

CAPÍTULO TERCERO

LOS “DELITOS SEXUALES” Y OTROS DELITOS FRENTE A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES

I. LOS DENOMINADOS “DELITOS SEXUALES”

Estimamos necesario dedicar estas líneas a delimitar los contornos que presentan los denominados “delitos sexuales” con el único objetivo de diferenciarlos de la conducta desarrollada en la sustracción.

La cuestión del *nomen iuris*, esto es, si es acertado o no el uso de la denominación de “delito sexual” rebasa por demás la intención de estas líneas, por ello, será tratado de manera tangencial y con fines únicamente delimitadores; así las cosas, no cabe desconocer que son múltiples los giros terminológicos que se utilizan para referirnos a estas conductas “delitos contra la libertad sexual y el honor sexual”, “delitos contra la libertad y el pudor sexual”, “delitos contra las buenas costumbres”, “delitos sexuales”,³⁴⁷ “delitos contra la honestidad sexual”, “delitos contra el ordenamiento de la vida sexual”, “delitos contra la inviolabilidad carnal”, “delitos contra el ordenamiento sexual” o “delitos contra la moral sexual”.³⁴⁸

³⁴⁷ En este contexto se señala que “a mi juicio, quizá la más apropiada denominación que hubiera correspondido a este título IX que tratamos, hubiera sido la amplia y menos comprometida de ‘Delitos sexuales’, en general, lo que no obsta a la ulterior determinación del concreto bien jurídico protegido en cada infracción o grupo de infracciones que lo integran... pues no en vano todos estos delitos se cometen mediante la realización de una u otra *acción sexual*, entendiéndose por tal la conducta a través de la cual su autor pretende involucrar a otra persona en un contexto sexual o situación social, que para él representa una valoración relativa al instinto humano, que motiva la atracción entre los sexos”; véase Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 239.

³⁴⁸ Como señala Luis Fernando Tocora, “la mayoría de esas denominaciones y los bienes que señalan son altamente vulnerables a la crítica, por su carácter difuso y relativo, que los hace depender de las diversas concepciones ideológicas-morales, tan volubles en el tiempo como en las distintas mentalidades que coexisten en una misma época. Corresponden a una tradición que está siendo superada por nuevas concepciones jurídicas, basadas en modernas corrientes liberalizadoras de la conducta sexual, fundadas éstas, a su vez, en desarrollos de la

Si bien unos son más acertados que otros y unos están más superados social y culturalmente que otros, podemos ver que todos ellos son igualmente alusivos a una conducta reprochable y por ende sancionable por el derecho penal. Algunas conceptualizaciones que antaño se usaron hoy en día están superadas.³⁴⁹

Con independencia de su posible superación entendemos que cualquiera de estas denominaciones puede servir como guía u orientación, en la determinación y delimitación del bien jurídico protegido en las diversas figuras jurídicas recogidas en este rubro. Creemos que la concepción terminológica usada por el título y el capítulo donde se insertan estas conductas, puede fungir de mera guía para determinar, siempre con carácter orientativo, el bien jurídico protegido. Es por ello que entendemos que el aspecto semántico, terminológico, puede jugar un papel importante, aunque no decisivo, de cara a obtener un perfil de lo que se pretende proteger con su tipificación. Si bien en algunas ocasiones no es baladí seguir las modas terminológicas, tampoco es lo más adecuado caer en extremos y así entendemos que tampoco debe cegarnos y quitarnos tiempos valiosos, que pudieran utilizarse para la configuración de estas conductas que, sin lugar a duda, constituye un delito.³⁵⁰

sicología que han ido desmitificando la sexualidad, separándola de la visión moralista pecaminosa, y estudiándola en una perspectiva más clínica y crítica”; véase Tocora, Luis Fernando, *Derecho penal especial*, 3a. ed., Ediciones Librería del Profesional, 1991, p. 161. Por lo que hace a la expresión de “moral sexual” se ha señalado que “esta remisión a la moral sexual es, en mi opinión, aún más entorpecedora que la anteriormente vigente para una más clara comprensión de la globalidad de las infracciones recogidas bajo dicho título, pues cierto es que en la actualidad no se persigue como finalidad primaria la protección de determinadas formas éticas de comportamiento sexual, sino esencialmente la libertad del individuo en este ámbito de su actividad”. Véase Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de Derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, cit.*, p. 238.

