor... o, más ampliamente como impresión de honor o intimidad que culturalmente queda grabado en la persona desde el albor de su pubertad. Demuestra asimismo que el pudor no es el bien protegido en el delito en examen, la elocuente circunstancia de que el tipo se perfecciona aún en el caso en que los actos que le integran se efectúan sobre

*personas notoriamente impúdicas.*³

Punto de vista que si bien no abarca los dos aspectos que se consideran trascendentales a tutelar en un delito de este tipo, tampoco puede decirse que resulte contrario, al estimar que no solamente es un delito factible de realizarse en personas púberes o no, caso en el cual, operaría la motivación que se ha propuesto líneas arriba. Dicho lo anterior, habrá que continuar con la perspectiva evolutiva de este tipo penal.

Cabe decir que en un principio la legislación penal mexicana de mil novecientos treinta y uno, tuvo una diversa distribución del delito de Atentados al pudor, pudiendo encontrarse en el Título Decimoquinto de "Delitos Sexuales", término que resultaba idóneo para encauzar un ilícito de este tipo, toda vez que no era preciso adentrarse a criterios o polémicas de si se atenta contra la libertad o la seguridad sexual, ya que con el hecho de manejarlo como "delito sexual", puede encuadrarse en toda conducta en la que el delincuente lleve a cabo un acto corporal, que produzca como resultado una lesión de la libertad o de la seguridad sexual del pasivo; sin que con el presente planteamiento, quiera pasar desapercibido el argumento plasmado líneas arriba, sino por el contrario, se vuelve a sustentar, complementándolo ahora con decir que, en tal caso, de conformidad con los delitos que conformaban este Título (Atentados al pudor, Estupro, Violación, Rapto, Incesto y Adulterio), podría delimitarse en cuáles se lesiona la seguridad sexual y en cuáles la libertad sexual.

³ JIMÉNEZ HUERTA MARIANO. "Derecho Penal Mexicano". Tomo III. Porrúa, México, 1980. Pág. 219.

El tipo penal que contiene este delito, está en el artículo 260, que en su origen decía textualmente:

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

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

Complementándose con el artículo 261, que a la letra establecía:

"ART. 261.- El delito de atentado contra el pudor sólo se castigará cuando se haya consumado".⁵

Como es de apreciarse, se indican dos diversas hipótesis legales, ya sea que recaiga el delito en personas púberes o impúberes, atendiendo el mayor o menor desarrollo fisiológico-sexual del ofendido, enmarcado en el supuesto de la presencia o ausencia del consentimiento, lo que representa para los exigentes estudiosos del derecho la variación no sólo de la composición

⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO. "Código Penal Comentado". Porrúa, México, 1976. Págs. 324.

⁵ Idem. Pág. 326.

jurídica del delito, sino la naturaleza de los bienes jurídicos objeto de la tutela penal, de lo que al respecto, ya se ha expresado un punto de vista. Se sigue sosteniendo en el artículo 261, la imposibilidad de que pueda darse este delito en grado de tentativa.

3.- Reformas al tipo hasta la actualidad.

El treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, se emitió un decreto, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación del tres de enero de mil novecientos ochenta y nueve, mediante el cual se reformaba el contenido del artículo 260 del Código Penal, quedando el texto de la siguiente manera:

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

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

Ahora, en esta descripción, como es de advertirse, hay modificaciones de fondo que son notorias, como lo es el hecho de que se omite la referencia de "acto erótico-sexual", quedando sólo "acto sexual", y que éste debe de ser con "intención lasciva", condición que quizá buscaba intensificar

la naturaleza del acto sexual, aunque bien pudiera resultar ociosa esa frase, dado que el propio origen del acto sexual, lleva implícita esa intención; independientemente de que se encontrarían dos aspectos internos (psicológicos) del individuo que ejecuta el acto, y que debían probarse, como lo son "sin el propósito de llegar a la cópula" y la "intención lasciva", los cuales si no eran atendidos adecuadamente, podrían confundirse y hasta contrariarse entre sí, truncando la posibilidad de que se comprobare el ilícito, cuando, dada su relevancia, tiene que ser acreditado claramente. Por tanto, este agregado no resultó idóneo para alimentar la concepción del Abuso Sexual (todavía llamado en ese momento Atentados al pudor), y si, en cambio, provocó un desconcierto al requerir un doble requisito interno en el autor, como lo es el no propósito y la intención lasciva, resultando que esta última, por su naturaleza, se entiende que debía ir implícita en el concepto del acto sexual.

Desaparecen de la misma manera consideraciones notorias en los dos anteriores, como la calidad de "púber" o "impúber" en la víctima, reforma que sin aportar a la naturaleza del delito, rompe de manera abrupta el marco donde se determinaban las características del sujeto pasivo, aunque bajo un criterio personal, poco significa ello, ya que el hecho de que sea "púber" o "impúber" la persona a quien se lesiona en nada interfiere a que la conducta sea contraria a derecho (dado el bien jurídico que se tutela), y en todo caso, si llegara a concurrir tal característica en la víctima, debe ser motivo de valoración por parte del órgano jurisdiccional, al momento de emitir una resolución e individualizar la pena.

Asimismo, se aprecia la supresión de la frase "sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula"; al respecto, el tratadista Raúl Carrancá

y Trujillo, expone: "me parece un desacierto porque la ausencia de aquel propósito directo e inmediato desnaturaliza que el activo se proponga el acceso carnal, como consecuencia de la excitación de su libido y de la del pasivo".⁶ De tal observación, es de considerarse el punto de vista reflejante del interés de dicho autor en atender la idealidad de este tipo penal, aunque no estamos totalmente de acuerdo con él, pues el hecho de que el agente activo del delito tenga o no el propósito "directo o inmediato", en nada influye en la ejecución sobre la víctima de un acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula; esto es, si el propósito directo fuera el de llegar a la cópula, estaría llevando a cabo actos ejecutivos a un delito diverso al que ahora se analiza, pudiendo consumarse o quedar simplemente como tentativa ("bastaría comprobar que hay tentativa de violación cuando se realiza solamente la violencia con el fin de consumar la cópula"⁷), resultando, por tanto, innecesario el vocablo "directo", puesto que con su existencia o no, la conducta del activo desenvocaría en otro delito, si su propósito fuera el de copular. Para robustecer tal afirmación, me permito transcribir lo siguiente: "desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor ... significando así el conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito ... cabe distinguir, por ejemplo, los siguientes estadios del desarrollo del delito: concepción, decisión, preparación y comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado

⁶ CARRANCA y TRUJILLO RAÚL y CARRANCA y RIVAS RAÚL. "Código Penal Anotado". Porrúa, México, 1995. Pág. 688.

⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. "Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación". Porrúa, México, 1985. Pág. 83.

típico, agotamiento del hecho. En realidad, el desarrollo del delito es un proceso continuo, ininterrumpido ...".⁹

En el mismo orden de ideas, si el propósito del violador de la norma no fuera "inmediato" sino "mediato", entonces estaríamos hablando de que se saldría de ese espacio de temporalidad requerido, y con ello no encuadraría su conducta en la descripción. Ante tal postura, se cree que más que perjudicar, se beneficia al tipo penal.

Se modificó, asimismo, la parte de la penalidad la cual se incrementó, señalándose que sería de quince días a un año la duración de la prisión y suprimiéndose la pena accesoria de la multa por diez a cuarenta días de trabajo en favor de la comunidad, y ya no hay un artículo expreso en el se determinara que no era posible castigar a este delito, sin que se consumara.

Actualmente, y de conformidad a la reforma del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa, publicada en el Diario Oficial de la Federación del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno, se modificó el nombre y la estructuración del delito, y es precisamente cuando se le denomina Abuso Sexual, ubicándose en el mismo numeral, sólo que bajo el Título Decimoquinto denominado "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", quedando el texto del tipo penal, en el ordenamiento legal aludido, como sigue:

⁹ ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. "Tratado de Derecho Penal". Tomo IV. Cárdenas Editores, México, 1988. Págs. 409 y 410.

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

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

Como puede apreciarse, en este texto se confirma la desaparición de consideraciones que eran muy notorias en los tipos anteriores al que tuvo vigencia en mil novecientos ochenta y nueve, como la calidad de "púber" o "impúber" en la víctima y el "propósito directo e inmediato de llegar a la cópula", aunándose a ellos la "intención lasciva" (quizá dándose cuenta el legislador de que se estaría operando con dos elementos subjetivos a valorar en el sujeto activo), al tiempo que se incrementaban las penalidades. Modificaciones legislativas que volvieron a traer como consecuencia varias críticas por parte de los estudiosos del derecho penal, quienes consideraron que con tales innovaciones se impedía precisar varios requisitos elementales para configurar el delito con toda precisión, sin dejar a salvo la siempre cuestionada posibilidad de confundir lo que es el delito de Abuso Sexual y la Tentativa de Violación, ante la, a veces, difícil prueba de acreditar la inexistencia del propósito de llegar a la cópula.

En tal sentido, es válido que se sustente que estas reformas no aportan, en absoluto, algo a la naturaleza del delito (bajo lo que incluiría el Título que se le dio al capítulo que contiene al Abuso Sexual, toda vez que éste se estructuró bajo una sintaxis que puede ser blanco directo de innumerables

opiniones poco benévolas), ya que el hecho de que sea "púber" o "impúber" la persona (como ya lo dejó establecido) en nada interfiere a que la conducta sea contraria a derecho (dado el bien jurídico que se tutela), y si en todo caso llegara a concurrir tal característica en la víctima, debe ser motivo de valoración por parte del órgano jurisdiccional, al momento de individualizar la pena, quedando el problema a resolver del consentimiento de la persona que jurídicamente no sea apta para otorgarlo, pero sí psicológicamente. Volviendo a sustentar que la supresión de la frase "intención lasciva", en nada modifica la esencia, toda vez que siempre estará contenida en un acto sexual, al ser utilizada como una satisfacción erótica o el preámbulo a un acto carnal; en tanto que contando o dejando en el olvido el "propósito directo e inmediato", sigue prevaleciendo el significado de que el evento debe de presentarse "sin el propósito de llegar a la cópula", ya que cuando existe el ánimo de copular, es lógico que se presente y represente de alguna forma, fuera o no directo e inmediatamente ese propósito, puesto que los actos irían tendientes a lograr la cópula y no solamente satisfacer un acto libidinoso momentáneo, que, por lógica razón, debe realizarse con prontitud; por tanto, esa acción libidínosa debe de ser incompleta desde el punto de vista fisiológico y psicológico, por no proponerse en ese instante la consecución de la cópula; motivo por el cual, se estima que con esta reforma se logró eliminar una circunstancia de temporalidad que inducía a que se pudiera hacer atípica la conducta, y si en cambio es viable determinar y encuadrar si se trata del delito de Abuso Sexual o de la tentativa de otro delito.

Existiendo en tal sentido la presente jurisprudencia:

"El delito de atentados contra el pudor y la tentativa de violación, por su esencia misma,

no pueden coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto que en el primero no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula y en la segunda se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo.

A.D. 2985/1975. Nicolás Gabaldón. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época, Volumen VIII. Segunda Parte, pág 94".³

B. Ubicación del tipo.

Después de haber desarrollado la retrospectiva de los ordenamientos legales en materia penal y las reformas de que fue objeto el entonces llamado delito de Atentados al pudor, planteadas en el punto anterior de este capítulo, puede precisarse que el tipo penal de Abuso Sexual, en la Legislación Penal que se encuentra vigente, está contenido en el Título Decimoquinto, de los "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", en su Capítulo I intitulado "Hostigamiento sexual, abuso sexual,

³ Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actualización IV Penal. Mayo Ediciones, México, 1985. Pág 1265.

estupro y violación", en el artículo 260 del Libro Segundo (o parte especial) del Código Penal para el Distrito Federal, en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno, quedando, hasta el momento, su texto como sigue:

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

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

C. Definiciones.

Podrá ser cuestionable el por qué se hace un apartado de definiciones en este momento, después de establecer los antecedentes del tipo penal de Abuso Sexual, lo que incluso implicaría o haría parecer que hay una desviación del tema o bien, se pierde su continuidad, situación que queda explicada de la siguiente manera: ya fueron anotados en las líneas que anteceden, todos aquellos elementos inherentes a la evolución que ha tenido en sus textos el delito en cuestión, haciendo énfasis en los Códigos Penales de 1871 y 1931, con las modificaciones respectivas a este último; a continuación, y para no producir alguna confusión, en atención a la exposición evolutiva

plasmada, se inscribió la ubicación que tiene, en la normatividad penal vigente, el delito de Abuso Sexual, y así, teniéndolo claramente determinado en un espacio, se cree procedente estudiar, en concreto, al presente tipo penal. Pero como preámbulo, que se considera válido, habrá que explicar sus aspectos relevantes para poder comprenderse plena y claramente al estudio del delito en mención, consistiendo éstos en las definiciones de lo que son los requisitos del tipo y las circunstancias cualificantes.

1.- Requisitos del tipo.

Dentro de cualquier delito, siempre existirá el enunciamiento que va a determinar la forma en que debe realizarse el accionar del individuo para ser considerado contrario a derecho, y en algunos casos, referirán condiciones que acrecentarán la sanción merecedora por el desarrollo de dicho acto. Es por ello que cuando se habla de un tipo penal debe entenderse que es la conducta descrita por el legislador en los preceptos penales; significando lo anterior, que para que esa conducta sea considerada como delictiva, debe encuadrarse en esa descripción formulada y establecida en la ley (tipicidad).

