

La intención en el delito de abuso sexual



FRANCISCO JAVIER ITZAMNA CAAMAL TORRES

JORGE ALBERTO PÉREZ PINTO

IVÁN NOÉ MARTÍNEZ PONCE

ABIGAIL GAYTÁN MARTÍNEZ

Unidad Académica de Derecho

Universidad Autónoma de Zacatecas

“Francisco García Salinas”

RESUMEN

La expresión “actos sexuales” en la norma penal Iberoamericana, abrió una discusión en cuanto a su significado que no parece terminar ante lo heterogéneo de la normatividad que la contiene. En este artículo se analiza en particular la norma penal zacatecana que contiene la expresión -delito de Abuso Sexual-, resaltándose la parte relativa al elemento subjetivo del injusto, la intención del activo del delito.

Palabras clave: abuso sexual, actos sexuales, actos eróticos, intención, activo, pasivo.

ABSTRACT

The term “sexual acts” in the Ibero-American penal norm opened a discussion as to meaning that doesn’t seem to end with the heterogeneity of the normativity that contains it. In this article analyze in particular the zacatecan penal norm that contains the expression -Sexual Abuse crime-, highlighting the part concerning the subjective element of the unjust, the intention to crime active subject.

Key words: sexual abuse, sexual acts, erotic acts, intention, active, passive.

Introducción

El objeto de este trabajo consiste en analizar la acreditación de la intención o dolo del sujeto activo en el delito de Abuso Sexual, contemplado en el Título Décimo Segundo, “Delitos contra la libertad sexual e integridad de las personas”, Capítulo I, del Código Penal para el Estado de Zacatecas, con base en un análisis de la Ley, la doctrina y la jurisprudencia.

Desarrollo

Antecedentes

Escudriñar en el desarrollo del delito de Abuso Sexual en el Estado de Zacatecas, es adentrarse en una cadena de errores legislativos que van desde la denominación impropia de la conducta tipificada, hasta la desaparición sin causa de una parte del contenido de la regulación.

Veamos: el ahora denominado delito de Abuso Sexual, ha recibido diferentes denominaciones de las que analizaremos las utilizadas en los últimos cincuenta años.

1.1.1. El Código Penal para el Estado de Zacatecas, publicado en el Periódico Oficial Órgano del Gobierno del Estado el 19 de julio de 1967 en el Título Decimotercero “Delitos Sexuales”, en su Capítulo I, lo contemplaba bajo la denominación delito de Atentados al Pudor.

“Artículo 261. Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de ésta última, o en persona que por cualquier causa no pudiese resistir, ejecute en ella un acto erótico, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, se le impondrá una sanción de uno a seis meses de prisión y multa de cien a trescientos pesos.

Si hiciere uso de la violencia física o moral, la sanción será de seis meses a dos años de prisión y multa de trescientos a mil pesos.

Artículo 262. Los atentados al pudor sólo se sancionarán a petición del ofendido o de sus representantes.”

La denominación “atentados al pudor”, se tomó de los códigos franceses (*attentat a la pudeur*), denominación y contenido que adoptó el Código Penal Español de 1822, bajo el epígrafe de abusos deshonestos.

Tres circunstancias deben resaltarse en relación con la denominación del Título y el primer tipo transcrito.

La primera, el nombre del Título “Delitos Sexuales” resulta el adecuado, ya que los bienes jurídicos que se tratan de proteger con el conjunto de tipos penales en él contenidos, son de naturaleza sexual: la libertad sexual y la seguridad sexual.

La segunda, la conducta típica consiste en la realización, sin consentimiento, en el cuerpo del pasivo, de un acto erótico sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula.

