

## LAS REFORMAS AL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES \*

Estas reformas se cuentan entre las pocas de que ha sido objeto el Código penal a iniciativa, no del Ejecutivo, sino de un grupo de parlamentarios.

La iniciativa aparece impulsada por un importante sector de opinión, y parte considerable de su fuerza proviene del movimiento feminista. La moción presentada por sesenta y una diputadas, abarcando todo el espectro de los partidos, es el resultado de múltiples pareceres vertidos en un Foro sobre Delitos Sexuales organizado por la Cámara de Diputados a través de su Comisión de Justicia, y donde destaca el aporte de diversas organizaciones civiles.

La iniciativa parlamentaria comprendía un número bastante mayor de materias y proponía casi el doble de preceptos que los admitidos en definitiva por la Comisión de Justicia de la Cámara. El tamiz de ésta condujo prácticamente sin alteraciones al texto publicado en el *Diario Oficial*.

Las proposiciones incluidas en la iniciativa parlamentaria y no convertidas en ley, omisión hecha de algunas formuladas saltuariamente, conciernen a la reparación del daño y a las reglas comunes al homicidio y lesiones.

Es notorio que la moción intentó una regulación nueva de la reparación del daño, con la mira de acordarle eficacia transfundiéndola a varios preceptos del libro I, en términos de hacer de la efectiva reparación del daño una condición de una serie de beneficios ya estatuidos por la legislación penal, como la sustitución, la conmutación, la libertad preparatoria y la condena condicional. Procuró, además, introducir en el libro I, en relación con ella, dos ideas: la formación de un fondo destinado a esa reparación y la responsabilidad subsidiaria del Estado. La Comisión de Justicia no recomendó ninguna de estas proposiciones y esgrimió razones de fondo para discrepar sobre todo de las dos últimas. El intento de la moción por incluir en la reparación por delitos sexuales los gastos

\* *Diario Oficial* de 21 de enero de 1991.

médicos y hasta los del tratamiento psicoterapéutico a que hubiere lugar no prosperó tampoco, por atendibles objeciones hechas valer por la Comisión de Justicia.

Es sabido que el derecho penal de nuestros días ha entrado a ocuparse mayormente de la víctima y que tiende a acordar a la reparación del daño inferido a aquella un significado sustancial, dado que resuelve el conflicto creado por el delito de una manera real, más allá de la refir-mación puramente simbólica del orden jurídico representada por la pena. No parece, sin embargo, que las enmiendas a la legislación penal en materia de *delicta carnis* y la introducción de la figura delictiva del llamado hostigamiento sexual hayan ofrecido la ocasión propicia para regular de modo más fundamental, moderno y completo la reparación del daño. Ello presupone un muy amplio debate de principios y una circunspección en el plano técnico que no parecían posibles en las contingencias de esta reforma. La ley sólo recogió, pues, en esta materia la determinación del siguiente orden de quienes tienen derecho a la reparación del daño: 1º el ofendido y 2º en caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos, los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento (artículo 30 *bis*).

Por lo que hace a las reglas comunes al homicidio y lesiones del Código vigente que la iniciativa parlamentaria pretendió enmendar, quedaron ellas incólumes, sin que la Comisión dejara constancia de los motivos que en este punto orientaron su criterio.

Así las cosas, la reforma que comentamos recae en el delito de contagio, en los ultrajes a la moral pública, y en los delitos que el Código hasta ahora denominaba sexuales.