Qué significa lo anterior, pues que para poder tener por acreditado un delito, deberán satisfacerse las condiciones necesarias enunciadas en una normatividad establecida, que esa manifestación externa de la voluntad se considere como tal. Y es precisamente a esas condiciones a las que se hará alusión como requisitos del tipo, o bien, como las llaman la mayoría de tratadistas, elementos descriptivos del tipo, ya que son los conceptos tomados del lenguaje

cotidiano que describen actitudes del mundo real, y que pueden ser susceptibles a simple vista, aunque la precisión de los mismos, en su exacto contenido, por lo general, implicarán un cierto grado de contenido jurídico; puesto que "el tipo penal es por naturaleza eminentemente descriptivo. En él se detalla, con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí, que la mayoría de los tipos de la parte especial de un código, tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción que se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible ... los tipos penales describen, por lo general, estados o procesos de naturaleza externa susceptibles ... de ser determinados espacial o temporalmente, perceptibles por los sentidos, "objetivos", fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva y apreciables por el juez mediante la simple actividad del conocimiento ...".¹⁰

Quizá puede ser rebatible esta analogía que se propone entre un requisito del tipo y un elemento descriptivo del tipo, lo cual es válido y benéfico para nutrir los conocimientos de quien esto propone, sin embargo, se seguirá con esta postura, con base en que, finalmente, su naturaleza y, por ende, su significado representan la misma intención, que es la descripción de actitudes.

2.- Circunstancia cualificante

Por su parte, bajo la denominación de calificación del delito, se

¹⁰ JIMÉNEZ HUERTA MARIANO. "Derecho Penal Mexicano". Tomo I. Porrúa, México, 1980. Págs. 75 y 76.

entienden aquellas situaciones que, previstas en la ley penal, suponen una diversidad de la punibilidad prevista por el legislador, y en general, la doctrina al referirse a la calificación de los delitos, plantea que ésta puede darse por ser privilegiados o agravados.

a. Da mayor disvalor a la conducta.

Antes de exponer los conceptos de las circunstancias agravantes o que dan mayor disvalor a la conducta, y atenuantes o que dan menor disvalor a la conducta, es necesario poner de manifiesto que ambas circunstancias son eso, únicamente circunstancias cuya concurrencia o ausencia no afecta a la existencia del delito, aun cuando se traduzcan en una mayor o menor gravedad del mismo, esto es, no cuentan con una vida autónoma y estarán sujetas para su existencia a la presencia de un tipo penal básico. Aclarado lo anterior, puede decirse que las circunstancias agravantes determinan un aumento de la pena, precisamente por ser reveladoras de una mayor conciencia en el sujeto para entender y querer el hecho ilícito que haga (culpabilidad), sin que le asista una causa que justifique esa conducta (antijuridicidad). Ello significa que frente a una responsabilidad de quien lleve a cabo una conducta, en correspondencia con el tipo penal formulado por el legislador, habrá ciertas circunstancias que revelen un mayor grado de conocimiento y querer del hecho en el sujeto que cometa el delito; dicho en otras palabras, una conducta delictiva puede ir acompañada de datos, caracteres o circunstancias reveladoras de una mayor perversidad del sujeto, de una especial intensificación de su culpabilidad, de un aumento de alarma social o de un aumento del mal producido, de tal manera que estas circunstancias tengan especial relevancia en la exigencia de su responsabilidad.

lo que se traduce en que el hecho contrario a derecho que haya llevado a cabo, se le aumentará cuantitativa o cualitativamente la pena que se le haya señalado por el delito que hubiese cometido.

En conclusión, una circunstancia cualificante que da mayor disvalor a la conducta, es aquella que la va a agravar, de conformidad con lo que el legislador de antemano ha considerado como principios a salvaguardar con mayor intensidad en la sociedad, atendiendo a las condiciones del momento, forma o lugar en que fuera desarrollada dicha conducta, lo que representa un incremento mayor a la penalidad, que en condiciones "normales" se le impondría al infractor.

b. Da menor disvalor a la conducta.

Por lo que hace a las circunstancias que dan menor disvalor a la conducta, puede decirse que éstas consisten en las que influyendo sobre alguno de los elementos del delito, debilitan su intensidad, lo cual viene a producir una disminución de la pena que se habría de aplicar, en caso de que no hubiera concurrido esa circunstancia; esto es, son los acontecimientos situados en la persona del autor, que hacen menos reprochable su conducta antijurídica.

Pero antes de continuar con la exposición al respecto, se cree preciso poner de manifiesto que a estos acontecimientos se les deben de tener como circunstancias del hecho, cuya concurrencia o ausencia no tiene porque afectar de ninguna manera a la existencia del evento delictivo, aun cuando se

traduzcan en una menor gravedad (o mayor gravedad, en caso de una circunstancia cualificante, tal y como ya se analizó en el inciso que antecede), del mismo.

Es por ello que debe tenerse por inexistente la posibilidad de confundir o tener como sinónimo a una "circunstancia" con la "eximente", puesto que mientras circunstancia significa lo que "está alrededor" (del latín *circum stare*), o sea, es un accidente de modo, tiempo o lugar en el hecho considerado como delictivo, el cual va a ser "respetuoso" de su existencia, la eximente es una causa que afecta a la esencia del delito, lo que significa que puede hasta suprimir un elemento que lo conforme, anulándolo para su integración.

Esto no quiere decir que las circunstancias atenuantes no afecten a los elementos objetivos o subjetivos del delito (pues es precisamente en atención a las condiciones de modo, tiempo o lugar en que el individuo despliega su conducta, que se va a considerar una circunstancia de este tipo), lo que ocurre es que sus efectos no pueden ser utilizados para anularlos, sino simplemente para calificar las condiciones en que se desarrolló la manifestación de voluntad del sujeto que desarrollo un acto considerado como transgresor de la ley penal.

Lo anterior significa que esa función atenuante obedece a la menor calidad de riesgo del sujeto, la cual se manifiesta en los motivos de su obrar, en la forma en que produjo o realizó el delito o, incluso, en la propia personalidad del individuo que llevó a cabo ese hecho contrario a lo determinado en una disposición legal. Con lo cual puede estimarse que las circunstancias

atenuantes de un delito, van a ser consideradas en la imputabilidad y en la culpabilidad del individuo, toda vez que éste tendrá la posibilidad condicionada por la salud mental, para obrar según el justo conocimiento, entendiendo y queriendo en el campo penal, sin embargo, esos acontecimientos situados en la persona del autor, hacen menos reprochable su conducta.

Todo lo cual da pauta a poder establecer qué se entiende por circunstancias que dan menor disvalor a la conducta, o circunstancias atenuantes, y como una definición de las mismas, debemos de tener que son: aquellas que, afectando a alguno de los elementos esenciales del delito, rebajan su intensidad, determinando, en consecuencia, una disminución de la pena.

Comentarios al capítulo.

A través de lo apuntado en el desarrollo de este capítulo, es notorio que desde el inicio de la normatividad penal, ha existido la inquietud de tutelar al individuo en su derecho de elegir una relación con otra persona, en este caso, de brindarle la confianza de que la etapa cognoscitiva con esa pareja (ubicándonos en el plano sentimental-material, lo que implica la práctica de caricias), será respetada, y únicamente cuando no emane de una voluntad libre y espontánea habrá la intervención; evolucionando la imagen que se tiene de ese tipo de relación acorde a nuestra época, con sus avances científicos, tecnológicos y, por supuesto, jurídicos, morales y mentales.

Sin embargo, el legislador cuando ha llevado a cabo las modificaciones a la ley, y en específico al capítulo de delitos sexuales y al

enunciamiento de la norma penal de Abuso Sexual, continúa dejando escapar detalles que, a mi parecer, son trascendentales para involucrar diversos aspectos en la formulación de un ilícito de esta naturaleza; pero para poner en claro ello, es necesario ir paso por paso, de tal suerte que si hasta este momento, en el presente trabajo, ya se tiene por cierto lo que debe considerarse como requisito del tipo, así como lo que es una circunstancia cualificante, en su aspecto agravante y atenuante (detalles que funcionan inminentemente para ir comprendiendo aspectos inherentes y formativos de una descripción penal), será menos conflictivo captar la falla que apunto, y que trascenderá hasta el punto de proponer una modificación, lo que expondré con mayor claridad y fundamento en el instante preciso de esta tesis.

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL TIPO DE ABUSO SEXUAL

CAPÍTULO II

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL TIPO DE ABUSO SEXUAL.

A. Análisis del tipo de abuso sexual.

En el capítulo que antecede, puse de manifiesto los aspectos que pudieran plantearse o considerarse como superficiales del delito que funciona como núcleo de mi estudio, por reflejar detalles de presentación del mismo; ahora procederé a abocarme a puntos con un contenido más técnico (esperando alcanzar tal nivel), y así, introducirme de lleno al objetivo de esta tesis.

1.- Su configuración típica.

El tipo penal de Abuso Sexual, dentro de su configuración típica, contiene diversos elementos tanto objetivos como subjetivos, los cuales se analizarán en este momento, aunque debe quedar claro que en los elementos objetivos que se encuentran en el texto de una norma, pueden contarse a los descriptivos (a los cuales se consideraron, también, como requisitos del tipo, tal y como sostuve en el capítulo que antecede) y normativos, debiendo tenerlos encuadrados dentro de tales elementos objetivos, por ser circunstancias inherentes y esenciales a la acreditación de ellos (y si bien es cierto que algunos autores consideran que los elementos descriptivos y normativos deben ser independientes del objetivo, bajo mi criterio, aquéllos tienen que estar considerados dentro de éste, pues la conducta -elemento objetivo del tipo penal- se puntualiza mediante descripciones o referencias valorativas en la realización del hecho; y para mejor entendimiento del significado o contenido tanto de los elementos objetivos como subjetivos del

tipo, es viable determinar en qué consisten, y para lo cual, es necesario adentrarse un poco a la teoría del delito, que, según el tratadista Celestino Porte Petit, "comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse el mismo".¹¹

Elementos objetivos.

Pues bien, cuando se habla de elementos objetivos, por tales debe entenderse aquéllos que son susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento, y cuya función es la de describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal, esto es, "la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerida por el tipo penal. Es un concepto tomado del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describe objetos del mundo real"¹², es decir, se abarca sólo el aspecto externo de la conducta; dentro de éstos, existe una clasificación, dividiéndose a los elementos objetivos en los elementos generales y especiales del tipo penal, encontrándose en la primera clasificación el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico protegido o tutelado, el objeto material, la conducta y el resultado (sin que necesariamente, el orden en que los he enunciado, implique alguna relevancia específica en alguno de ellos); en tanto que por lo concerniente a la segunda clasificación, se pueden contar a los medios de comisión, las referencias

¹¹ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Porrúa, México, 1994. Pág. 195.

¹² LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. "Teoría del delito". Porrúa, México, 1995. Pág. 119.

temporales, espaciales, así como de ocasión, la calidad de los sujetos y del objeto material que se requiera, e incluso, la cantidad de los sujetos y del objeto material; tal y como se puede apreciar en el siguiente cuadro sinóptico:

ELEMENTOS OBJETIVOS

- | | |
|--|--------------------------------------|
| Elementos Generales del Tipo Penal | - Sujeto activo |
| | - Sujeto pasivo |
| | - Bien jurídico |
| | - Objeto material |
| | - Conducta |
| | - Resultado |
| Elementos Especiales del Tipo Penal | - Medios de comisión |
| | - Referencias temporales |
| | - Referencias espaciales |
| | - Referencias de ocasión |
| | - Calidad de los sujetos |
| | - Calidad del objeto material |
| | - Cantidad de los sujetos |
| - Cantidad del objeto material | |

Para atender con mayor precisión cada uno de los elementos antes anotados, consideramos pertinente, de forma sucinta, realizar una conceptualización de ellos, misma que a continuación expongo:

El sujeto activo es aquel individuo que realiza la conducta descrita en el tipo penal, con la cual se lesiona el bien jurídico protegido, y por tanto, es a quien le puede ser aplicable una sanción (no sin antes haber concurrido la satisfacción de la diversidad de los elementos del tipo penal, circunstancia en la cual no se ahondará mayormente en esta etapa, puesto que en el transcurso de este estudio, alcanzará a comprenderse el significado de esta satisfacción); por lo que hace a las personas jurídicas, que guardan la calidad de sujeto activo, el Código Sustantivo de la materia que se encuentra vigente, en su artículo 11 señala que "cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometen un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública"¹³. De lo anterior puede desprenderse que a quien debe sancionarse por la comisión de un delito es al hombre individual, puesto que sería imposible considerar responsable de un ilícito al miembro de una corporación que no ha podido impedir un acuerdo ilícito que se haya tomado, o que ni siquiera lo hubiese conocido (y en caso contrario se configuraría otra situación); además

¹³ CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL y CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL
"Ob. cit." Pág. 57.

de que no es posible decir que las personas jurídicas se encuentren en posibilidad de realizar cualquier acto delictivo, al no concurrir en ellos los elementos esenciales de la imputabilidad moral, y en todo caso, si con la comisión del delito que llevó a cabo el individuo se hubiese beneficiado el ente jurídico, existe la disposición legal de que se podrá suspender o disolver esa agrupación; aunque no debe de perderse de vista que estas personas ficticias son creadas por el Derecho Civil para facilitar las actividades de un grupo de personas y, por consiguiente, las sanciones respectivas aparecerán, por lo general, en legislaciones de esa índole. Al respecto, el autor Raúl Carrancá sostiene "la más certera crítica contra la responsabilidad penal de las personas morales puede resumirse así: la imputabilidad de dichas personas llevaría a prescindir de la persona física o individual que le dio vida, como sujeto sancionable; por otra parte, la pena que se aplicase a la corporación se reflejaría sobre todos sus miembros, sobre todos los socios, culpables o inocentes".¹⁴

Por lo que hace al sujeto pasivo, éste debe ser considerado como el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma; dentro del mismo, puede hacerse una distinción entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción, consistiendo el primero en ser, propiamente, el titular del derecho que fue violado, en tanto que el segundo (a quien también se le puede llamar ofendido), es el individuo quien recibe el daño de manera física, directamente en su persona; y aunque esta dualidad de condiciones (sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción), generalmente recae en la misma persona, no por eso debe dejarse de lado la posibilidad de que sean personas diferentes.