³⁴⁹ En este sentido se afirma que “conviene aclarar la terminología empelada para denominar estos delitos —“Delitos contra la libertad sexual”— en detrimento de la que el Código ha seguido tradicionalmente —“Delitos contra la honestidad”—. El cambio responde a una evolución del bien jurídico protegido que, a su vez, conecta con la desmitificación, secularización y liberalización de toda la temática sexual. Hoy no se centra la protección en una honestidad como valor absoluto, patrimonio que era en ocasiones más de la familia que de la propia mujer, sino en el libre ejercicio de las relaciones sexuales, que cada cual somete a los principios éticos o religiosos que estime pertinentes, o en la intangibilidad o indemnidad sexual de aquellos incapaces —menores— que aún carecen de esa convencional libertad sexual”; véase Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I, cit.*, pp. 199 y 200.

³⁵⁰ En el contexto español el giro revolucionario se produce con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, con la que, coincidiendo con los autores que se pronuncian “al sustituir la antigua y trasnochada expresión ‘deshonestidad’, que venía constituyendo desde el siglo pasado la

Superado por lo que hace a estas líneas el debate sobre el *nomen iuris* creemos que lo importante es saber cómo está contemplado el tipo de esta clase de delitos, así como su pena, en los distintos códigos penales. En este sentido se sostiene que

en cualquier caso, se emplee la denominación que se emplee, lo que parece hoy día ya incuestionable, por imperativo del principio de intervención mínima, es que las directrices por las que en la actualidad debe orientarse un moderno derecho penal sexual, acorde con la realidad social vigente, sean aquellas que, dejando naturalmente a salvo la esfera íntima y voluntaria del sujeto adulto, mentalmente capaz, lo hagan intervenir exclusivamente cuando se lesione el derecho de otra persona; situación que, según la normativa existente al respecto, concurre, bien si se emplean medios violentos o intimidatorios, se abusa de la situación de enajenación *o de la escasa edad de la víctima*, cuando exista una relación de prevalimiento o engaño, suficientemente probadas, se ejecuten actos de exhibicionismo o provocación sexual en los términos legalmente señalados, o se fomente o desarrolle el ejercicio de la prostitución³⁵¹ (cursivas añadidas).

Es por ello que nos enfocamos a ver cómo están regulados los delitos de corte sexual cuando en ellos se encuentra involucrado un menor de edad. Es importante ver cómo cambia la fisonomía de estos delitos sexuales cuando está implicado este sector poblacional vulnerable. Lo anterior con la finalidad de trazar una línea que separe estas figuras sexuales de la conducta de sustracción; ello nos ayudará a entender qué es la sustracción al tiempo que nos hace reflexionar sobre su tipificación.

De forma general y *apriorística* podemos afirmar que el bien jurídico tutelado en el tipo básico de las agresiones sexuales es la libertad sexual, la libre disposición carnal, entendida ésta como la “capacidad de hacer o no uso del propio cuerpo a efectos sexuales, así como de ejercer los medios de defensa o protección personal pertinentes frente a actuaciones ajenas de esa

rúbrica general de estos delitos, por la de *libertad sexual*, y no sólo ya con la única finalidad de dar cumplimiento a la voluntad del legislador manifestada en la Exposición de Motivos de la citada Ley, consistente en ‘respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos’, sino con la loable intención también de proteger en el ámbito penal un interés tan delicado y digno de tutela en el ámbito punitivo, como es la capacidad del individuo al libre ejercicio de su autodeterminación sexual”; véase Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, *cit.*, p. 237. Como señalan estos autores con la rúbrica de “Delitos contra la honestidad” estaba dotada de fuertes connotaciones moralizantes.

³⁵¹ *Ibidem*, pp. 239 y 240.

naturaleza”.³⁵² Es por ello que generalizando lo anterior sostenemos que el catálogo de figuras incluidas en este rubro tienen como punto convergente el que sus acciones están constituidas por un acceso carnal ilícito, sin mediar consentimiento (violación) o, en caso de mediar (estupro), éste estará viciado de origen, en forma y en modo.