## I. DELITO DE CONTAGIO

Desde el 14 de febrero de 1940 hasta la actual reforma el artículo 199 *bis* del Código penal contenía un mismo tipo y una misma pena. El tipo consistía en la dolosa exposición a peligro de contagio, a través de las relaciones sexuales, de la sífilis u otro mal venéreo en periodo infectante. La pena era de prisión hasta tres años y de multa hasta tres mil pesos. Las sesenta y una diputadas apuntaron, como es lógico, a este artículo para reprimir el peligro de contagio doloso del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, si bien en sus intervenciones lo mencionaron sólo como uno de los males cuyo riesgo de contagio se trataba de

reprimir. Para ello no hicieron prácticamente otra cosa que eliminar la referencia específica a la sífilis, manteniendo la más genérica al mal venéreo y a las relaciones sexuales, con apreciable mitigación de la pena, que propusieron fuese de tratamiento en libertad y veinte días de multa, sin perjuicio de la que correspondiere si se causare el contagio. La Comisión, con buen acuerdo, consideró conveniente alterar la estructura del tipo penal propuesta en la iniciativa, que reducía el peligro de contagio sólo al de enfermedades venéreas, y a la creación de tal peligro sólo a través de relaciones sexuales. Estimó aconsejable, además, mantener la pena de prisión y aumentar la pena pecuniaria a cuarenta días multa, agravando la de prisión si fuera incurable la enfermedad padecida, y autorizando el procedimiento por querrela si se tratase de relaciones de matrimonio o de concubinato. Se salvaron así, por una parte, las limitaciones y deficiencias del tipo propuesto, mas se mantuvo el interrogante sobre la procedencia y conveniencia de enviar a prisión a sujetos que padecen un mal transmisible y grave. Ciertamente es que si la conducta en cuestión no merece un encarcelamiento agravado, el reo, conforme lo dispuesto en los artículos 27 y 70, puede ver su pena sustituida por tratamiento en libertad.

## II. ULTRAJES A LA MORAL PÚBLICA

Estos ultrajes, relativos en general a la exhibición de lo obscuro y a la invitación escandalosa al comercio carnal (artículo 200), que bien podrían haberse extraído de una vez por todas del Código Penal, por mucho que se les haya diversificado en 1966, ven, en cambio, alzada la cuantía de la multa que para ellos se conminaba conjuntamente con la pena de prisión. Todavía más, a sugerencia de la Comisión de Justicia, se agregan a las tres fracciones del artículo dos párrafos. Por el primero se suma la sanción de disolución de la empresa en caso de reincidencia, perfeccionando en el papel una imputación penal que hace tiempo ha dejado de hacerse efectiva en la práctica. Por el segundo se deja al margen de sanción las conductas que tengan un fin de investigación o divulgación científico, artístico o técnico, conclusión que bien podría haberse confiado a la faena interpretativa.

## III. DELITOS SEXUALES

Desde su publicación en 1931, en el título XV del libro II del Código Penal se contenían los tipos de atentados al pudor, estupro, violación,

rapto, incesto y adulterio. A este conjunto, que al menos por incluir el rapto y el adulterio trascendía el concepto de los *delicta carnis*, no imponía el Código un rótulo que lo comprometiese con un determinado bien jurídico, y lo denominaba simplemente "Delitos sexuales". La reforma que comentamos ha empezado por reemplazar tal rótulo por el de "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", es decir, ha querido agrupar aquellos tipos en torno de un bien jurídico. Lo ha hecho, ciertamente, con el fin de otorgar consagración oficial a una evolución de las costumbres y a una reformulación de valores que en materia de sexualidad quiere reservar la protección penal, por una parte, a la libertad de disposición del sexo, y, por otra, menos al valor ético del pudor u honestidad en el plano de la actividad sexual que al desarrollo psicofisiológicamente sano de la sexualidad. Lástima que no lo haya hecho después de "depurar" el título XV del libro II de figuras delictivas que no cabe comprender entre los *delicta carnis*, pues con ello, entre otras cosas, ha quedado el adulterio sistemáticamente tan mal situado como antes, por ser una conducta que no afecta la libertad ni el normal desarrollo psicosexual.

Es consecuente que en el afán, en sí mismo altamente encomiable, de precisar el bien jurídico, el atentado al pudor, conservando su esencia delictiva, se denomine en adelante abuso sexual. Pero borrar de la ley el acento valorativo puede llevar al despropósito de mantener en el elenco de los hechos punibles una conducta que ha perdido para la ley penal todo significado. Es lo que ha acontecido con el estupro, de cuyo tipo se ha retirado la mención a la castidad y honestidad de la mujer, dejando la acción perpetrable por un agente de uno u otro sexo. Sobre esto volveremos en el comentario que sigue de los preceptos singulares, ateniéndonos al orden de lo suprimido, lo enmendado y lo creado por la reforma que comentamos.