¹⁴ CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL. "Derecho Penal Mexicano". Parte General. Libros de México, México, 1967. Pág. 86.

Por su parte, el bien jurídico tutelado es el valor o interés jurídicamente protegido, ya sea social o individual, o dicho de forma diversa, es el bien o el derecho que es protegido por las leyes penales. En tanto que, respecto al objeto material, éste consiste en el ente corpóreo que ocupa un lugar en el tiempo y espacio, en el cual recae la conducta del sujeto activo. Hay ocasiones en que por el delito que se trate, el sujeto pasivo de la acción y el objeto material, parecieran ser lo mismo (como en el caso de Lesiones o el propio de Abuso Sexual, en el que quien resiente la conducta es el sujeto pasivo de la acción y su cuerpo será el objeto material), sin embargo hay que delimitar bien que uno se trata de la persona y el otro de algo corpóreo.

Finalmente, respecto a los elementos generales del tipo penal, tenemos a la conducta y al resultado, siendo el primero de estos elementos, el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito, lo que significa que es la manifestación externa de la voluntad; el legislador, en los tipos penales, puede o no determinar como es que debe de llevarse a cabo esa conducta, dando lugar a los llamados tipos de formulación libre y de formulación casuística; los primeros son aquéllos en los que no se señala el medio para producir el resultado contenido en el tipo, lo cual no significa que sea ilimitada la posibilidad de producción del resultado, ya que independientemente de que no se señale la actividad productora de ese resultado típico, éste solamente puede realizarse con aquella actividad que sea la idónea para ese fin. Mientras que los tipos de formulación casuística, son aquéllos en los cuales el legislador no describe una modalidad que sea única, sino que plantea varias formas de ejecutar el delito; existe a su vez una clasificación en estos tipos, los alternativamente formados y los acumulativamente formados, consistiendo, los referidos primigeniamente, en que se prevén dos o más

hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas, y los últimos, en que se requiere que concurren todas las hipótesis que estén planteadas en el tipo, para que el hecho sea considerado como delictivo, si faltare alguna, no puede tenerse como tal.

Por consiguiente, el resultado será la mutación o cambio del mundo físico-jurídico que se produce como consecuencia de la conducta; a este tipo de delitos se les llama de resultado material o físico; pero también los hay de "mera conducta", "formales", de "mera actividad", de "actividad" o de "predominante actividad", en los que el tipo de injusto se agota sin que haya de producirse un resultado en el sentido de efecto exterior separable espacio-temporalmente, por lo que puede hallarse configurado de forma que el sólo hacer, alcance ya el objeto de la acción, no siendo necesaria esa mutación de la que se había hablado, sino que el simple hacer o no hacer, afecte el bien jurídico.

Este enlace de manifestación externa de voluntad-resultado, deviene en lo que se llama la relación de causalidad o nexo causal, mismo que se traduce en decir que es la conexión de la sucesión normal del devenir real, esto es, y de acuerdo a la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones (conditio sine qua non), seguida en la actualidad por nuestra normatividad penal, todas las condiciones productoras del resultado que sean equivalentes, y por ende, que sean su causa, o como bien sustenta Welzel: "toda condición que no puede ser mentalmente suprimida sin que con ello desaparezca el resultado, es causa".¹⁵ O bien, como sostiene nuestro Tribunal Supremo, en la siguiente jurisprudencia y tesis relacionada:

¹⁵ WELZEL HANS. "Derecho Penal Alemán. Parte General". Santiago de Chile, 1970. Pág. 75.

***NEXO DE CAUSALIDAD.** *Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad, no es otra que la denominada de la conditio sine qua non de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad.*

A:D. 485/94. Andrés Béjar Méndez. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Unanimidad de votos. Octava Época. Volumen XV-2, febrero. Pág. 415".¹⁶

¹⁶ JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN IUS 5. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: 8A. Tomo XV-2, febrero. Clave: TC043144 PEN. Página 415.

"RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL. El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo que causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la conditio sine qua non, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar

el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad.

A.D. 6619/58. Baldomero Berino Rangel. Ponente: Carlos Franco Sodi. Sexta Epoca. Volumen XXVI. Pág. 134.¹⁷

Continuando con este desarrollo, pero ahora en lo que hace a los elementos especiales del tipo penal, por medios de comisión debe entenderse a las formas o maneras determinadas por el legislador en la descripción del tipo penal, de cómo debe llevarse a cabo la conducta del sujeto activo, para que la misma sea considerada como delictiva. En tanto que la referencia temporal, es la circunstancia de tiempo dentro de la cual, debe realizarse la manifestación externa de la voluntad para que la misma pueda ser establecida como contraria a derecho. Mientras que la referencia espacial, es la circunstancia exigida por el tipo penal y que es de orden territorial, esto es, delimita en donde debe efectuarse la conducta ilícita. La referencia de ocasión, se traduce en decir que es la circunstancia de oportunidad que debe aprovechar el sujeto activo para realizar su conducta y perpetrar así el delito. La calidad de los sujetos y del objeto material, se trata de las exigencias de orden cualitativo que deben tener tanto los sujetos que intervienen en el hecho (dando origen a la delicta comunia y a la delicta propria) como la persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito para considerarse de ese modo. Por último, la cantidad de los sujetos y objeto material, son las exigencias de número que deben tener éstos para estar acorde a lo que el tipo penal enuncia.

¹⁷ IDEM. Instancia: Primera Sala.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación.
Epoca: 6A. Volumen: XXVI. Página 134.

Elementos subjetivos.

Los elementos subjetivos del tipo penal van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito, es decir, atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno del autor, y es que cuando se describe una conducta humana, no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos que existen. El aspecto subjetivo de la antijuridicidad liga a ésta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. Ahora bien, cuando se habla de los elementos subjetivos, deben considerarse al dolo y la culpa, tratándose el primero en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, esto es, el actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. Y así como "hay tipos simétricos, en que su aspecto subjetivo se agota en el dolo, y tipos asimétricos, que tienen elementos o requerimientos subjetivos que exceden del dolo. Si el dolo es el querer del resultado típico (la voluntad realizadora del tipo objetivo), serán estos elementos subjetivos los que se requieran en los tipos y que difieran del mero querer la realización del tipo objetivo. Estos requerimientos pueden ser de dos distintas naturalezas: unos son ultraintenciones, particulares direcciones de la voluntad que van más allá del mero querer la realización del tipo objetivo; otros son particulares disposiciones internas en el sujeto activo"¹⁸; contándose entre los elementos subjetivos distintos del dolo al ánimo, al propósito, la intención, el deseo, entre otros.

¹⁸ ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Cárdenas Editores, México, 1991. Pág. 447.

Además, el dolo puede dividirse en dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual. Hay dolo directo cuando se quiere la conducta o el resultado, es decir, el dolo se caracteriza en querer el resultado, si el delito es material, y en querer la conducta, si se trata de un delito formal. Por su parte, el dolo indirecto (conocido también como dolo de consecuencia necesaria) se presenta cuando el sujeto activo actúa teniendo la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados, que no son los que persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento, lleva a cabo el hecho. Finalmente, el dolo eventual existe cuando el sujeto activo tiene presente que puede ocurrir un resultado, existe esa posibilidad, y sin embargo, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Ejemplos claros de cada una de estas especies de dolo, son lo que plantea el tratadista Fernando Castellanos, los cuales me permitiré anotar en este momento:

"Dolo directo.- El resultado coincide con el propósito del agente (decide privar de la vida a otro y lo mata)."

"Dolo indirecto.- El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos (para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato)."

"Dolo eventual.- Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente (incendio de una bodega, conociendo la

posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones."¹⁹

Asimismo, como elemento subjetivo tenemos a la culpa, y existe ésta cuando el que obrando sin intención e infringiendo voluntariamente el deber de cuidado que personalmente le incumbe, causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. La culpa se clasifica en consciente, también llamada con representación, e inconsciente o denominada sin representación.

*La culpa con representación existe, cuando se prevé el resultado como posible y se tiene la esperanza de que no se producirá. La culpa sin representación existe cuando no se previó el resultado por descuido, y se tenía la obligación de preverlo, por ser de naturaleza previsible y evitable. Mezger al respecto opina: "La ley no conoce, en general, grados de culpa. En especial, la distinción entre culpa consciente e inconsciente, sólo representa una aclaración conceptual, pero no una gradación de la culpa con arreglo a su valoración jurídico penal; en el caso concreto, puede suponer la culpa consciente un reproche de menor cuantía que la culpa inconsciente."*²⁰

De la descripción de la culpa consciente, puede apreciarse cierta similitud con el dolo eventual, sin embargo existe una diferencia y consiste en que mientras en aquélla el resultado se prevé pero no se quiere, en el dolo eventual se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos.

¹⁹ CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Porrúa, México, 1986. Pág. 241.

²⁰ MEZGER EDMUNDO. "Tratado de Derecho Penal, Tomo II". Cárdenas Distribuidor y Editor, México, 1980. Pág. 170.

Elementos descriptivos.

Atendiendo a mi planteamiento que expuse en el capítulo anterior de este trabajo, consideraré a los elementos descriptivos del tipo penal como sinónimos de los requisitos del tipo, por consiguiente y para no entrar en repeticiones que resulten innecesarias, solamente mencionaré en este punto su definición, teniendo que los elementos descriptivos consisten en los conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real. Son susceptibles de una constatación fáctica, aunque la precisión de su exacto contenido requiere la referencia a una norma y manifiesten, así, un cierto grado de contenido jurídico.

Elementos normativos.

Finalmente, los elementos normativos del tipo apuntan a hechos que solamente pueden pensarse bajo el presupuesto lógico de una norma, incluyéndose los conceptos jurídicos propios, los conceptos jurídicos referidos a valor y los conceptos referidos a sentido, por lo que en ellos se halla un momento de realidad aprehensible por los sentidos, encontrándose en relación con el mundo de los hechos. En la aplicación de este tipo de elementos, el legislador ha introducido diversos conceptos jurídicos que varían en cada uno de los tipos penales, pero que no por ello puedan ser motivo de apreciaciones subjetivas, por el contrario, cada uno de esos conceptos están establecidos por las legislaciones en la sociedad, por lo que la valoración que de ellos haga el aplicador de la ley, debe estar sujeta a esos conceptos normativos ya

admitidos.

Habr  ocasiones que para tipificar una conducta, será necesario insertar juicios normativos del hecho, efectuando una evaluaci3n especial de tal conducta considerada como delictiva. "En este contexto, también hay quienes no est n de acuerdo con la existencia de los elementos normativos del tipo penal, dentro de los cuales encontramos a Beling, quien niega su existencia y considera que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos, ya que en ellos no se expresa la valoraci3n jurídica que califica lo antijurídico ... señala que los conceptos que contienen los tipos penales se presentan simplemente como materia de reglamentaci3n, y por ende, no tienen naturaleza normativa."²¹

Punto de vista con el cual no coincide el que esto escribe, toda vez que las figuras típicas no s3lo contienen conceptos que pueden ser aceptados por una simple constataci3n fáctica, sino que además están integradas por conceptos que son comprensibles y determinados a través de valoraciones normativas. A manera de ejemplo puedo plantear el tipo penal de robo, cuyo texto señala como requisito o elemento descriptivo del tipo, entre otros, a "la persona", mismo que puede acreditarse con el hecho de apreciarse que se trata de un ente humano; en tanto que como uno de sus elementos normativos se tiene el de "cosa ajena mueble", en el cual, a través de una valoraci3n normativa (por cierto, ubicada en la legislaci3n civil) se precisar  quien es el legítimo poseedor de la cosa (para determinar que sea ajena) y que sea mueble (esto es, que sea susceptible de ser trasladada por una fuerza externa a él).

²¹ L3PEZ BETANCOURT EDUARDO. "Ob. cit." Pág. 121.

Por lo que al haber atendido a las definiciones y contenidos de los elementos objetivos (dentro de los cuales deben de considerarse a los elementos descriptivos y a los elementos normativos) y subjetivos del tipo penal, lo que proporciona una visión más clara de lo que se va a analizar a continuación, concretamente el delito de Abuso Sexual, es que ahora procederé a hacer el estudio dogmático del mismo, iniciando por los elementos objetivos.

a. Elementos objetivos.

Tenemos como primer elemento objetivo a la manifestación externa de la voluntad, misma que se traduce en decir que el agente activo ejerce en el sujeto pasivo un acto sexual o lo obliga a ejecutarlo, lo que significa que se trata de un delito de formulación libre, aunque alternativamente formado, esto en virtud que el tipo en cuestión enuncia que la conducta productora del resultado, puede ser de dos maneras: una, donde el individuo violador de la normatividad, lleva a cabo su conducta en forma directa sobre el sujeto pasivo, realizando en el cuerpo de éste, aquellos tocamientos, frotamientos o demás actividad que pudiera considerarse como una actividad sexual (ejecuta); y otra, en donde se requiere que ese sujeto activo constriña a su víctima para que sea ésta quien ejecute el acto sexual (obliga a ejecutar). No pudiendo ser de formulación casuística, porque no se describe la conducta en el tipo penal, puesto que el verbo regidor de ella es "ejecute", sin que enuncie cómo, en el primer caso, y en el segundo "obligue", sin que, igualmente, diga como hacerse.

Por lo que en consecuencia, puede tenerse por cierto que se

trata de un delito de mera conducta, esto significa que el resultado está implicado en el verbo y coincide con la acción, lo que se traduce en decir que la causalidad y el resultado no se individualizan típicamente con una descripción, sino que la conducta importa la afectación al bien jurídico, mismo que consiste, acorde a lo que propuse y justifiqué, en la libertad y la seguridad sexual de las personas, dejándoles a su libre arbitrio relacionarse con quien mejor consideren.