La tercera, al precisar la falta de intención en el activo de llegar a la cópula, el legislador zacatecano diferenció esta conducta de otra también tipificada, la violación en grado de tentativa

El uso del término *acto erótico*, al menos en doctrina no suscitó dudas y así, Francisco Pavón Vasconcelos en su obra “Diccionario de Derecho Penal” le da un contenido y fija una postura trascendente en relación con quien los ejecuta, se trata de que el activo busque con la comisión del injusto saciar o excitar su apetito sexual:

“Los actos eróticos comprenden la gama de actos de naturaleza sexual o libidinosa que tienen en su ejecución, como fin, satisfacer en forma desordenada, con exclusión del concubito, la lujuria del agente. En los atentados al pudor no existe en el autor el propósito de copular sino de satisfacer su libidine por los medios distintos al acceso carnal. En consecuencia el acto erótico o libidinoso no es posible precisarlo a través de una simple enumeración, pues la lasciva y la sensualidad que pueden desembocar en la depravación, transitan por amplios caminos y, en su expresión, acuden a materializarse en prácticas y actos acordes al temperamento y tendencias del sujeto, que busca así saciar o excitar su apetito sexual. Acertadamente se ha dicho que en los fines lascivos y depravados se hallan compren-

didadas todas las hipótesis de ilicitud e ilegitimidad de las relaciones humanas.”¹

1.1.2. El 7 de mayo de 1986 se publicó en el Periódico Oficial, Órgano del Gobierno del Estado un nuevo Código Penal y en él, se conservó el delito bajo la denominación anterior de Atentados al Pudor, incorporado al mismo Título de Delitos Sexuales y variaron los numerales que lo contienen, ahora serían el 231 y el 232:

“231.- Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, o de persona que por cualquier causa no pudiere resistir, ejecute en ella un acto erótico, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, se le impondrá sanción de uno a seis meses de prisión y multa de tres a cinco cuotas.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la sanción será de tres meses a dos años de prisión y multa de cinco a diez cuotas.

232.- Los atentados al pudor se sancionarán a petición del ofendido o de sus representantes.”

La única modificación respecto de la disposición establecida en el Código Penal de 1967, versó sobre la multa que ahora se establecía en cuotas y no en pesos.

El nuevo Código en su artículo 21 estableció como pena mínima la de tres meses de prisión, por lo que el no modificar el mínimo de prisión para este delito fue una omisión.

1.1.3. En reforma publicada en el Periódico Oficial, Órgano del Gobierno del Estado de fecha 30 de diciembre de 1989, se incrementó el mínimo de la punibilidad del delito:

“231.- Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de ésta última, o de persona que por cualquier causa no pudiere resistir, ejecute en ella un acto erótico, sin el pro-

pósito directo o inmediato de llegar a la cópula, se le impondrá sanción tres meses a seis meses de prisión y multa de tres a cinco cuotas.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la sanción será de tres meses a dos años de prisión y multa de cinco a diez cuotas.”

Tres años después, el legislador corrige su omisión y adecúa la punibilidad mínima a la establecida en el artículo 21 del Código Penal vigente aduciendo:

“CONSIDERANDO TERCERO.- Que en concordancia con lo indicado en la exposición de motivos del libro primero del Código Penal en el apartado correspondiente a las penas y medidas de seguridad y a lo dispuesto por el artículo 21 del Código Punitivo que establece que el intervalo mínimo de pena privativa de libertad no puede ser menor de tres meses de prisión, es menester adecuar en los diversos artículos que en el texto del presente Decreto se señalan la pena de prisión mínima para que en adelante sea de tres meses como fue la intención del legislador...”

1.1.4. El 28 de mayo de 1994, en el marco de la modificación de la ley sustantiva penal que tuvo como objetivo la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se publicó en el Periódico Oficial, Órgano del Gobierno del Estado, una adición al segundo párrafo del artículo 231 para quedar:

“Art. 231...”

*Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la sanción será de tres meses a dos años de prisión y multa de cinco a diez cuotas. **Existe la presunción legal de que la violencia fue el medio utilizado para la comisión del delito, cuando la víctima tuviere menos de doce años cumplidos.**”*

El texto remarcado en negritas corresponde a la adición y para sustentarla el legislador consideró:

“ATENTADOS AL PUDOR.- El artículo 231 del Código Penal tipifica como conducta punible la ejecución

¹ PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Diccionario de Derecho Penal (Analítico-Sistemático, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México, 2010, p. 130.

de un acto erótico, sin el propósito inmediato y directo de llegar a la cópula, sobre una persona púber o impúber; y determina una sanción agravada cuando se hiciera uno (sic) de violencia física o moral. La reforma que se propone considera que, en los casos en que la víctima sea un menor que no haya cumplido los doce años, existe la presunción de que la violencia física o moral fue el medio empleado para la comisión del delito. El precepto debe ser objeto de una adición estableciendo dicha presunción legal.”