### 1. Rapto

El rapto, esto es, el apoderamiento de una mujer por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse, figuró así en el Código Penal hasta el 13 de enero de 1984, en que se suprimió del tipo el componente de la seducción, se elevó la pena de uno a ocho años de prisión, y se derogó el artículo 269, que presumía la seducción si la robada era menor de dieciséis años. La reforma que nos ocupa, con buen criterio, ha derogado toda la regulación del rapto contenida en los artículos 267,

268, 270 y 271 del Código Penal. Simultáneamente ha introducido en el título XXI, concerniente a la privación de la libertad y otras garantías, un artículo 365 *bis* que reprime con uno a cinco años de prisión el delito, sólo perseguible por querrela de la persona ofendida, de privar ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar el acto sexual. La pena es sólo de un mes a dos años de prisión si se restituye la libertad a la víctima sin haber practicado el acto sexual. Puesto que el rapto importa el apoderamiento de una persona, es decir, la privación de su libertad, y que lo anima un propósito sexual, cuya satisfacción no es elemento configurador del tipo, parece adecuado hacer de él un atentado en contra de la libertad que sólo difiere de otras especies en el propósito que mueve al agente.

## 2. Abuso sexual

El abuso sexual, ya decíamos, es un nuevo nombre del atentado al pudor que, por supuesto, el Código Penal trae desde su origen. En su esencia, importa la práctica de un acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula, ejecutado sobre una persona que no consiente en él o que presta un consentimiento jurídicamente inválido. El acto sexual de que se trata puede importar un atentado contra la libertad de disposición del propio cuerpo, sin atender contra el normal desarrollo psicosexual, o puede significar este último atentado. El primer caso podría ser el de un tocamiento impúdico; el segundo, el de la *fellatio in ore*. Entiéndase esto en un sentido puramente expositivo, no dogmático, y en el solo afán de dar cuenta de la amplitud que la acción punible puede alcanzar en esta figura de delito. El segundo ejemplo propuesto, en verdad, no sirve ante el texto reformado, que inconsultamente, a nuestro juicio, y contrariando toda tradición legislativa y toda técnica, según se reiterará adelante, ha incluido el coito bucal en el concepto de cópula. De este modo, el de abuso sexual ha resultado en parte mutilado en uno de sus extremos, sin perder por ello del todo la amplitud a que apuntábamos.

El artículo 260 reformado impone la pena de tres meses a dos años de prisión “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”, y en el segundo párrafo ordena el aumento hasta en una mitad del mínimo y el máximo de la pena “si se hiciere uso de la violencia física o moral”. Lingüística y lógicamente no se cuentan estos enunciados entre los mejores. El agente puede buscar un torpe desahogo en la

ejecución del acto *con* su propio cuerpo, verbigracia, haciendo objeto a otro de un tocamiento impúdico, pero puede también buscarlo *en* su propio cuerpo, verbigracia, haciéndose masturbar, y si lo primero depende sólo de su voluntad, lo segundo requiere regularmente el empleo de algún grado de coerción. Sólo así parece poderse disipar el ilogismo de señalar pena diversa para el obligar y para el ejercer fuerza física o moral, ya que no cabe obligar sino a través de esas dos formas de fuerza.