Obvio es decir que la figura del objeto material, recae en el cuerpo del sujeto pasivo de la acción, que lo puede ser también del delito (en el caso relativo a que el sujeto activo ejecute en la víctima el acto sexual, pues si obligare a esa persona a ejecutarlo, se podría apreciar esa división), quien lo puede ser cualquiera persona, ante la inexistencia de referencias o calidad en tal sujeto (como existía en los tipos prevalecientes hasta antes de la reforma del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro), acudiendo la misma posibilidad de que se trate de cualquier individuo el agente activo, por lo que puede decirse que nos encontramos en presencia de un tipo de los llamados "delicta comunia"; finalmente se afirmaría que si el sujeto activo no hubiese puesto en práctica todos aquellos medios necesarios para obtener lo que quería, no se hubiese presentado el resultado, lo que viene a ser el nexo de causalidad, de conformidad a la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones (conditio sine qua non).

b. Elementos subjetivos.

Ahora bien, por lo que hace a los elementos subjetivos del tipo

en cuestión, debe decirse que el mismo se ve integrado por el dolo, que es la conciencia, el conocimiento del sujeto activo de las circunstancias del hecho y el curso que va a tomar, queriendo que se dé ese resultado. En este caso se actualiza un dolo directo. Encontrándose en este delito un elemento subjetivo que es distinto del dolo, y el cual consiste en que el propósito del sujeto activo no sea el de llegar a la cópula, pues si éste (propósito) llegara a presentarse, entonces se configuraría otro delito, consumado o su tentativa, más no el de Abuso Sexual.

c. Elementos normativos.

Finalmente, es de advertirse que de acuerdo a la forma en que está integrado este tipo penal, se requiere para su configuración la presencia de un elemento normativo, toda vez que el hecho descrito establece el "consentimiento de una persona", frase que puede pensarse bajo el presupuesto lógico de una norma; por lo cual, atendiendo al análisis antes desarrollado, se está en condiciones de decirse que así se tendrían por satisfechos todos y cada uno de los elementos objetivos (con el normativo) y subjetivos, quedando determinado y estudiado en todos sus aspectos al delito de Abuso Sexual.

Ahora bien, en el segundo párrafo del artículo 260 del Código Penal, se enuncia la circunstancia cualificante del delito, si es que se hiciese uso de una violencia física o moral. Desafortunadamente el legislador no ha establecido una definición de lo que son tales violencias en los delitos de carácter sexual (resultando ello temerario, dado los principios regidores del

derecho penal), por lo que para saber cuál es su significado, hay que recurrir e lo expuesto en el artículo 373 del mismo ordenamiento legal (integrante del Título Vigésimosegundo, de los Delitos en contra de las personas en su patrimonio), encontrando la siguiente descripción:

"Artículo 373. La violencia a las personas se distingue en física y moral.

Se entiende por violencia física en el robo la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla."²²

Planteamiento que encuentra apoyo en lo sustentado por el reconocido autor Celestino Porte Petit Candaudap, quien dice: "... el sujeto activo del delito, para realizar el acto contra otra persona, sin su voluntad, emplee la violencia física, esto es, la fuerza o bien, la violencia moral, es decir, la intimidación."²³

De tal modo, la violencia física será la fuerza material ejercida sobre la víctima para cometer el delito, y la violencia moral estará representada por el amago o amenaza al sujeto pasivo con un mal grave que sea presente o

²² CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL y CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL. "Ob. cit." Págs. 915 y 916.

²³ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. "Ensayo Dogmático..." Ob. cit." Pág. 135.

inmediato y que sea capaz de intimidarlo. Por tanto, si la agresión material no surte los efectos de facilitar la comisión o la amenaza o el amago no son capaces de intimidar a la persona ofendida, sería imposible tener como calificado al delito de Abuso Sexual.

2.- Definición de los elementos del tipo de Abuso Sexual.

Después de haber llevado a cabo el análisis dogmático de este tipo penal, ya se puede tener una idea clara y concreta del significado y trascendencia del mismo, atento al bien jurídico que tutela y que tanto significa para cualquier sociedad que guste de mantener una estabilidad y seguridad entre sus habitantes, no sólo en el ámbito legal, sino también respecto de la integridad física de quienes la conforman. Por ello, ahora se establecerán las definiciones de las palabras que comprenden al tipo penal en estudio, no desde el punto de vista puramente legal (como ya se ha producido en el punto anterior de este capítulo), sino en su sentido literal, en lo que puede encontrarse en un diccionario, ello para poder precisar el significado de cada una de las palabras, que como requisitos del tipo, tiene el delito de Abuso Sexual; de tal forma que pueda llevar a cabo plenamente el punto de vista acerca de la manera en que está integrado dicho tipo, ya que así podremos establecer la comparación entre el tecnicismo jurídico que lo compone y la integración de los vocablos, de acuerdo a lo que puede entender cualquier persona. En consecuencia, ahora transcribo las definiciones que encontré de las siguientes palabras integrantes

*a correr un cierto y determinado tiempo, o venir al tiempo de ser o hacerse de una cosa. Ascender, importar, subir. Junto con algunos verbos tiene la significación del verbo a que se junta. Allegar, juntar. Arrimar, acercar una cosa hacia otra. Ir a paraje determinado que esté cercano. Unirse, adherirse. No igualarla o no tener las calidades, habilidad o circunstancias que ella.*²⁸

Cópula: *Unión. Atadura, trabazón. Acción de copularse, unión sexual.*²⁹

Ejecute: *Cuyo infinitivo es "ejecutar", teniendo la siguiente definición: Poner por obra una cosa; ejecutar una obra de arte. Tocar: ejecutar una sonata. Ajusticiar: ejecutar a un condenado.*³⁰

Acto: *Hecho. Tratándose de un ser vivo, movimiento adaptado a un fin. Manifestación de la voluntad humana. Hecho público o solemne. División de la obra dramática.*³¹

²⁸ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
Ob. cit. Pág. 826 y 827.

²⁹ DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE.
Ob. cit. Pág. 257.

³⁰ Idem. Pág. 338.

³¹ Ibidem. Pág. 17.

Sexual: *Perteneciente o relativo al sexo.*³²

Obligae: *Del infinitivo "obligar", cuya definición es: Imponer una obligación. Ligar por medio de un acto. Compeler, exitar. Constreñir, comprometer, exigir, forzar, ligar.*³³

Uso: *Acción y efecto de usar. Ejercicio o práctica general de una cosa. Uso que está en boga, moda. Modo determinado de obrar que tiene una persona o una cosa. Empleo continuado y habitual de una persona o cosa. Derecho a percibir los frutos de cosa ajena en lo que baste a las necesidades del usuario y de su familia, salvo título especial que fije otro límite. Forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas. Conforme o según él. Acomodarse al tiempo; contemporizar con las cosas según piden las ocasiones. Seguir lo que se estila y practica por otros, y conforme con los usos y costumbres del país o pueblo donde reside. No estar estropeado lo que ya se ha usado.*³⁴

³² DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
Ob. cit. Pág. 1210.

³³ DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE.
Ob. cit. Pág. 622.

³⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
Ob. cit. Pág. 1326.

Violencia: *Calidad de violento. Acción y efecto de violentar o violentarse. Acción violenta o contra el natural modo de proceder. Acción de violar a una mujer.*³⁵

Física: *Material, relativo a la materia. Que se apoya en una observación de los sentidos. Exterior de una persona.*³⁶

Moral: *Relativo a la moral. Conforme con la moral. Espiritual, intelectual./ Ciencia que enseña las reglas que deben seguirse para hacer el bien y evitar el mal. Conjunto de facultades del espíritu.*³⁷

Comentarios al capítulo.

Es claro y notorio que los estudiosos del derecho penal, han ido forjando conceptos y evaluaciones elementales para la formación más técnica del tipo penal, por demás interesantes y en ocasiones complejas, dependiendo del delito que se trate. Y es precisamente por esa evolución que en la actualidad, para actualizar la presencia de un delito y acreditar la responsabilidad penal de un individuo, primeramente hay que acreditar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, como base para poder entrar al

³⁵ *Idem.* Pág. 1354 y 1355.

³⁶ DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE.
Ob. cit. Pág. 407.

³⁷ *Idem.* Pág. 592.

estudio de otros aspectos del delito. Pero como se vio al proponer el estudio dogmático del delito de Abuso Sexual en este capítulo, no es fácil, quizá para algunos laborioso u ocioso y para otros elemental y vital para el delito.

Por mi parte, veo con agrado y con respeto que se analice al delito desde este punto, pues aunque parezca muy "didáctica" la forma, puede resultar más precisa al momento de inculpar a alguien por la comisión de un ilícito, lo que deviene en una justicia con mayor precisión. Es por ello, ante la necesidad de ser muy meticulosos y precisos, que se debe tener la conciencia y certeza de lo que significa un vocablo en una descripción legal, ya en el plano jurídico o en el plano gramatical.

ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA EN EL ABUSO SEXUAL

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA EN EL ABUSO SEXUAL.

A. Interpretación del tipo de Abuso Sexual.

Resulta peculiar que en ocasiones existan confusiones o divergencias entre personas, a raíz de una conversación, por la interpretación de una lectura o por el concepto asimilado de alguna conferencia, debido a la sintaxis con que se haya constituido cada uno de estos conjuntos de palabras. Pero, ¿ qué representa tal falta de claridad ? Simplemente que no siempre tenemos el cuidado necesario en realizar la construcción de oraciones atendiendo cabalmente al significado de cada uno de los sustantivos, verbos, pronombres, adjetivos y demás elementos gramaticales de que se componen o, en su caso, saber con precisión estos significados, lo que deviene en una comprensión distorsionada, no alcanzando a captar el mensaje que su autor haya querido expresar. Tal situación fue la que me avocó a culminar el capítulo que antecede, con la serie de definiciones de los vocablos que integran el tipo penal de Abuso Sexual, pues teniendo en cuenta el conocimiento de sus significados, se logre el entendimiento de mi postura, al manejar conceptos que se encuentren preestablecidos (siguiéndose una misma línea), más no que pudieran parecer inventados.

1.- En atención al vocablo oblique.

Atendiendo a lo anterior, en este momento la propuesta es llevar a cabo una reflexión de lo que son y representan un par de vocablos que se ubican dentro del texto del artículo 260 del Código Sustantivo de la materia

penal, siendo el primero de ellos la palabra obligue, que, como ya dejé asentado en uno de los apartados de que se compone el capítulo II de la presente tesis, al plantear la definición de los elementos del tipo, deviene del infinitivo "obligar", cuyo significado es el imponer con el empleo de una fuerza a un individuo una actividad, ganando así su voluntad, lo que representa el constreñirlo, comprometerlo, exigirle y/o forzarlo, que evidentemente significa la no existencia de una libertad de decisión en la persona que sufre esa imposición; ello robustecido con la frase "sin consentimiento", fortifica aún más que se actúa contrariamente a la voluntad del sujeto pasivo del evento delictivo.

Traducido al tipo penal en análisis, significa que el obligar a una persona a que ejecute un acto sexual, como una de las formas de conducta que admite el ilícito de Abuso Sexual, representa que sobre de ella habrá de ejercerse una forma de intimidación o forzamiento para que acate la disposición de llevar a cabo una acción que no es voluntaria o consentida por ella, actualizando así la carencia del "acuerdo ... consciente y libre de la voluntad, respecto de un acto externo, querido libre y espontáneamente, sin cortapisas ni vicios que anulen o destruyan la voluntad".³⁸

Y a fin de no dar pauta a la existencia de una duda sobre la posible diversidad de significado de esta palabra, respecto a que se interprete de una manera diferente en materia jurídico-penal, me permito anotar la siguiente definición:

³⁸ CABANELLAS GUILLERMO. "Diccionario de Derecho Usual. Tomo I". Heliosta S.R.L., Buenos Aires, 1974. Pág.480.

"Obligar: Compeler, constreñir. Impulsar a hacer algo con empleo de la fuerza moral o material. Ganar la voluntad, captar con alagos u obsequios más o menos legales y desinteresados. Sujetar los bienes, afectarlos al pago de deudas o al cumplimiento de prestaciones exigibles de dar o abstenerse."³⁹

Como puede apreciarse, ya sea en el contexto gramatical usual o bajo el sentido jurídico, el obligar es ir en contra de la voluntad de una persona, aun cuando fuese justificable esa obligación (aspecto que puede desentrañarse a la luz de la materia civil, pero en el que no ahondaré por no considerarlo elemental para este tema), debiendo ser una actitud reprochable cuando es representada por un sometimiento hiriente al físico o ánimo de cualquier persona.

2.- En atención al vocablo violencia.

En tanto que dentro del segundo párrafo de que se conforma el artículo 260 del Código Penal, en el que se contiene el delito de Abuso Sexual, se aprecia que está descrita su calificativa, y dentro de ésta se atiende (como una circunstancia que está subordinada, que es complementaria y cualifica al hecho delictivo), la segunda palabra sobre la que cabe reflexionar, consistente en el término "violencia" (ya sea cometida en forma física o en forma moral en la víctima), la cual, como ya pude inscribir en líneas que anteceden, es el ejercicio de un impetu o una fuerza, y que adecuada al estudio en cuestión,

³⁹ "Idem. Tomo III". Pág. 92

del delito a estudio, como de su circunstancia cualificante, en el Diccionario de la Lengua Española y el diccionario Pequeño Larousse:

Sin: *Preposición y negativa que denota carencia o falta de alguna cosa. Fuera de o además de. Cuando se junta con el infinitivo del verbo, vale lo mismo que no con su participio o gerundio.*²⁴

Consentimiento: *Acción y efecto de consentir (Permitir, mimar. Admitir). Aprobación.*²⁵

Persona: *Hombre o mujer. El ser humano. Entidad física o moral capaz de derechos y obligaciones.*²⁶

Propósito: *Intención, objeto, mira. Materia de que se trata.*²⁷

Llegar: *Venir, arribar de un sitio o paraje a otro. Durar hasta época o tiempo determinados. Venir por su orden o tocar por su turno una cosa o acción a uno. Conseguir el fin a que se aspira. Tocar, alcanzar una cosa. Venir, verificarse, empezar*

²⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
Editado por la Real Academia Española de la Lengua.
Madrid, 1970. Pág. 1213.