En este orden de ideas, por acceso carnal se entiende, en principio y de manera general, “la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima. Pero se discute si tal concepto está limitado por el lugar de la penetración”.³⁵³ Entendemos que el lugar de penetración dependerá de la figura sexual que manejemos, así, estimamos que para que exista violación o estupro la penetración debe ser anal o vaginal, y para que exista abuso deshonesto bastaría con que el acceso carnal fuera oral. En este sentido se apunta que

la penetración típica importa la llegada del órgano sexual masculino al interior del cuerpo de la víctima, es decir, a zonas de él que normalmente no están en contacto con el exterior, aunque no interese ni el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación, ni el alcance que haya adquirido la penetración y, mucho menos, que haya dejado rastros en el cuerpo de la víctima (como sería la

³⁵² Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial*, p. 244. Por su parte Tocora señala que “la libertad sexual ha sido entendida sin mayores discrepancias como «la facultad que a cada uno compete (naturalmente dentro de los límites del derecho de las costumbres sociales) de disponer del propio cuerpo para fines sexuales»”. Véase Tocora, Luis Fernando, *Derecho penal especial, cit.*, p. 166.

³⁵³ Creus C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 188. En este sentido se señala que “como la violación tiene como sujetos pasivos posibles tanto a la mujer como al hombre, hay que concluir que la penetración es típica tanto cuando se realiza por vía vaginal como cuando se la realiza por vía anal. Las discrepancias se suscitan con relación a los llamados *coitos anormales*, o sea, por vías totalmente anormales, como la boca, el oído, fosas nasales y otros orificios naturales o abiertos artificialmente en el cuerpo. Particularmente la polémica recrudeció con respecto al llamado *coito oral*, que es el más común por sus posibilidades anatómicas: gran parte de la doctrina acepta que en él se da un caso de acceso carnal (González Roura, Ure, Oderigo, Soler), en cuanto entienden por tal toda ‘actividad directa de la libido, natural o no, en la que existe una penetración del órgano genital del autor, que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente a éste’ (Fontán Balestra): para el sujeto activo la boca de la víctima es el equivalente funcional de los orificios que permiten el coito, desempeña para él una función erótica y, por consiguiente, es un ataque de contenido sexual el que realiza... por lo cual, tanto el coito oral como otras penetraciones anormales con las que el agente puede desahogar su libido, no entran en el concepto de acceso carnal que es propio de la violación y del estupro, quedando, en su caso, reservadas para la punibilidad del abuso deshonesto. Se advierte pues que peca por exceso la descripción de la acción al decir acceso carnal que implica la penetración del órgano sexual masculino ‘en orificio natural de la víctima’. El acceso carnal típico en la violación y en el estupro es la penetración del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o rectal, únicamente”.

desfloración u otras lesiones). En virtud de esto la doctrina habla de la penetración perfecta y de la penetración imperfecta.³⁵⁴

Entendemos que en la actualidad los sujetos activos y pasivos que pueden estar implicados en este rubro son indistintos por razón del sexo. Así, el sujeto activo está completamente indiferenciado desde que cualquiera puede atentar contra la “libertad sexual” o “indemnidad sexual” de otro, con absoluta independencia de su sexo. La misma afirmación se debe realizar respecto a la persona del sujeto pasivo. Por ello, deja de identificarse la “libertad sexual” y la “indemnidad sexual” como el bien jurídico exclusivo de la mujer, como si se tratara de un tándem necesario y exclusivo, y se extiende en los mismos términos y condiciones a la persona del varón.

Sobre el peso de la declaración de la ofendida encontramos varias tesis aisladas las cuales coinciden en todos sus extremos: la importancia de su obtención,³⁵⁵

³⁵⁴ Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 189. Señala el autor que “quedan comprendidas en el concepto de la ley las penetraciones mínimas en que el órgano sexual masculino alcanza algunas zonas del cuerpo de la víctima, que sin tener profundidad en él, no están en contacto con el exterior, como ocurre con el llamado coito ‘vulvar o vestibular’; pero no se incluyen los acercamientos sexuales en los que el órgano masculino no alcanza esas zonas, como es el denominado coito *inter femora*, que no pasa, en todo caso, de ser un abuso deshonesto”.