La pena básica de ese primer párrafo del artículo 260 se eleva a los límites de seis meses a tres años de prisión o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo —conforme al artículo 261— si el acto sexual se ejecuta en persona menor de doce años de edad o en persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o se la obliga a ejecutarlo. Demos por admitida la explicación propuesta para el ejecutar y el obligar a ejecutar. La mayor pena estriba ahora en ser el sujeto pasivo *a)* un menor de doce años o *b)* una persona incapaz de comprender el significado del hecho o *c)* una persona que por cualquier causa no pueda resistirlo. Si lo primero no genera problemas, lo segundo y lo tercero parecerían crearlos, dadas la novedad y la aparente amplitud de las fórmulas. En nuestra opinión, la persona referida *sub b)* es quien sufre incapacidad debida a privación de conciencia o a enajenación mental de aquellas que impiden, permanente o transitoriamente, un correcto juicio de realidad, y, por tanto, la comprensión de la acción en su significado de tal. No abarca, pues, todas las enfermedades mentales. La fórmula *sub c)*, a su vez, alude a quien, por impotencia física derivada de vejez, enfermedad prostrante de cualquier tipo, o enajenación mental de aquellas que, exhibiendo o no alterado el juicio de realidad, enervan cualquier actitud de resistencia, no puede oponerla al agente.

### 3. Estupro

Desde la publicación del Código fue el estupro la “cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por seducción o engaño” (artículo 262). El 14 de enero de 1985 se suprimió la mención de la “seducción”. La presente reforma ha ido más allá de eliminar las calidades de castidad y honestidad de la víctima femenina y simplemente pune por estupro “al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño”. La pena, que no subía de tres años de prisión y multa, es ahora de cuatro años.

Carecería de fundamento suponer que el designio de eliminar la referencia valorativa a la castidad y honestidad de la mujer trajo, por inadvertencia, la desaparición de la exigencia del sexo femenino en la víctima. Antes bien, la Comisión de Justicia deja constancia en su informe de que “en los términos de la iniciativa se propone reestructurar el delito de estupro eliminando como elemento constitutivo del mismo el que el sujeto pasivo sea casto y honesto”. Se muestra expresamente de acuerdo la Comisión en que el tipo delictivo deje de tener carácter discriminatorio de los sexos, por ser “las cualidades de castidad y honestidad difíciles de precisar” y proclama que “el bien jurídico protegido por el legislador al estatuir como delito el estupro es la seguridad [sic] e inesperienza de los menores de edad”.

Es probable que ya al promulgarse hace más de sesenta años el Código vigente haya parecido la incriminación del estupro un tanto divorciada de la realidad. Desde entonces a esta parte se ha tornado considerablemente menos severo el enjuiciamiento de las relaciones sexuales y nuevos valores han restado prominencia a los de castidad y honestidad en el modo como el legislador penal del siglo XIX los entendía. Ante eso, resulta verdaderamente anacrónico llevar a tanto el desvelo por la inexperiencia sexual de los menores de edad. El estupro, que en su formulación de antaño parecía ya entonces una incriminación fuera de época, en su actual enunciado está de más en el Código Penal.

#### 4. *Violación*

El enunciado legislativo de la violación no se ha apartado demasiado, en las enmiendas de que la figura ha sido objeto a través de las reformas de 1967 y 1989, del modo como la entendía el Código Penal a la fecha de su promulgación, a diferencia de su penalidad, que se ha ido elevando extraordinariamente. En sus líneas esenciales, el delito es la cópula con una persona de uno u otro sexo mediante la violencia física o moral. A ella se equipara la cópula no violenta con persona privada de razón o de sentido y la cópula no violenta con menores de doce años. No hace al caso que al señalar estas líneas esenciales no empleemos aún los términos literales del texto vigente.

A esa incriminación se ha aparejado desde 1989 una nueva, en el segundo párrafo del propio artículo 265, conforme a la cual “se sancionará con prisión de uno a cinco años al que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofen-

dido". Nótese, de paso, que este nuevo delito (que no es de violación), no aparece acompañado de conductas delictivas equivalentes a las dos que se equiparan a la violación propia.