- 1.1.5.** En el Periódico Oficial, Órgano del Gobierno del Estado del 7 de junio de 1995, fue publicada una reforma que incluyó modificación tanto al nombre del Título para quedar “Delitos contra la Libertad Sexual e Integridad de las Personas”, como al nombre del Capítulo I y en consecuencia del delito en estudio, para llamarles ‘Atentados a la Integridad de las Personas’; además, reformó el artículo 232 y adicionó un artículo 232 bis al Capítulo I.

Esta reforma resulta incomprensible, veamos los argumentos del legislador zacatecano y su Decreto de reforma:

“Al tipo penal de ‘atentados al pudor’ se le cambia su denominación por el de ‘Abuso Sexual’, ya que la palabra ‘pudor’ origina errores de interpretación y obedece a una concepción de esas conductas típicas más ligadas a cuestiones morales, proponiendo en el presente decreto, la denominación de ‘abuso sexual’. El bien jurídico tutelado no es el ‘pudor’, sino la libertad en su área de la libertad personal.

En esta actividad también se contempla un ligero aumento en las penalidades de este delito, con el propósito de señalar la gravedad de la conducta y hacer compatible la pena privativa de la libertad con la afectación del bien jurídico.

El delito de ‘atentados al pudor’, no contempla actualmente las conductas lascivas en las que, sin el propósito de llegar a la cópula, el activo obliga al pasivo a ejecutarlas; El activo obliga a ejecutar al pasivo en la persona del primero. Consideramos que no existe fundamento pal a tal omisión, por lo que nos ha parecido oportuno proponer la penalización de

tal hipótesis, como se verá en el texto del decreto.”

Nótese, la argumentación del legislador para cambiar el nombre del delito a Abuso Sexual es adecuada, ya que va ligada al bien jurídico que se trata de proteger; propone un incremento de la punibilidad y a la par la penalización de los casos en los que el activo obligue al pasivo a ejecutar en su cuerpo conductas lascivas.

Pero con estas bases para fundamentar la reforma, correctas en principio, ¿qué aprobó?

“ARTÍCULO SEGUNDO.- Se reforma el primer párrafo del artículo 231 del Código Penal del Estado y se adiciona un 232 bis; se reforma el artículo 233, cambia la denominación del Título Décimo Segundo del Libro Segundo, Capítulo I, para quedar como sigue:”

**TITULO DÉCIMO SEGUNDO
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL E
INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS
CAPITULO I
ATENTADOS A LA INTEGRIDAD DE LAS
PERSONAS**

ARTICULO 231.- A quien 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 y multa de tres a veinticinco cuotas.

ARTICULO 232.- A quien sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en persona menor de doce años de edad o en persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión y multa de seis a treinta cuotas.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de uno a cuatro años de prisión y multa de ocho a cuarenta cuotas.

ARTICULO 232 bis.- Los atentados a la Integridad de la persona, se sancionarán a petición del ofendido o de sus representantes.

En el caso de los dos anteriores artículos, no se procederá contra el sujeto activo, sino por queja de la persona ofendida o de sus representantes.”

¡Incomprensible! La exposición de motivos era clara en su intención de cambiar la denominación del delito por el de Abuso Sexual y aparece de la nada una diversa, la de “*Atentados a la Integridad de las Personas*”, que en absoluto tiene que ver con los bienes jurídicos a tutelar, denominación que obliga a ampliar el absurdo al cambiar la denominación del Título Décimo Segundo por la de ‘Delitos contra la Libertad Sexual y la Integridad de las Personas’.

Más aún: en uso pleno de la ignorancia de su quehacer, el legislador reforma el artículo 232, sin que así se hubiere propuesto en la parte considerativa ni acordado en la resolutive y “desaparece” el segundo párrafo del artículo 231.