³⁵⁵ Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparo directo 516/93. *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIII, junio de 1994, p. 611, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis II.2o.124 P. Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito; amparo en revisión 164/93. Véase, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, segunda parte, jurisprudencia 1225, p. 1971; Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparo directo 629/92. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo directo 143/89. Sostiene la misma tesis: amparos directos 512/91 y 628/73. sexta época, segunda parte, vol. XC-VIII, p. 68; amparo directo 5986/64, vol. XCIV, p. 18; amparo directo 5096/63, vol. LXXXII, p. 12; amparo directo 1509/63, vol. LXXXII, p. 12; amparo directo 5098/63, vol. LX, p. 24; amparo directo 9002/61, vol. LVIII, p. 28; amparo directo 8454/61, vol. XXXVII, p. 141; amparo directo 3138/60, vol. XXIV, p. 80; amparo directo 6847/58, vol. XVI, p. 178; amparo directo 3428/57, vol. XII, p. 159; amparos directos 3335/56, 2137/56 y 3776/55; vol. III, p. 129; amparo directo 5493/56; en el vol. XCVIII, p. 68, la tesis aparece bajo el rubro “Ofendida. Valor de su dicho en delitos sexuales”. En el vol. LXXXII, p. 12, la tesis aparece bajo el rubro “Delitos sexuales, valor probatorio del dicho de la ofendida en caso de”. En el vol. LX, p. 24, la tesis aparece bajo el rubro “Delitos sexuales, valor del dicho de la ofendida en los”. En el vol. LVIII, p. 28, la tesis aparece bajo el rubro “Delito sexuales, prueba de la existencia de los”. En el vol. XXXVII, p. 141, la tesis aparece bajo el rubro “Ofendida, valor de su dicho (tentativa de violacion)”. En el vol. XXIV, p. 80, la tesis aparece bajo el rubro “Ofendida, valor de su dicho, estupro”. En el vol. XVI, p. 178, la tesis aparece bajo el rubro “Ofendida, valor de su dicho (delitos sexuales)”. En los vols. IV y XII, pp. 98 y 159 respectivamente, la tesis aparece bajo el rubro “Ofendido, valor de su dicho (delito sexuales)”. En el vol. III, p. 129, la tesis aparece bajo el rubro “Ofendida. Valor de su dicho (rapto)”.

el valor probatorio,³⁵⁶ así como su contradicción,³⁵⁷ todo lo anterior por el lugar de comisión de estas conductas³⁵⁸ y la falta de testigos presenciales.³⁵⁹

Cuando se trata de menores las afirmaciones anteriores adquieren otro tono y en este sentido se afirma “DELITOS SEXUALES, OFENDIDO EN LOS. VALOR DE SU DECLARACIÓN. En tratándose de delitos sexuales, la declaración del ofendido tiene singular importancia y cobra mayor relevancia si proviene de un niño a quien no se le puede tachar de malicia o mala fe”.³⁶⁰

Está claro que esta figura debe entenderse a la luz del daño moral que necesariamente produce.³⁶¹

Podemos mencionar que, de forma contextualizada, cuando se trata de la comisión de estos delitos, estando implicado un menor de edad, el bien jurídico debe ser necesariamente matizado. Siguiendo a la doctrina que sobre este punto se ha pronunciado, señalamos que no podemos hablar de “libertad sexual” cuando estamos ante un NNA, sino que tenemos que referirnos a

³⁵⁶ Amparos directos 1509/63, 5098/63, 144/59, 3428/57, 4542/56 y 8450/62; amparo penal directo 2627/54.

³⁵⁷ Amparos directos 244/60, 393/90 y 5096/63, sexta época, segunda parte: vol. LX, p. 24; amparo directo 9002/61, vol. LVIII, p. 28; amparo directo 8454/61, en el vol. LX, p. 24, esta tesis aparece bajo el rubro “Delitos sexuales, valor del dicho de la ofendida en los”. En el vol. LVIII, p. 28, esta tesis aparece bajo el rubro “Delitos sexuales, prueba de la existencia de los”; amparo directo 5261/54.

³⁵⁸ Amparo directo 5285/57. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. XCVIII, segunda parte, p. 68, tesis de rubro “Ofendida, valor de su dicho en delitos sexuales”, amparo penal directo 8568/46; amparo directo 9002/61.