La reforma no abandona este encuadramiento conceptual. La definición de la violación propia se mantiene en el primer párrafo del artículo 265. Las formas de violación equiparadas, es decir, las formas de violación impropia, se destacan en el artículo 266, y quedan descritas por expresiones cuyo alcance hemos ya precisado a propósito del abuso sexual. La pena conminada para las formas impropias de violación es la misma de la violación propia, a saber, prisión de ocho a catorce años. Si en las formas impropias o equiparadas de violación se ejerce violencia física o moral, esa pena se aumenta en una mitad.

Esto dicho, interesa comentar la definición de cópula aportada por la reforma, que la ha incorporado como segundo párrafo del artículo 265: "Para los efectos de este artículo se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por la vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo."

Si se prescinde de la superfluidad de esta última infortunada reserva ante la inmediatamente precedente definición de la violación propia, importa destacar la consideración de fondo de que para la ley penal mexicana la violación ha dejado de ser lo que siempre ha sido y que le da sentido: el ayuntamiento carnal violento, el acceso carnal violento, por vaso debido o indebido respecto de la mujer, por vaso indebido respecto del hombre, entendiéndose por vaso indebido la vía anal. La ley mexicana, por razones tal vez contingentes que no conocemos, ha efectuado una innovación de mucha monta al separarse de la idea de invasión genital, especialmente odiosa si es violenta, que la violación ha significado tradicionalmente. En lugar de eso ha adoptado el concepto de introducir el miembro viril en el "cuerpo" de la víctima, "cuerpo" con que por ahora se mienta —además de la vagina y de la vía anal— la cavidad bucal, por la erótica anticipación del coito que puede significar o por el remedo del mismo a que puede prestarse. La *fellatio in ore* no debió abandonar el sitio que le corresponde en la figura que con esta reforma ha pasado a designarse como abuso sexual.

La definición reproducida, en otro orden de ideas, viene a zanjar una discusión, que a veces se suscita en México, sobre si la mujer puede ser sujeto activo de la violación, posibilidad que razones de texto terminan ahora de descartar. En la violación ella es sólo sujeto pasivo y una intervención punible suya en actos como la *fellatio in ore* pueden hacerla responsable por abuso sexual.



La reforma mantiene, en el mismo emplazamiento que le asignara la de 1989, ahora el tercero y no el segundo párrafo del artículo que define la violación propia y lo que ha de entenderse por cópula, la figura delictiva entonces creada de introducir en el cuerpo de la víctima, por la fuerza física o moral, elementos o instrumentos distintos del órgano viril, por las diversas vías ya expresadas. No parece conceptual ni sistemáticamente adecuado legislar sobre este comportamiento en el artículo mismo destinado a la violación. Ésta expresa a menudo oscuras tendencias agresivas más que ansiedades eróticas, tendencias que, en todo caso, se desahogan a través de la sexualidad. La acción que ahora comentamos es de cualidad distinta y, puesto que no importa necesariamente la satisfacción de la lascivia, bien podría pensarse en adjudicarle un lugar diferente dentro del Código. Es alta la pena que la reforma conmina a este acto de abyección y brutalidad, pero conveniente sería que considerara también su punibilidad para los casos correspondientemente análogos a los de la violación impropia.

Por último, la reforma enmienda el artículo 266 *bis* al prever, tanto para el abuso sexual como para la violación, un aumento en la mitad de la pena por la concurrencia de circunstancias relativas a la intervención directa e inmediata en el delito de dos o más personas, a su perpetración por personas que se hallan en determinado grado de parentesco con la víctima o respecto de la cual tienen ciertos deberes de custodia, guarda o educación, y a su comisión por funcionarios públicos. Trátase de una formulación más cuidadosa de circunstancias agravantes que reformas anteriores habían comenzado a incorporar al Código.

##### 5. *Hostigamiento sexual*

Y tras reseñar lo que la ley ha eliminado del grupo de los delitos sexuales (rapto) y lo que ha enmendado en algunos de los restantes (atentado al pudor, estupro y violación), cabe hacer referencia a lo que ha incorporado: el hostigamiento sexual.