²⁵ DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE.
Noguer, Barcelona, 1974. Pág. 250.

²⁶ Idem. Pág. 720.

²⁷ Idem. Pág. 725.

significa que el sujeto activo lleve a cabo la realización de este evento criminoso, no solamente ejecutando u obligando a ejecutar un acto sexual a la persona sobre quien recae su accionar, sino que además ejerce una coacción sobre la víctima, ya en su físico o en su estado anímico; por lo que debe de incrementarse a la pena que se le tiene que imponer por el delito básico, la respectiva por la circunstancia calificada, la cual estará apegada al parámetro que se le determinó, con base al grado de culpabilidad que se le asignó (no olvidando que la culpabilidad es "el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma")⁴⁰.

Para cumplir con la forma marcada, ahora se incluye, tal y como se hizo en el diverso vocablo, una definición de lo que significa la violencia en el léxico jurídico, y así poder hacer su comparación con su sentido gramatical:

"Violencia: Situación o estado contrario a naturaleza, modo o índole. Empleo de la fuerza para arrancar el consentimiento. Ejecución forzosa de algo, con independencia de su legalidad o ilicitud. Coacción a fin de que se haga lo que uno no quiere, o se abstenga de lo que sin ello se querría o se podría hacer. Presión moral. Opresión. Fuerza. Proceder contra normalidad o naturaleza."⁴¹

⁴⁰ VELA TREVIÑO SERGIO. "Culpabilidad e Inculpabilidad". Trillas, México, 1973. Pág. 301.

⁴¹ CABANELLAS GUILLERMO. Ob. cit. Tomo IV. Pág. 413.

Al respecto, es lamentable que nuestro Código Penal vigente, no plantee una definición de lo que es la violencia física o moral para los delitos de carácter sexual, sino que solamente la establece para cuando se trata de delitos patrimoniales, como si únicamente en éstos se invocara; y si bien estos últimos no tienen ingerencia en el ilícito que ahora analizo, a manera de buscar el espíritu que el legislador tiene de la violencia en el ámbito penal, voy a retomar la descripción que hace para consentir la idea de qué deben aceptarse por tales:

"ARTÍCULO 373. La violencia a las personas se distingue en física y moral.

Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

Hay violencia moral cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo."⁴²

Con referencia a este punto, el conocido autor de derecho penal Mariano Jiménez Huerta, sostiene: "Hace uso de la violencia física quien se vale de la fuerza material con el fin de anular o debilitar la resistencia opuesta por el sujeto pasivo al acto que en su cuerpo trata aquél de realizar; emplea la violencia moral quien para el mismo fin se vale de intimidaciones o amenazas".⁴³

⁴² CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL, CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL. "Ob.cit." Págs. 915 y 916.

⁴³ JIMENEZ HUERTA MARIANO. Ob. cit. Pág. 225.

Con ello se vuelve a constatar que ambos sentidos (gramatical y jurídico) guardan una misma esencia (el empleo de una fuerza o presión moral), conservándose el significado coincidente en cualesquiera de sus dos ámbitos, lo que conlleva a establecer que en el delito de Abuso Sexual, obligar es el ejercicio de una fuerza para ganar la voluntad de una persona; y violencia es el empleo de una fuerza para lograr la obtención de lo que no sería a través de una actitud de convencimiento por contener lógica y razón.

B. Duplicidad de la conducta para la formación del tipo.

En atención a lo anterior, se clarifica que si se habla del "obligar" y la "violencia", se entienden de la misma forma en la gramática castellana y en el enfoque jurídico; y aún más, ayuda a reflexionar que si el "obligue" lleva inherente en su significado un ejercicio que es contrario a la voluntad de quien lo sufre (e incluso, de alguna forma la "falta de consentimiento", que también se contiene en el primer párrafo), y la violencia es poner en desarrollo un acto material o presión anímica para "facilitar" una acción, cuando el que la sufre (la violencia) no tiene la voluntad de efectuar o someterse a lo que se le "pide", constriñéndolo en consecuencia, entonces puede establecerse que en el enunciamiento de la norma, comprendiendo tanto lo que constituye el tipo básico (requisito del tipo) como su circunstancia subordinada, existe un requerimiento que es igual, de tal modo que se está en presencia de una duplicidad de conducta.

Habrá que obrar con cautela para no incurrir en alguna confusión: si se considera que hay esa duplicidad en el tipo penal de Abuso Sexual, es porque se manejan palabras que tienen esencia similar, para comprobar aspectos entrelazados, pero diferentes, toda vez que en el párrafo inicial se atiende la realización del delito y posteriormente -en el segundo párrafo-, a la circunstancia que concurre para complementarlo. Basta observar que en su primer aspecto de formulación, requiere que la realización de la conducta se d  "sin consentimiento" en tanto que en su segunda posibilidad de formulación, a la víctima se le "obligue" (términos éstos considerados como requisitos del tipo), mientras que en el párrafo segundo (como calificativa del tipo penal) alude al uso de la "violencia", como elemento esencial y constitutivo para hacer factible el incremento de la pena a imponer al que puso en práctica la conducta descrita en la norma; siendo que los dos primeros conceptos, en conjunto, y aún aislados, representan de alguna forma el ejercicio de una violencia (y en especial el término "obligue", que es el que básicamente se atiende en este estudio), toda vez que ejecutar una acción de un individuo sobre de otro, sin el consentimiento de este último, representa el uso de un acto que es contrario a la voluntad de la víctima para lograr un fin, y qué decir de "obligar", cuya propia naturaleza (tal y como se vio en sus definiciones) implica una coacción, que evidentemente representa el llevar a cabo una fuerza física o una amenaza o amago, dicho de otra manera, significa la materialización de una violencia física o el ejercicio de una violencia moral.

De tal suerte que si un sujeto impulsa a otro a que lo acaricie en sus partes pudendas, "convenci ndolo" por haberle amagado con un arma,

representa que lo constriñó para hacerlo, pues es notorio que como no era la voluntad de la víctima el llevar a cabo ese caricia, debió de forzarlo, el activo, mediante la utilización de un objeto que pudiera haberlo dañado en su físico, minando así la resistencia que, por lógica, debía haber opuesto, acreditándose de ese modo que esa actitud satisface el requisito de "la obligación a ejecutarlo".

Pero yendo más allá del aspecto planteado, es notorio que con esa misma actividad, se va a comprobar la amenaza o amago requeridos para decir que el delito se cometió con "violencia" (que en el caso lo sería moral), toda vez que con esas insinuaciones de daño, se intimidó al receptor del acto contrario a derecho, lo que hace patente, quizá sin quererlo así, que se tiene duplicada la conducta en el artículo (en su parte de requisitos y en su sección de calificativa), respecto a un mismo hecho.

Ahora, por lo que respecta a la posibilidad de presentarse un caso donde prevalece la violencia física en la realización de un hecho, podría pensarse en lo siguiente: un individuo no sólo frota su mano en los senos o caderas de una mujer, sino que además les propina golpes, porque en eso consiste su libidinidad, eso es lo que le da placer; esto representaría que de nueva cuenta se vuelve a caer en el hecho de que con una misma conducta se atendería la acreditación de los requisitos del tipo y la circunstancia que sirve como su calificativa, porque el acto sexual (sin el propósito de llegar a la cópula) para el agente activo, es golpearle sus pechos y glúteos a su víctima, pero ello también podría considerarse como una violencia física, creyendo que fue el medio idóneo para lograr el objetivo.

Como es de apreciarse, esa duplicidad concebida acarrea problemas que no solamente acuden a un aspecto de semántica, sino que trascienden en el plano jurídico, ya que esta situación procrea un conflicto de cómo determinar a la conducta para que no se tenga repetida; además de que, bajo el enfoque que planteo, claramente se contrapone con un principio elemental de derecho y que está contenido en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra establece:

ARTÍCULO. 23.- *Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.*

En un tenor similar y con esa misma naturaleza, el Código Penal vigente, en su numeral 118, ratoma ese postulado de la Ley Suprema, enunciándolo de la siguiente forma:

ARTÍCULO 118.- *Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término.*

Al respecto, el tratadista de derecho constitucional Francisco Ramírez Fonseca, escribe que "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito nos lleva a una máxima legal: Nemo debet bis puniti pro uno delicto (nadie debe ser castigado dos veces por el mismo delito). Desde luego, la máxima que se resume en non bis in idem es más amplia, pues no ser juzgado dos veces elimina, por una parte, el doble castigo, y, por la otra, la posibilidad de castigar a quien ya se encontró inocente."⁴⁴ Pensamiento del que yo interpreto que si a un individuo se le ha considerado responsable en la comisión de un delito (lo que significa que ya se le ha juzgado), no debe recibir nuevamente una sanción que derive de la misma conducta productora del ilícito, a la cual ya se le impuso una pena, sin que con ello se contravenga al principio de mérito, contrariando al derecho.

Luego entonces, esta reflexión da vida a la posibilidad de que siempre que se tenga sentenciada condenatoriamente a una persona por haber cometido el delito de Abuso Sexual, y que no solamente se le imponga una pena por el delito básico, sino que además la sanción haya sufrido un incremento por la concurrencia de la circunstancia cualificante, se le esté violando un derecho constitucional, y se esté desarrollando la impartición de justicia alejada de los principios elementales de derecho, al estarle sancionando una misma conducta en dos ocasiones (más no imponiéndole una pena a un aspecto diverso a ésta que acude como complemento).

⁴⁴ RAMÍREZ FONSECA FRANCISCO. "Manual de Derecho Constitucional". Pac, S.A., México, 1981. Pág. 123.

Pero también se le puede ver desde el otro ángulo, es decir, si un juzgador, apegado al estricto sentido de la ley actual, que consiste en acreditar los elementos del tipo penal y no el cuerpo del delito, aprecia, después de analizar sus elementos objetivos, en concreto la conducta, que la misma se desarrolló por el agente activo satisfaciendo el requisito del tipo en su formulación de "obligue", por ejemplo, y luego, que esa misma ejecución de conducta sea la idónea para tener circunstanciado, cualificado y subordinado al delito que nos ocupa, con el complemento de "violencia moral", determine que como ese acto fue la forma de manifestar la conducta que resultó típica, más no el medio para facilitarla, y ya fue penalizada, decida emitir su resolución estableciendo que no será sancionable la circunstancia que calificaría al multicitado delito de Abuso Sexual, en atención a que ya fue estudiado y condenado ese aspecto (conducta), cuando se le impuso la pena correspondiente al sujeto activo por el delito básico.

Este punto de vista puede ser motivo de una objeción, puesto que habrá quien diga que una circunstancia calificativa del evento delictivo se sanciona, precisamente, por ser concurrente en éste, y del órgano jurisdiccional sólo es "preciso prohibir ... el establecer circunstancias agravantes y aumentar la pena fuera de los casos expresamente previstos en la ley ...",⁴⁵ siendo que en el caso del delito de Abuso Sexual, ciertamente está expresada y determinada esa circunstancia cualificante, por lo que lo único que debería observarse es que no esté alejada o ajena al hecho, dado que, como se dijo en el capítulo II de este trabajo, al plantear varias definiciones, una circunstancia

⁴⁵ PESSINA ENRIQUE. "Elementos de Derecho Penal". Reus, S.A., Madrid, 1936, Pág. 540.

qualificante debe de ser subordinada, circunstanciada y complementaria de cualquier delito básico, sin que se presente con vida autónoma, por darle mayor disvalor a la acción del sujeto; argumento con el cual estoy totalmente de acuerdo, pues ciertamente este tipo de circunstancias van a atender detalles que en concreto tutela el legislador al deliberar y promulgar una normatividad. Más no por ello me adhiero a decir que por ese motivo, el actuar de un delincuente en la comisión del delito de mérito, sea factible de ser sancionado dos veces, ya que una circunstancia cualificante a lo que va a imponer una pena (de conformidad al estudio crítico y prospectivo de las normas juridico-penales y a las vías institucionales que promueven las reformas legislativas adecuadas a las situaciones sociales que se viven), es a la mayor o menor agresividad del autor en la comisión del delito, lo que significa que se intensificará la sanción cuando el sujeto activo, además de realizar el evento delictivo, allane un aspecto al que el legislador le otorgue mayor seguridad, como puede ser el lugar destinado para habitar o para comer (el robo en una casa habitación, por ejemplo, que se supone de mayor tranquilidad para cualquier individuo), o que el mismo no respete bienes que su dueño haya desatendido temporalmente por dedicarse a cumplir con otra actividad, o la integridad de las personas, o de alguna forma violenta la seguridad del individuo que habita en sociedad, más allá de un plano considerado "normal" o genérico, tal y como se compone la mayoría de las descripciones típicas; dicho de otra forma, una calificativa no interviene para que se dé la comisión del delito, sino que en atención a cómo o dónde se realizó éste, es cuando aparece para incrementar la sanción.