Otro. Sin mencionarlo en el Decreto, cambia el nombre del Capítulo V para denominarlo “*Reglas Comunes para Atentados a la Integridad Personal y Violación*”.

¿Ya? ¡No! Crea el artículo 232 bis para, con dos redacciones diversas, establecer la persecución por querrela.

¡Ah! Tuvo un acierto: sí incrementó la punibilidad.

1.1.6. Por último, en reforma publicada en el Periódico Oficial, Órgano del Gobierno del Estado del 1 de junio de 2016, se modificó de nuevo la denominación del delito de Atentados a la Integridad de las Personas, para, ahora sí, denominarlo conforme a la intención primaria del legislador al discutir la reforma del 7 de junio de 1995: delito de “Abuso Sexual”.

Los legisladores que aprobaron esta reforma, no tuvieron objeción en señalar los errores de sus predecesores y así, argumentaron:

“A) Respecto de la reforma por la cual se cambia la denominación del Capítulo 1 del Título Décimo Segundo del Libro Segundo, relativo a los delitos de

Atentados a la Integridad de las Personas, por la de Abuso Sexual, se considera procedente, dado que, analizado su contenido, el derecho a la integridad personal, es un derecho inherente a las personas en atención a su naturaleza, este derecho asegura la integridad psíquica y psicológica de las personas, y prohíbe la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares en estos atributos individuales.

...

El derecho a la integridad está contenido a nivel general en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño; igualmente existen otros instrumentos específicos sobre tortura pero que se circunscriben en el derecho a la integridad personal. En los diferentes instrumentos internacionales que contemplan el derecho a la integridad expresan de forma concreta la prohibición que en relación al derecho a la integridad personal impera, la cual es la prohibición de someter a las personas a torturas, penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es bajo estos antecedentes que el término al que hace alusión nuestro Código Penal en el Capítulo 1 de su Título Décimo Segundo denominado “Atentados a la Integridad de las Personas”, se considere incorrecto, puesto que este término es más bien utilizado para expresar la transgresión que sufre una persona al ser sometida a tortura o penas y tratos crueles, y que afectan de manera integral su salud física, psicológica y moral, y no específicamente a un abuso a su integridad sexual como tal.

Dicho de manera más concreta, si entendemos al abuso sexual como las actitudes y comportamientos que realiza una persona sobre otra, sin su consentimiento o conocimiento para su propia satisfacción sexual, y que van desde la amenaza al engaño, la seducción y/o confusión; además de ser un acto con el que se pretende dominar, poseer, cosificar a la persona a través de la sexualidad, entonces es posible entender la diferencia entre los bienes jurídicos tutelados, por una parte, por el derecho a la integridad personal y, por otra, por el derecho a la libertad sexual.

Por tanto, la tipificación a que hacen referencia los artículos 231, 232 y 232 bis, encuadra de manera

más precisa en el supuesto del abuso sexual, no así en la hipótesis de la tortura, penas o tratos crueles inhumanos o degradantes a que hace alusión la protección a la integridad personal que refiere nuestro Código, por lo que se estima pertinente el cambio de denominación.”

Cierto, todo cierto, pero los legisladores hicieron su trabajo a medias. Al cambiar la denominación del delito a Abuso Sexual, tendrían que haber hecho lo propio con el nombre del Título Décimo Segundo y con su Capítulo V; al no hacerlo, crean confusión: Delito de Abuso Sexual sí, pero el nombre del Título continúa como Delitos contra la Libertad Sexual e Integridad de las Personas y el del Capítulo V persiste como Reglas Comunes para Atentados a la Integridad Personal y Violación. Cambiamos para seguir igual.

Por tratarse de antecedentes, no se considera necesario tomar postura, pero sí señalar errores y omisiones.

El tipo penal de Abuso Sexual

El Código Penal para el Estado de Zacatecas a la fecha y en su artículo 231 prevé el delito de Abuso Sexual:

“Artículo 231. A quien 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 y multa de tres a veinticinco cuotas.”

Elementos constitutivos del delito

- a. Ejecución en el pasivo de un acto sexual y/o se le obligue a ejecutarlo.
- b. Sin consentimiento del pasivo.
- c. Sin propósito de llegar a la cópula.
- d. Intención o dolo.