Del hostigamiento sexual empezó a formarse conciencia en México como un eco del fenómeno social del *sexual harassment* estadounidense, país donde hechos de esa índole habían asumido una magnitud y una frecuencia que determinaron a concederles entidad jurídica. Esto no quiere significar que la reacción mexicana ante el problema haya derivado de un mero afán imitativo. También en México, por causas sociales que le son propias, y entre las que se cuenta ciertamente el poder omnímodo de que suele gozar el jefe frente a sus subordinados, se da

con frecuencia lo que conviene en llamarse hostigamiento sexual. El primer interrogante que surge, sin embargo, cuando también aquí se intenta conceder al fenómeno entidad jurídica, es el nivel en que debe ésta serle otorgada. Y ello, entre otros motivos, por la atendible tendencia contemporánea, no a penalizar, sino a despenalizar, vale decir, por la preocupación cada vez más acentuada por reservar a la represión penal sólo aquellos comportamientos respecto de los cuales no dispone el control social de una alternativa más eficaz. En nuestra opinión, el hostigamiento sexual no ha llegado aún a contarse entre tales comportamientos.

Distinta ha sido la opinión del legislador, que ha resuelto incriminarlo y desafiar las dificultades técnicas que esa decisión apareja. Ha entrado a la tarea sin claridad completa de lo que persigue reprimir y no ha exhibido la habilidad requerida para cincelar un cuño de precisos perfiles. La descripción de la conducta no puede haber sido más desafortunada: "asediar reiteradamente con fines lascivos a persona de cualquier sexo, valiéndose de la (propia) posición jerárquica derivada de (sus) relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación". Se dirá que la fórmula no es tan desgraciada y que precisa con claridad la posición del agente, la conducta, su contenido y su contexto, a pesar de sus pecadillos de redacción. Pero la verdad es que esa tirada tan larga no alcanzó, sin embargo, a contener todo lo que debía contener. Tras la descripción de la conducta reproducida viene la pena básica: hasta cuarenta días multa; tras la pena básica, viene la pena agravada para el servidor público que ha asediado utilizando los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, con lo que ha impedido a la víctima, como expresa la Exposición de Motivos de la iniciativa, "un desarrollo interpersonal en un ambiente de cordialidad y respeto" (efecto digno de consideración, verbigracia, para ordenamientos como la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, mas no por el Código Penal), y sólo entonces llegamos al segundo párrafo de este artículo 259 bis, conforme al cual "solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño". Esta mención, que no era ya posible contener en el luengo enunciado del sujeto activo y su contexto, y de la conducta y su contenido, y cuya lectura habría hecho perder el aliento, importa un vuelco completo en la intelección de la figura: no estamos ya ante un comportamiento que importe el doloso acoso reiterado con fines lascivos, que así visto podría acaso contarse entre los delitos contra la libertad sexual de una persona subordinada al agente del hecho, sino ante un tipo de resultado en que es menester buscar

la conexión entre el doloso hostigamiento reiterado con fines lascivos (acción) y un daño o perjuicio (resultado). Para tornar coherente esa conexión sólo cabe suponer lo que el tipo no dice, a saber, que es la negativa a la pretensión sexual del agente por parte de la víctima lo que trae por efecto que aquél la perjudica o daña. Esta reconstrucción que el intérprete debe llevar a cabo sacando a luz puras implicaciones, no directamente de los materiales de la ley sino indirectamente de las motivaciones sociales que llevaron a dictarla, pone al artículo 265 *bis* al borde de la inconstitucionalidad.

Supuesta la estructura deducida para el precepto, éste presenta todavía flanco a la crítica desde otros dos ángulos: desde el concepto de reiteración, procesalmente difícil de erigir, y desde el alcance del perjuicio o daño que ha de tenerse por resultado del delito. Este alcance, que debería dictar el destino sistemático de esta figura, da alas a las más libres interpretaciones. Brinda, además, derecho a preguntarse por qué es sólo el daño ocasionado por el rechazo de una pretensión sexual, y no de cualquier otra pretensión, causa suficiente para instituir un delito.

Álvaro BUNSTER