Qué significa lo anteriormente expuesto, pues simplemente que para la validez de una calificativa, se debe limitar su estudio a circunstancias que convergen al hecho delictivo y que deben ser necesarias para el autor en su realización, más no porque se trate de estados inherentes y básicos en el hecho mismo. Como un nuevo ejemplo puedo plantear que si un individuo (sujeto activo) somete a una persona (sujeto pasivo) con una navaja, y le dice que le frote sus genitales, obligándola así a ejecutar el acto (conducta), sin tener el propósito de copular (elemento subjetivo), deberá aplicársele una pena por la comisión del delito de Abuso Sexual, ya que es claro que tuvo verificativo la ejecución del acto sexual, satisfaciéndose los elementos objetivos; pero ese mismo amago no tiene que ser la circunstancia que actualice a la calificativa, simple y sencillamente porque se trata de la misma conducta requerida por dicho ilícito, a la que no se le debe considerar como un acto que acude para "facilitar" la comisión, sino como el acto mismo que le dio origen, toda vez que si ese amago no hubiese existido, el "obligar" al sujeto pasivo tampoco, ya que sin él sería imposible establecer cómo lo obligó, puesto que la sola petición de que lo frotara, de manera alguna sería constitutiva de un constreñimiento.

Volviendo a caer en el hecho de que si el juzgador aplica cabalmente la normatividad penal al violador de la disposición legal, no le podría sancionar de conformidad a lo que estipuló el legislador, por tener ya sancionada esa conducta. Lo cual acarrearía un conflicto que no únicamente trascendería en los estudiosos del derecho penal para encontrarle solución, ya que al ser éste uno de los delitos más reprobables por nuestra sociedad (por tratarse de carácter sexual), y del que no existiera la posibilidad de ser sancionado debidamente, provocaría un malestar en la comunidad (que de por

si, en los momentos actuales, se ha visto vapuleada con la cadena de inseguridad desatada); recayendo tal reacción en el órgano jurisdiccional, cuando en realidad la anomalía se da por otros factores, teniendo que ser analizada y actualizada no sólo por el cuerpo legislativo (que es el que discute y aprueba las leyes), sino por gente proveniente de los otros poderes de la República, logrando estructurar debidamente el contenido del tipo, sin necesidad de buscar de donde proviene esa falla. Ello no significa que se piense que esta frase va encaminada en defender o atacar sistemática o determinadamente a alguno de esos poderes en que se divide nuestra República, sino que atento a los incentivos de democracia que se están viviendo, así como de mejoramiento de todas y cada una de las instituciones que conforman nuestra estructura política, es válido reclamar que éstas, acorde a las facultades que propiamente les conciernen y otorga nuestra Carta Magna, actúen apegadas a sus funciones y, ante todo, desarrollando su trabajo con todo profesionalismo y honestidad, lo que significa que el Judicial acredite los elementos del tipo penal, con base en una valoración consciente de todos y cada uno de los medios probatorios que obren en una averiguación penal y así se encuentre la verdad histórica de los hechos; que el Legislativo perciba la vivencia y violencia social, para promover las reformas legislativas adecuadas a sus nuevas situaciones, debiendo crear, reformar, modificar o suprimir normas penales con base en la investigación criminológica y penológica, en tanto que el Ejecutivo, a través de la Procuraduría competente, persiga con toda objetividad y profesionalismo a los delincuentes, e investigue a fondo eventos criminosos de estas características.

C. Determinación de la violencia, como requisito para la integración del tipo o como una circunstancia complementaria del mismo.

Considerando que ya se ha dado el enfoque necesario que pone de manifiesto que para el criterio de quien esto escribe, hay una duplicidad en la conducta dentro del delito de Abuso Sexual, por lo que debe considerarse la imposibilidad que el ejercicio de una violencia pueda subsistir como requisito del tipo, y a la vez como su circunstancia cualificante; y del mismo modo debe considerarse que se trata de un delito a analizar con todo detenimiento, a conciencia, ya que igual como puede verse afectada una persona que lo sufre, lo llegará a ser aquélla que sin haberlo cometido, tiene que afrontar y verse inmersa en un proceso por una simple reacción banal y/o visceral de quien se diga ofendida; basta recordar que se contempla a este delito como de los que por sus condiciones, en general se presentan sin la existencia de testigos, lo que implica que debe efectuarse un estudio estrictamente profesional para tener la certeza de señalar si se miente o no en la imputación que se formule; por ello, empapado por esos pensamientos, ahora lo que se tendrá que valorar es en cuál de los dos aspectos resulta conveniente que prevalezca.

En primer lugar, habrá que dejar totalmente en claro qué es un delito sexual, y " ... para poder denominar con propiedad como sexual a un delito, se requiere que en el mismo se reúnan dos condiciones o criterios regulares: a) que la acción típica del delito, realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hace ejecutar, sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual; y b) que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción sean relativos a la vida sexual del

ofendido".⁴⁶

En segundo lugar, habrá que atender la ventaja o desventaja que pudiera tener dicha violencia, si se conserva al momento de establecer los requisitos del tipo, y para ello tendré en cuenta la forma en que está constituida, actualmente, la descripción de la norma al respecto.

Pues bien, dada la esencia del delito y como está conformado, considero que el verbo regidor que presenta, en su segunda forma de realización, tiene una expresión que implica la violencia, ya que el que se "obligue" a alguien a que ejecute un acto sexual, es ir en contra de su deseo natural; planteamiento al que se llega después de haber atendido el significado de esa palabra, bajo la acepción gramatical y jurídica (las cuales coinciden). Resultando lógico que el legislador la ocupe para enunciar la conducta violadora de la ley, toda vez que si el bien jurídico a tutelar en este ilícito, es la libertad o la seguridad sexual de las personas (ambos a los que les di validez, con el fundamento que enuncie en el capítulo I de este trabajo, y el cual solicito se tenga en este momento por reproducido, omitiendo la repetición que resultaría ociosa), es porque a cada individuo no se le va a limitar en la actividad sexual que quiera tener o desarrollar (salvo que se llegara a perjudicar a una persona diversa), sino que simplemente se les resguardará para que no sufran una afectación en su cuerpo; lo que significa que únicamente se actuara cuando no haya la voluntad de la persona para realizar o que se le haga un acto sexual, más no en el momento en que ella consienta esa actividad.

⁴⁶ GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO. "Derecho Penal... Ob. cit." Pág 310.

Esto es, siempre que se entienda a unos individuos como agraviados (no es significativo ni determinante el que la víctima sea de uno u otro sexo), será porque quien los ataca está obrando contrario al deseo de los mismos; interpretado de otra forma, se tendrá actualizado ese "obligue" como requisito del tipo, cuando se carezca del gusto o placer de éstos para que se les acaricia, se les toque o se les pide que hagan un acto que se considere como sexual; no concibiendo, bajo mi punto de vista, otra forma de lograrlo, que no sea el empleo de una fuerza material o de una presión que influya en el estado de ánimo de quien sufre el hecho (sujeto pasivo), o en el mejor de los casos, de un acto sorpresivo que no por ello deja de ser violento y de aflicción para quien lo tiene que padecer.

Y como se trata de un delito de los llamados de "propia mano", es decir, que resulta "ilimitado el círculo de personas que pueden perpetrarlos, pero ninguno puede cometerlos valiéndose de otro individuo",⁴⁷ hace que se considere que como únicamente el sujeto activo es el que puede cometer el delito, tendrá necesariamente que asistirse de la forma de cómo lograr su finalidad, y que mejor que la utilización de una violencia, si es que no obra el consentimiento del sujeto pasivo de la acción.

Pero valdría la pena representar lo anteriormente dicho con unos ejemplos, para poner más énfasis en estos aspectos, e iniciaré con uno que ya había anotado anteriormente: un individuo no sólo frota su mano en los senos o caderas de una mujer, sino que además les propina golpes a estas partes corporales, porque en eso consiste su libidinidad, así es como satisface su deseo de realizar el acto sexual, eso es un placer para el agresor; se podrá creer

⁴⁷ JIMÉNEZ DE AZÚA LUIS. "Tratado de Derecho Penal". Tomo III. Lozada, Buenos Aires, 1974. Pág. 805.

que las caricias sean el acto sexual y los golpes representen la violencia, pero si se atiende bien a la manera en que argumenté el hecho, queda claro que ambos actuantes constituyen el acto sexual, ya que los golpes representan, igualmente, el acto en sí, y no una forma de apoyo para facilitar la consumación del delito; en tal caso, el problema no solamente radicaría en si existe o no la duplicidad al momento de sancionar de la conducta, sino además en una confusión por determinar la esencia de los golpes propinados a la víctima en sus zonas glúteas, pudiendo quedar subsanada esa duda (ya que habrá quien piense, pese a la advertencia que sugerí, que los mismos no constituyen el acto en sí), si se tuviera la precisión idónea al describir la conducta típica del Abuso Sexual (recordar que en materia penal no opera la interpretación analógica), delimitando a la agresión como un requisito de su estructura o como una actividad que agrave el hecho delictivo.

Bajo el mismo tenor, puede plantearse otro ejemplo, del que solicito se tenga como verídico, para manejar esta situación: se presenta el caso que cierta persona que tiene amistad con una familia, a la que conoce desde hace diez años (lo que le proporciona una cercanía a ésta), le dice a una joven de diecisiete años de edad, integrante de la misma, con quien ha mantenido una relación afectiva desde pequeña, que si no se deja acariciar sus senos, hará del conocimiento de sus padres que no va a la escuela por irse a nadar con sus amigas (lo cual es cierto), por lo que ella accede a dejarse acariciar, sin que el hecho se exceda de esa caricia. Aquí, a la luz del tipo penal de Abuso Sexual, no puede hablarse de que exista realmente una falta de consentimiento o que se le haya obligado, puesto que ella está accediendo a que se le acaricie; por consiguiente, tampoco puede considerarse que se puso en práctica una violencia moral, ya que en ningún momento se acreditaría que existió un amago o amenaza de un mal grave que intimidara al sujeto pasivo; pero sí puede constatararse que su libre voluntad está viciada, toda vez que no

es por gusto que se deja acariciar, más ello de manera alguna puede actualizar que no existiera un consentimiento o se le obligara, puesto que la chica de diecisiete años bien pudo contestarle a la persona en mención con una negativa a su "petición", y afrontar el problema que se le presentara, ya que no era una joven sin conciencia de lo que hacía, independientemente de que en lo jurídico, aún no estuviera considerada como mayor de edad.

En este problema planteado, considero que la cuestión a resolver consiste en prever la forma de realización del ilícito con esa conducta, pues en un plano analítico de la descripción del tipo penal, resultaría que es atípica (por no satisfacer todos los elementos del delito de mérito) y, por consiguiente, no sancionable, aun y cuando se exteriorizó la conducta violentando o contrariando la voluntad de la víctima; por lo que resulta necesario que también el diseño de presión en el caso de la menor de edad (no olvidar que existe lo que algunos estudiosos del derecho penal llaman "temor reverencial", que es el que se profesa hacia los familiares ascendientes y/o personas a las que se les debe respeto), sea previsible dentro del contenido de los requisitos del tipo, aunque bajo una definición que no sea la de estimarla como una violencia, por no serlo propiamente.

Caso similar pudiera presentarse cuando el sujeto activo, conociendo que su víctima tiene un padecimiento de carácter mental, obtiene su consentimiento para acariciarla en todo su físico, y luego que acepte la solicitud de ser ella quien ejecute las caricias en el cuerpo del agresor, pues igualmente puede ser atípica esta manifestación de voluntad por no estar precisada en el ordenamiento legal. Y si bien es cierto que en los casos diseñados líneas arriba, puede plantearse que los consentimientos de la menor de edad y de quien tiene un padecimiento mental, no son válidos por estar las víctimas en condiciones inidóneas para otorgarlo, también lo es que esta

reflexión nace de una postura proveniente de la materia civil, pero no de la penal, sugiriendo que es inadecuado obtener esa concepción de una ramificación diversa de la normatividad penal, por la imposibilidad de obrar por analogía en esta esfera del derecho; pues aunque en ocasiones el derecho penal se auxilia del ordenamiento civil para precisar los elementos normativos (por ejemplo, cuando se hace alusión a lo que es una "cosa mueble"), éstos son diferentes a un elemento descriptivo (requisito del tipo), que es determinante para encuadrar con propiedad una conducta a la descripción que hace el tipo. Y si ello no fuese así, en los artículos 261, 262 y 266 del mismo Título Decimoquinto de los "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual" del Código Penal, resultaría ocioso que se enmarcaran edades de la víctima u otras condiciones en ésta.

Sin que esto signifique que abogar o inclinarse por que se instaure la calidad específica en el sujeto de pasivo de "púber" o "impúber", pues así como creo que estas calidades no son necesarias, considero que si se restringiera a sólo dos etapas de la vida de la persona, se contrapondría con otra etapa. Voy a explicar: si percibo que quedaría un eslabón sin tutelar en la vida de la persona, es en atención a que la calidad de "impúber" se presenta en el momento en que se vive la niñez, y la calidad de "púber" está contemplada (al menos fisiológicamente), cuando empiezan a aparecer en el sujeto las características propias de su sexo, como puede ser, en la mujer, la aparición de vello púbico, la acumulación de grasa en sus senos y en sus glúteos, el ensanchamiento de sus caderas, mayor agudeza en su voz, el nacimiento de su actividad reproductora con la primera menstruación, etcétera; mientras que en el hombre es característico la aparición de vello en el área del pubis, en la cara (bigote y barba), secreciones por su pene, con un sonido de su voz grave, etcétera. Edad que quedaría establecida en años, antes o después de doce.

Lo cual significa que, para esa descripción típica, aquel sujeto que le pidiera a un individuo que tuviera la edad de 16 años dejarse acariciar, o que lo acariciara, en un acto evidentemente libidinoso, no sería sancionable, por considerarse en el enunciamiento de la conducta (que prevalecía antes de la reforma de mil novecientos ochenta y ocho, y como seguramente lo volverían a inscribir), que sería invalidado el consentimiento únicamente de los "impúberes", quienes, de acuerdo al razonamiento planteado, serían aquellas personas menores de los doce años de edad.