Delimitación del problema

Cuando se habla de la ejecución de un acto sexual y se le suma la condición de ausencia

de propósito de llegar a la cópula, se establecen dos variables.

Al exigir “ausencia del propósito de llegar a la cópula” el legislador zacatecano diferencia el Abuso Sexual de otra conducta también tipificada, la violación en grado de tentativa.

La segunda variable se refiere a la precisión de lo que debe considerarse un acto sexual y en el caso Zacatecas a estudio, esa delimitación es relativamente sencilla en oposición a lo que ocurre en casi toda Iberoamérica.

La ventaja de nuestra legislación radica en que nos entrega un concepto legal de lo que debe entenderse por cópula, en el segundo párrafo del artículo 236 del Código Penal: “... se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima, por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo”.

Esta conceptualización evita que entremos a la discusión que existe en relación con la legislación de otros estados y países, sobre si, por ejemplo, la introducción de miembro viril por vía anal sobre varón, o si la maniobra lésbica, deben considerarse acto sexual o cópula². En Zacatecas, acto sexual será cualquier acto libidinoso diverso a la cópula entendida como se define en la norma.

Entonces, será Abuso Sexual la realización en el cuerpo del pasivo de un acto libidinoso u el obligarlo a ejecutarlo en su cuerpo o en el de un tercero, lo que nos lleva al meollo de nuestro tema ¿Cómo se demuestra la intención o dolo del sujeto activo en la comisión del injusto? ¿Quién define si la conducta del activo es libidinoso? ¿El pasivo?

En algunos casos resultaría evidente la intención del activo como cuando masturba al pasivo, pero existen otros –besos, caricias, rozamientos- en los que puede existir ambigüedad y ser considerados libidinosos por el pasivo, pero no por el activo.

² RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>].

Toma de posición

Es en esos casos ambiguos en los que se debe precisar cuál es la apreciación que resultará válida para demostrar la intención del activo.

Al tratarse de un delito que sólo admite comisión por intención o dolo, es claro para los que esto escribimos, que debe demostrarse esa intencionalidad, es decir, que el actuar del activo tuvo carácter libidinoso, que buscaba una satisfacción o excitación sexual, sin intención de llegar a la cópula.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió jurisprudencia sobre el particular:

“ABUSO SEXUAL. ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACIÓN.

*Debe señalarse que en el caso del delito de abuso sexual, la expresión acto sexual debe entenderse como cualquier acción dolosa con sentido lascivo que se ejerza en el sujeto pasivo, sin su consentimiento, el cual podría ser desde un roce, frotamiento o caricia, **pues el elemento principal que se debe valorar para considerar que se actualiza el delito en mención, es precisamente la acción dolosa con sentido lascivo que se le imputa al sujeto***

***activo**, de tal manera que un roce o frotamiento incidental ya sea en la calle o en alguno de los medios de transporte, no serían considerados como actos sexuales, de no presentarse el elemento intencional de satisfacer un deseo sexual a costa del sujeto pasivo. En ese sentido y toda vez que la ley penal no sanciona el acto sexual por la persistencia, continuidad o prolongación de la conducta (tocamiento), sino por la imposición del acto lascivo, el cual debe ser examinado en **el contexto de la realización de la conducta intencional** para obtener aquel resultado, es indispensable acreditar esa intención lasciva del sujeto activo, independiente del acto que realice.”* El subrayado y resaltado es propio.”³

En esta Jurisprudencia, se determina el criterio para distinguir cuáles actos son de contenido lascivo que exterioricen la intención del activo de satisfacer su apetito sexual atendiendo al CONTEXTO DE LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA INTENCIONAL DEL ACTIVO, es decir, deben de precisarse la circunstancias de modo, tiempo, lugar y circunstancias del hecho.

Sí, como en cualquier otro delito y sí, el que el acto sea libidinoso o no, estará en la intención del activo y no en la percepción del pasivo.

³ Novena Época. Registro: 1005394. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo III. Penal Primera Parte–SCJN Sección –Sustantivo. Materia(s): Penal. Tesis: 16. Página: 20