³⁵⁹ Amparo penal directo 2309/52; amparo directo 3355/57, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. XII, segunda parte, p. 159, primera sala; amparo penal directo 9035/46; amparo directo 3335/56. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, segunda parte: vol. IV, p. 98, tesis de rubro “Ofendido, valor de su dicho (delitos sexuales)”. vol. III, p. 129, tesis de rubro “Ofendida. Valor de su dicho (rapto)”; amparos directos 2137/56 y 3776/55. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. III, segunda parte, p. 129, tesis de rubro “Ofendida. Valor de su dicho (rapto)”; amparos directos 8774/62, 8454/61 y 5986/64, sexta época, segunda parte: vol. XXIV, p. 259; amparo directo 5285/57, vol. IV, p. 98; amparo directo 3776/55, vol. III, p. 129; amparo directo 5493/56, vol. XII, p. 159; amparo directo 3335/56, en el vol. XXIV, p. 259, esta tesis aparece bajo el rubro “Ofendida, valor de su dicho. Delitos sexuales”. En el vol. IV, p. 58, esta tesis aparece bajo el rubro “Ofendido, valor de su dicho (delitos sexuales)”. En el vol. III, p. 129, esta tesis aparece bajo el rubro “Ofendida, valor de su dicho (rapto)”. En el vol. XII, p. 159, esta tesis aparece bajo el rubro “Ofendida, valor de su dicho (delitos sexuales)”; amparo directo 5915/58.

³⁶⁰ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito; amparo directo 512/91; amparo directo 143/89. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. IX, abril de 1992, p. 476, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis VI.2o.298 P.

³⁶¹ Amparo directo 3901/63; amparo directo 3578/65, sexta época, segunda parte: vol. XC, p. 19; amparo directo 3901/63, en el vol. XC, p. 19, esta tesis aparece bajo el rubro “Daño moral. Su prueba en los delitos sexuales”.

su “indemnidad sexual” o “intangibilidad sexual”, como bien jurídico tutelado, protegido desde que “dada la especial situación en que se encuentran, no pueden ejercer válida ni eficazmente dicha libertad frente al ordenamiento jurídico”.³⁶² Es por ello que debemos referirnos de manera más adecuada a términos como “indemnidad sexual”, “intangibilidad sexual” o “injerencias no permisibles en su intimidad” cuando nos referimos a los menores, y a términos de “libertad sexual” cuando nos referimos a personas adultas con capacidad de entender el alcance y consecuencia de sus acciones. Así, cuando nos referimos al menor de edad

mal puede entenderse que sea la libertad sexual el interés tutelado, en la forma en que la hemos concebido, es decir, en definitiva, como capacidad de autodeterminación en dicho ámbito, al no hallarse tales personas en condiciones de ejercer eficazmente desde el punto de vista jurídico esa libertad, ya que carecen de la capacidad de conocer y querer, antes mencionada, así como de la de prestar un consentimiento válido para la práctica de semejantes actos. En estos supuestos, pues, lo que se pretende es tutelar la misma situación de incapacidad en que se hallan esas personas, consideradas legalmente “intocables” en el plano sexual. De ahí que resulte en estos casos preferible emplear el término “intangibilidad sexual” o el de “indemnidad sexual”. El primero de estos términos, más que una nueva forma de entender la libertad sexual, constituye precisamente una consecuencia de su ausencia: se trata de una cualidad, que se predica de aquellos sujetos que no pueden ejercer dicha facultad por estar incapacitados para ello.³⁶³

La razón que lleva a realizar esta diferenciación de términos consiste en partir de que el menor de edad carece de madurez psicológica sobre el discernimiento sexual, de autodeterminación, por lo que la protección penal debe ir más allá de la libertad sexual, misma que ostentan las personas mayores, con la finalidad de precisar y diferenciar los bienes jurídicos en juego.³⁶⁴

En este contexto observamos que la comprobación de la minoría de edad se puede obtener con un certificado médico “OFENDIDA, EDAD DE LA (DELITOS SEXUALES). En delitos sexuales la edad de la víctima no tiene que

³⁶² Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial, cit.*, p. 244.

³⁶³ Carmona Salgado, C. et al., *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, cit.*, p. 242.