Aunado a que esta postulación, se apreciaría que hay franca contradicción con la "interpretación" vigente (soportada expresamente en la legislación civil, tal y como lo manifesté en líneas arriba), de que la voz de una persona que no sea mayor de los dieciocho años, de manera alguna puede ser atendida como válida, pues si en el primer caso sólo se requiere que no haya o sí el consentimiento en una persona "púber" para tener o no acreditado el delito penal, en el segundo postulado (así creo que debe entenderse), el consentimiento no contiene valor, hasta en tanto no sea mayor de edad el ofendido, sin importar si ya es "púber".

De lo anterior se desprende que la edad, también entraría en un plano muy interesante para discutir en este delito (por algo en descripciones de antaño, tal y como quedó constatado, significaba un requisito del tipo, aunque no por ello comulgo con el espíritu que tenían), pues si se tratara de un infante, sucedería la misma postura de que puede dar su consentimiento para efectuar un acto sexual (invalidado por la edad de conformidad no al artículo 260, si no a los antes aludidos 261, 262 y 266 del Código Penal) y no ejercerse violencia, quedando bajo tales condiciones atípica la conducta e insancionable. En el Código Penal Anotado de Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas se anota: "... me parece absurdo que se hayan quitado los elementos calificativos

del sujeto pasivo; a saber: 'púber' o 'impúber'; porque ellos definían con claridad la naturaleza de tal sujeto. No es lo mismo, evidentemente, la falta de consentimiento en una persona púber que el consentimiento en una impúber. ¿ Por qué lo ha suprimido el legislador ? Ahora el juez, frente al vacío de la ley, deberá reflexionar en dichas circunstancias ...⁴⁸; complementándose dicho dato con un comentario al artículo 261, del que postula "aquí el legislador si toma en cuenta una circunstancia calificativa importante en el sujeto pasivo, a saber, que sea menor de doce años de edad o que por cualquier causa no pueda resistirse. ¿ Por qué, entonces, no procedió de similar manera en el artículo 260 ? Además el artículo que aquí comento no es en rigor un subtipo del contenido en el 260. Se trata, a mi juicio, de un verdadero tipo penal que bien se pudo incluir en el 260. ¿ Por qué separarlos ?"⁴⁹

Por mi parte, me sostengo en la idea de que el hecho de que sea "púber" o "impúber" la persona a la que se lesiona, no tiene porque implicar mayor problema, siempre y cuando estas características del sujeto pasivo queden identificadas con una descripción idónea del tipo penal, dejando al juzgador únicamente la valoración de la pena a imponer, de acuerdo a los aspectos del evento delictivo, y no la complejidad de fundamentar debidamente si se trata de un menor de edad (cuyos años no son menores a doce) o una persona adulta. Aunque si estoy de acuerdo en que el legislador no atendió pertinentemente al capítulo I que comprende a los delitos sexuales de esta índole, pues efectivamente resulta poco atinado que en el delito de Abuso Sexual no se limite la esfera de quien pueda ser sujeto pasivo, mientras que en el delito contenido en el artículo 261 se le determine, siendo que ambos

⁴⁸ CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL, CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL. "Ob. cit." Pág. 688

⁴⁹ "Idem." Pág. 690.

aparecen con requisitos de una similitud evidente.

Pero no solamente basta pensar en hechos como los anteriores, de la misma forma, pueden llegar a presentarse casos como el siguiente:

El muchacho que estando en una escuela o en un centro de trabajo le "roba" un beso a la joven que le gusta, y que no podría lograr en otras condiciones; es un acto sexual, pues representa una actividad que satisficará la libidinidad del sujeto activo y que resiente corporalmente la víctima, no hay consentimiento, porque es precisamente el motivo que se lo haya "robado", y no existe el propósito de llegar a la cópula, ya que sólo quiere dárselo, pudiendo, en consecuencia, tenerse actualizado de tal forma, el delito de Abuso Sexual; y si quedó como cierto que uno de los aspectos que trata de tutelar el legislador al crear el delito de mérito, es la libertad de decisión de las personas en un aspecto sexual, no deja de ser así que si se trata solamente de "robar" un beso, absteniéndose de una actividad eminentemente lesiva, podría resultar extremista la sanción que pudiera imponérsela, en comparación de otro individuo que hubiese cometido el mismo delito -que no de manera similar- (independientemente del grado de culpabilidad que se le haya asignado), ya que no es justo que se le penalice igual que a aquél que frotó las zonas pudendas de la víctima, llegando a lastimarla o humillarla.

Representando un caso contrario a aquel en el que el individuo que aprovechando la blusa escotada o la falda corta de una mujer, se las jala para abrir más el escote o levantar la falda y observar el busto o caderas de su víctima con más intimidad; a este sujeto si habría que sancionarlo con mayor ahinco, ya que la expresión de su voluntad denota un desprecio a la convivencia social y, por ende, a la normatividad establecida, al no conformarse sólo con

verle su busto y caderas de acuerdo con la posibilidad que permite el diseño de la ropa, sino que además opta por forzársela con el riesgo de que la dañe en su físico y en la vestimenta.

Con lo anterior se quiere poner de manifiesto que aunque no se trate de una caricia en la víctima, es viable que con otras actitudes que representen un acto sexual (satisfaciendo la libidinidad del agente activo, quien no tiene el deseo de copular), pueda cometerse el delito en estudio, pero hay que ser muy cautelosos para tener la sensibilidad de estimar debidamente las circunstancias, condiciones y calidad humana del agresor para deslindarlo de los verdaderos individuos que padecen alguna desviación mental que los orilla a poner en práctica esos actos, pues aunque pueda pensarse que igualmente se trata de un "salvaje atacante" el que usa la sorpresa para obtener un beso de la persona sobre quien pueda sentir una atracción, aprecio que en un plano de realidad, no es tan sádico como aquel que incluso provoca una lesión. Y ante todo, deseo dejar en claro que no apoyo una actitud de este tipo, porque igual se violenta la seguridad de las personas en su esfera sexual, simplemente que hay que ser conscientes para no etiquetarlo como al sujeto que evidentemente demuestra una desviación mental o un ínfimo grado de educación y principios que lo impulsan a cometer el acto delictivo.

Como puede notarse son diversos puntos de vista que surgen de analizar la posibilidad de que la violencia se establezca en la parte de los requisitos del tipo, denotando muy posiblemente mi tendencia; sin embargo, para ser equitativo, ahora habré de ver las ventajas o desventajas existentes si se enuncia como una circunstancia que califica al hecho principal.

Siempre que se tenga en cuenta a una circunstancia agravante del delito, es porque la conducta delictiva va acompañada de datos, caracteres o circunstancias reveladoras de una mayor perversidad del sujeto, de una especial intensificación de su culpabilidad, de un aumento de alarma social, de un incremento del mal producido o de un especial desprecio a la normatividad establecida, de tal manera que su relevancia sea para aumentar cuantitativamente la pena señalada al delito. En este caso, se ha visto que por como está diseñado el tipo penal que ocupa este estudio, la violencia va implícita en el vocablo "obligue" (que integra a la parte descriptiva del delito), por estar compuesto, necesariamente, de una imposición, y por ello, no considero justificable, ni jurídicamente lógico, que se maneje ajena a dicha parte el aspecto violencia; máxime que las condiciones en que por lo general se presenta el delito (usando la sorpresa, el amago forzando o llanamente la falta de consentimiento), son las aptas para que se presente la fuerza.

Cierto es que el Abuso Sexual es un delito corporal porque el sujeto pasivo siempre lo sufre en su físico, "por eso, dentro del concepto de acto erótico ejecutado en la víctima, caben diversas hipótesis, en las que ésta siempre resiente en su cuerpo la acción: a) las acciones obscenas que el autor del delito realiza directamente en el cuerpo de la víctima; b) las que hace realizar por un tercero en el ofendido para gozarse con su contemplación; c) las acciones corporales lúbricas que se hacen realizar a la víctima en su ofensor; d) las que se le hacen efectuar en un tercero como modo contemplativo de excitar o satisfacer la libidine; e) las a que se obliga a un púber o se induce a un impúber a ejecutar materialmente en su propio cuerpo"⁵⁰; entonces hablar de violencia como algo que acude al hecho delictivo sin constituirlo

⁵⁰ GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO. "Derecho Penal... Ob. cit." Pág. 346.

directamente, es alejarnos de la realidad de como se presenta, desnaturalizando una actividad que en mayor o menor grado, lleva implícita esa violencia. Dicho de otra manera, independientemente de que en la parte de los requisitos del tipo no se maneja el vocablo "obligue" (e incluso la frase "sin consentimiento"), la existencia de la violencia como una circunstancia que agrava al delito básico, no presentaría funcionalidad, al llevar la actividad del sujeto activo, siempre, aun en grado mínimo, la fuerza o el amago.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, veo adecuado que en todo tiempo que se considere un tipo penal como el que ahora ocupa este análisis, debe de contener cualquier dato que haga referencia a la realización de un acto violento, para estar acorde a como se materializa, pues en su realización no existe el consentimiento de la persona que sufre el ataque en su cuerpo, o es obligada a llevar a cabo un acto sexual, términos que contienen el ejercicio de una violencia; e incluso, buscando una ventaja a esta propuesta, así no sería ambigua la acreditación de la culpabilidad en el sujeto activo, puesto que podrá delimitarse con toda claridad hasta que punto siente una animadversión hacia la normatividad establecida; y por el contrario, no creo procedente que la figura de una violencia se presente como una circunstancia que concurre al hecho, como si no tuviera una importancia trascendental para la realización del evento criminoso, siendo que por su espíritu, siempre y de alguna forma se pondrá en práctica el ejercicio de una violencia.

Por consiguiente, si la representación de la violencia se anota con toda claridad dentro de los requisitos del tipo, es necesario (lógicamente) que la misma desaparezca estando ajena a éstos (como circunstancia cualificante) o, en su caso, que se modifique la estructura (contenido) de esa parte del artículo, para que sea viable que a la misma se le tenga en una parte

diversa, con una verdadera vida de subordinación y complementación al tipo básico, y no como una figura que llegare a ser repetitiva y con riesgo de quedar sin operancia; esto último lo creo verdaderamente difícil.

Comentarios al capítulo.

Desde mi punto de vista, es indudable que existe una duplicidad de descripción de la conducta en el delito de Abuso Sexual, dado que, como lo he estado anotando, con una misma manifestación externa de la voluntad se puede satisfacer el aspecto del requisito del tipo penal (relativo a que en el ejercicio del ilícito, se "obligue" a alguien), así como la circunstancia cualificante que se enuncia en el segundo párrafo del artículo 260 del Código Penal (que en el caso podría ser que el delito se cometiera con violencia moral), ya que la esencia del verbo regidor en el delito en comento, comprende a la violencia, puesto que si se habla de "sin consentimiento", es que se ejecuta el hecho contrario a lo que desea o quiere la víctima, y si se le "obliga", vuelve a contrariarse su voluntad, violentando de esa manera su seguridad y pasividad, que indudablemente se ve afectada por la materialización de un acto que la constriñe, pudiendo sólo así verse consumado el delito; más no como un medio que lo facilita, sino que es el hecho delictivo en sí.

CONCLUSIONES

Conclusiones

La legislación penal se ha encontrado casi siempre a la zaga de los cambios sociales, lo que significa que requiere de una constante actualización. El Código Penal vigente, de mil novecientos treinta y uno, ha sido objeto de múltiples cambios, sobre todo en los últimos diez años, siendo uno de los más relevantes y con trascendencia, el que experimentó en mil novecientos ochenta y cuatro, así como el respectivo de mil novecientos noventa y cuatro. Este último, incluso, ha sido caracterizado como la más importante reforma penal en los últimos sesenta años, pues implicó cambios substanciales tanto en su aspecto filosófico como en el político que caracterizaban a nuestra normatividad penal, sin desconocer o demeritar que los primeros avances de esta nueva orientación se dieron, precisamente, en el año de mil novecientos noventa y cuatro.

Igualmente se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en esa época, lo que significa que nuestro sistema de justicia penal, se encuentra en constante transformación, buscando su renovación y perfeccionamiento para ser más eficiente.

Y es que a través de los años, desde que el legislador realizó una normatividad en materia penal, se ha buscado afanosamente lograr el ideal de establecer descripciones típicas, que sean lo más apegadas a la realidad social que prevalezca en cada época, ello con el fin de enmarcar a este país dentro de un estado de derecho, digno de un pueblo como el que en él habita.

Por lo que influenciado de ese espíritu, en el estudio realizado en la presente tesis, sobre el tipo penal comprendido en el artículo 260, relativo al injusto de Abuso Sexual, en el que establecí la presencia de una duplicidad de valoración de la misma conducta para acreditar un requisito del tipo y la circunstancia cualificante, puedo llegar a la siguiente conclusión:

Se ha podido precisar a lo largo de este trabajo, que los delitos de carácter sexual, quizá por el "tabú" que cae sobre todo lo que se refiere a este tema, no han encontrado plena y clara identificación en sus descripciones, requerimientos y aplicaciones, prevaleciendo aún en nuestros días, carencias dentro del capítulo que los comprende, el cual, de la misma forma, no se le ha encontrado el título con el que coincidan todos los estudiosos del derecho penal que sea el idóneo para identificarlo.

Es precisamente dentro de esas carencias (dentro de las que se pueden enunciar el no tener determinado un concepto de violencia en los delitos sexuales, sino que hay que "usurparlo" del capítulo que comprende los delitos de carácter patrimonial) e incongruencias, que me encontré con la situación de que se manejan edades en el delito contenido en el artículo 261 del Código sustantivo penal, cuando el Abuso Sexual, referido en el numeral 260 del mismo ordenamiento legal, no las refiere, siendo que guardan una similitud, así como que en el delito de Abuso Sexual (y algún otro por ahí de esta misma índole), la actividad que realiza el sujeto activo del delito, es la idónea para acreditar el elemento objetivo del mismo, referente a la conducta, pero además, es con la que se puede comprobar la realización de ese evento delictivo bajo la circunstancia agravante de violencia, ya sea física o moral.

Sin embargo, bajo mi concepto, el problema se resuelve solamente con la búsqueda de una nueva conformación del delito, que se estructure de manera tal que impliquen otros factores que van ligados pero no contemplados en la actualidad, y para eso hay que tener presente:

PRIMERO. Que no baste que la acción libidinosa en el Abuso Sexual sea incompleta desde el punto de vista fisiológico o material; menester es, además, que sea incompleta psicológica o subjetivamente, entendiéndose por ello que el agente activo, a través de los actos lúbricos que realiza corporalmente en la víctima, no se proponga en el instante de realizar el acto, la consecución de la cópula; esto es, sus acciones lascivas son distintas no sólo al ayuntamiento sexual, sino a sus intentos.

• Lo anterior, en virtud de no crear una confusión de cuándo se trata del delito de Abuso Sexual, o de cuándo se trata de los medios preparatorios a la ejecución de otro delito. Y aunque la legislación actual emplea las palabras "sin el propósito de llegar a la cópula", para eliminar del contenido del Abuso Sexual aquellos casos más graves en que el sujeto emplea las maniobras lascivas como principio de ejecución de una cópula, debe quedar claramente precisado que ellas no son el modo para obtenerla en el instante o momento de la ejecución del hecho, caso contrario, nos alejaríamos del delito a estudio.

SEGUNDO. Que desde el punto de vista social (lo que uno capta como persona que convive con gente todos los días), es notorio que

los autores de Abuso Sexual, generalmente son personas que se encuentran en el ocaso de su vida sexual, o son jóvenes que adolecen de vivencias sexuales y que, por inexperiencia, no encuentran fácil desahogo a sus apetencias, o se trata de personas que declinan a funciones sexuales llevadas con normalidad; psicológicamente, este delito nos muestra a sus autores que, por un motivo o por otro, cuentan con una insatisfacción o deformación sexual o tienen el afán sexual de supervivencia, después de desaparecida su posibilidad.

** A esto se llega después de observar en las Agencias Investigadoras o en los Juzgados que los sujetos que son detenidos y consignados por este delito, presentan dichas características, lo que se lograría combatir con una verdadera educación sexual y una realimentación de los valores morales, aspectos ambos que deben forjarse de una manera científica y en el seno familiar, sin la intervención de factores frívolos o que atienden únicamente a intereses mercantiles, a los que sí les beneficia la desinformación y deformación de los principios de respeto regidores de una sociedad; que conste, ello no significa solamente modificar o adecuar una norma (función del Poder Legislativo), debe implicar al núcleo mismo de la sociedad (la familia).*

TERCERO. Que no basta con que en diversos artículos al 260 del Código Penal (pero comprendidos en el capítulo de delitos sexuales), se contemple a personas (representantes de quien fungiría como sujeto pasivo), con características específicas por la edad o condiciones mentales, sino hay que estructurar este artículo de una

forma que conjuguen a estos sujetos y otros factores que en este momento no son enunciados en la descripción típica.

• *Lo anterior buscando que efectivamente el sujeto pasivo se impersonalice y lo pueda ser cualquiera, sin que se entre en conflictos de edad, o que si se es "púber" o "impúber", que en todo caso confundirían más que determinar alguna característica de dicho sujeto pasivo, pues a final de cuentas el bien jurídico a tutelar deberá ser la libertad y la seguridad sexual de las personas; debiendo quedar al órgano jurisdiccional la valoración de si el delito se cometió en un infante, adolescente, joven, adulto o anciano o bajo qué circunstancias, al momento de imponerle la sanción correspondiente al delincuente.*

CUARTO. Que se dé por hecho que no solamente los tocamientos pueden ser una forma de manifestar el acto sexual, sino que pueden presentarse otras actitudes que deben ser valoradas a conciencia, para no dejar de sancionar una conducta que atente contra el bienestar de las personas en su ánimo sexual.

• *Ello con la finalidad de que quien realice un delito de este tipo, no quede sin la debida sanción, pues si nos ajustamos al principio de derecho penal que estima que no es válido aplicar la analogía para "llenar" alguna laguna existente en la materia, cabría la posibilidad de que al presentarse una conducta notoriamente contraria a derecho, por alterar la convivencia social, pero que no esté tipificada, se tenga que dejar de sancionar, al no existir la descripción precisa de esa conducta, creando*

conciencia en el delincuente de que como no es sancionable podrá volver a ponerla en práctica las veces que él lo quiera.

QUINTO. Que no solamente se maneje la frase "sin consentimiento", sino que el legislador se sea más explícito en otras facetas que puede desarrollar el agente activo para conseguir su propósito, que es violentador de la libertad y seguridad sexual.

- **Lo que representaría, al igual que en el punto anterior, una gama más amplia de posibilidades reales en la comisión de este delito, que estén tipificadas como tales, y que puedan ser debidamente sancionadas, sin el temor de una confusión o aplicación indebida, conforme el derecho y la sociedad lo exigen.**

SEXTO. Que sea válido considerar como bienes jurídicos tutelados en el delito de Abuso Sexual a la libertad y a la seguridad sexual de las personas.

- **Ya que mientras con el primer bien jurídico se garantizará la decisión de la persona para desarrollar su vida sexual como mejor lo crea conveniente, con el segundo se le brindará la tranquilidad de que no deberá ser molestada o tocada en su cuerpo sin su consentimiento, y que en caso contrario, se le castigará al agresor; quedando claro que con tal postura, no se infringiría ni sería incongruente con los principios de derecho penal, y sí, en cambio, se complementaría.**

SEPTIMO. *Que al proceder a investigar estos delitos, se contenga un alto grado de profesionalismo y honestidad, por parte de la autoridad competente.*

• *De manera tal que no sea sujeto a indagación o a proceso un individuo que sin haber cometido el delito, sólo esté padeciendo un reflejo visceral de quien se diga ofendido, tolerado por las presurosas "investigaciones" o las dádivas otorgadas a los investigadores, que no reflejan más que la ineficiencia y corruptela de una institución, vicios tan combatidos en la actualidad.*

SUGERENCIAS

Por todo ello, creo conveniente que la descripción de ese tipo penal, debe sufrir una modificación substancial, desapareciendo esa circunstancia cualificante del hecho para que quede integrada en la constitución del tipo básico, alimentándolo en su aspecto descriptivo (o de requisitos del tipo como lo llamé) con otras alternativas de conducta para que se abarquen todas las opciones posibles; asimismo, estableciendo la posibilidad de una circunstancia calificativa diferente, y que consistiría en que se contengan las calidades de personas que son enunciadas en el artículo 261 del Código Penal (incapacidad de comprensión y de resistencial y la última característica en la persona, enunciada en la fracción IV del artículo 266 bis del mismo ordenamiento legal, desapareciendo, en consecuencia, el artículo primeramente citado y la condición anterior de la ubicación que actualmente tiene.

Para lograr lo anterior, no hay que perder de vista que "el derecho penal tiene la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que, ineludiblemente, implica una aspiración ético-social".⁵¹ Sin dejar de lado que siempre hay que buscar que la norma sea previsoras y no sancionadora; trabajo que implica una complejidad de alto grado, al no intervenir solamente los legisladores para discutir la normatividad, sino todos los que formamos esta sociedad, ya como mandatarios o como integrantes, para alcanzar un alto nivel de principios, cultura y respeto entre nosotros.

Pero sin alejarnos de la red del enfoque que le he dado a mi trabajo, ahora, a manera de aportación, sugiero como esa posible descripción diferente del delito de Abuso Sexual, que se seguirá conteniendo en el artículo 260, la siguiente:

A quien ejerciendo la sorpresa o aprovechando la confianza que se le deposita o utilizando la violencia física o moral que someta el consentimiento de una persona, ejecuta en, con o por ella un acto sexual, sin el propósito de llegar a la cópula, se le impondrá pena de uno a nueve años de prisión.

Si la persona sobre quien se ejecuta el acto es incapaz legalmente o no pudiera oponer resistencia por una

⁵¹ ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. "Tratado... Ob. cit." Pág. 50.

discapacidad física o mental, o por estar privada de su conocimiento, cualesquiera que fuera la causa, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

Dentro de esta descripción, creo haber hecho converger todos aquellos puntos que fui cuestionando en mi trabajo, como lo son el empleo de la sorpresa, el aprovechamiento de la confianza depositada en el agresor, o el ejercicio de una violencia, ya fincada como un requisito del tipo, que por naturaleza someterá o invalidará el consentimiento de la víctima, sea cual fuere su edad, y visualizó la posibilidad de que el sujeto activo no sólo ejecute un acto sexual en su víctima, sino que además con ella o a través de ella pueda producirse el delito; quedando comprendido dentro de la circunstancia cualificante, aspectos no de realización, sino de quién resiente la conducta, cuidando a aquellas personas que por una causa u otra, no son susceptibles de defenderse o que se valide su aceptación.

Sugiriendo una sanción en la que no se contenga la multa (tal y como ahora está señalada), para que el transgresor de la ley no tenga la conciencia de que una simple cantidad de dinero le permita salir de su problema, independientemente de que fuera pena alternativa o acumulativa; incrementándose la pena de privativa de libertad, para el caso de que un delincuente a quien se le encontró un grado de culpabilidad en el término medio, y que hubiere hecho uso o no de la circunstancia que cualifica al hecho básico, no logre alcanzar ni la sustitución de la pena privativa de libertad, ni el beneficio de la condena condicional; proponiendo de la misma manera que daba ser considerado como un delito grave, así estimado en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para que acompañe a la violación

(tanto básica como ficta y equiparada), como otro delito de esta naturaleza que se enuncia en ese artículo.

Y por el contrario, que aquel individuo que en un momento determinado se dejó llevar por su instinto, cometiendo desafortunadamente el delito, pero sin el afán de violentar o desprestigiar a la normatividad, recibe una sanción que si bien no es mínima, sí tenga los efectos de que ese sujeto va a reflexionar lo que hizo, alejándose la idea de volver a ejecutarlo, y sea que compurgue o se le sustituya la pena impuesta.

Pero hago nuevamente énfasis en que hay que ser cautelosos, profesionales y verdaderamente analíticos al atender un delito como el que ahora analizo, pues con las condiciones, aspectos y momentos que representa y que tiene contenidos, es presa fácil de quien busca perjudicar a alguien; por eso, así como debe de ser severamente castigado quien verdaderamente lo comete, de igual forma debe de ser indagado e integrada la averiguación previa antes de ejercitar acción penal en contra de alguna persona por este delito, con la finalidad de salvaguardar lo que también es un derecho para él, que es la credibilidad en las instituciones por su seriedad, imparcialidad y confianza en la aplicación justa de la ley.

BIBLIOGRAFIA

BAUMANN JURGEN. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.

CABANELLAS GUILLERMO. *Diccionario de Derecho Usual.* Editorial Heliosta S.R.L., Buenos Aires, 1974.

CARRANCÁ y TRUJILLO RAÚL. *Derecho Penal Mexicano. Parte General.* Libros de México, México, 1967.

CARRANCÁ y TRUJILLO RAÚL y CARRANCÁ y RIVAS RAÚL *Código Penal Anotado.* Editorial Porrúa, México, 1995.

CASTELLANOS TENA FERNANDO *Lineamientos Elementales de Derecho Penal.* Editorial Porrúa, México, 1980.

DORADO MONTERO PEDRO. *Bases para un Nuevo Derecho Penal.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.

GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO. *Derecho Penal Mexicano. Los Delitos.* Editorial Porrúa, México, 1960.

GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO. *El Código Penal Comentado.* Editorial Porrúa, México, 1976.

JIMÉNEZ DE AZÚA LUIS. *Tratado de Derecho Penal. Tomo III.*
Editorial Lozada, Buenos Aires, 1974.

JIMÉNEZ HUERTA MARIANO.
Derecho Penal Mexicano. Tomos I y III.
Editorial Porrúa, México, 1980.

LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. *Teoría del Delito.*
Editorial Porrúa, México, 1995.

MARTÍNEZ ROARO MARCELA.
Delitos Sexuales. Sexualidad y Derecho.
Editorial Porrúa, México, 1990.

MEZGER EDMUNDO. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II.*
Editorial Cárdenas Editores, México, 1980.

PESSINA ENRIQUE. *Elementos de Derecho Penal.*
Editorial Reus, S.A., Madrid, 1936.

PORTE PETT CANDAUDAP CELESTINO. *Apuntamientos de la Parte General de*
Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 1994.

PORTE PETT CANDAUDAP CELESTINO. *Ensayo Dogmático sobre el Delito de*
Violación. Editorial Porrúa, México, 1985.

RAMÍREZ FONSECA FRANCISCO. Manual de Derecho Constitucional.
Editorial Pac, S.A., México, 1981.

VELA TREVIÑO SERGIO *Culpabilidad e Inculpabilidad.*
Editorial Trillas, México, 1973.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. *Tratado de Derecho Penal. Tomo IV.*
Editorial Cárdenas Editores, México, 1988.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal. Parte General.*
Editorial Cárdenas Editores, México, 1991.

ZAMORA PIERCE JESÚS. *Garantías y Proceso Penal.*
Editorial Porrúa, México, 1988.

JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.
Mayo Ediciones, México, 1980.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
Editado por la Real Academia Española de la Lengua, Madrid, 1970.

DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE.
Editorial Noguer, Barcelona, 1974.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
Editorial Porrúa, México, 1994.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
Editorial Porrúa, México, 1989.

**CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA
TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.**
Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 1994.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
Editorial Pac, S.A. de C.V., México, 1993.