³⁶⁴ Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México, cit.*, pp. 220-222.

comprobarse precisamente con el acta de nacimiento, sino que es bastante con un certificado médico que la establezca”.³⁶⁵

En este orden de ideas señalamos que estos términos de “indemnidad sexual” o “injerencias no permisibles a su intimidad” deben estar desprovistos de toda carga inercial bien social, cultural, ideológica o religiosa, que pueda distorsionar el bien jurídico protegido. Es por ello que coincidiendo con Tocora señalamos que

los conceptos de “buenas costumbres”, “honestidad sexual”, “moralidad sexual”, “honor sexual” o “pudor sexual”, entre otros, están imbuidos de factores sociales, económicos y culturales, que los tornan disímiles histórica y socialmente, produciendo una ambigüedad en la política criminal acerca de la descriminalización de varias conductas sexuales tradicionalmente prohibidas por el derecho, y dificultades en la aplicación de las normas, en la medida en que el transcurso del tiempo modificaba el contenido de esos valores, produciendo contradicciones entre el texto y el espíritu de la norma, y el criterio social predominante al momento de la aplicación, del cual participa el propio juzgador.³⁶⁶

Con estas afirmaciones generales damos paso al examen de cada una de las figuras que siendo delitos sexuales, pueden cometerse contra un menor de edad. Como ya se apuntó, el objetivo de estas líneas es establecer la diferencia entre la conducta de sustracción de un menor de edad y una conducta que materialice un delito sexual, en sus diversas modalidades.

1. *Atentados contra el pudor*

Estamos ante una primera categoría de delitos sexuales, los cuales pueden cometerse contra un adulto y contra un menor de edad.

A. *Bien jurídico tutelado*

El bien jurídico protegido, en la esfera adulta, resulta desde un inicio obvio desde que éste viene apuntado ya en su nombre. En el rubro de las tesis aisladas encontramos que el bien jurídico tutelado se cifra en el “pudor”, esto es, debe existir ánimo de ofender el pudor del sujeto pasivo.³⁶⁷ En una tesis aislada se delimita qué debemos entender por “pudor” y así se afirma:

³⁶⁵ Amparo directo 6711/57.

³⁶⁶ Véase Tocora, Luis Fernando, *Derecho penal especial*, cit., p. 164.

³⁶⁷ Amparo penal directo 1675/47.

“PUDOR... la tutela penal en esta clase de delitos, tiende a resguardar el derecho a la libertad y seguridad sexuales y también el interés social de impedir la corrupción prematura de impúberes”.³⁶⁸

Cuando se trata de menores de edad el bien jurídico tutelado debe ser matizado y en este sentido las tesis aisladas apuntan en una misma dirección:

ATENTADOS AL PUDOR, DELITO DE. Tratándose de atentados al pudor cometidos en impúberes, más que la guarda del pudor como objeto de la tutela penal, se protege la corrupción prematura a que se puede conducir a los menores, por esos actos libidinosos, pues es imposible suponer que en ellos se ha formado, desde la más tierna edad, el concepto del pudor.³⁶⁹

...tratándose de una menor, no es el pudor el bien jurídico protegido por el legislador, sino el interés social de impedir la corrupción de los impúberes, favorecida por la acción de actos libidinosos consentidos o no por ellos.³⁷⁰

B. *Elementos constitutivos*

De conformidad con una tesis aislada cabe mencionar que

los elementos estructurales del delito de atentados al pudor... son: a) un acto erótico-sexual, entendiéndose éste como cualquier acción lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo el sujeto pasivo, como caricias, manoseos y tocamientos corporales obscenos, o que el agente hace ejecutar a su víctima; b) ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, pues de darse ésta o un principio de la ejecución del delito de atentado, desaparecería esta figura delictiva o se quedaría prendida dentro de la tentativa de violación; y c) sin el consentimiento de la persona púber, o con el consentimiento del impúber.³⁷¹

La ausencia de cópula se reitera en todas las tesis aisladas³⁷² y es así que se configura “por la simple caricia libidinosa, sin ulterior propósito”.³⁷³ Es esta ausencia de cópula lo que diferencia este delito del de violación.³⁷⁴

³⁶⁸ Amparo penal directo 2517/42.

³⁶⁹ Amparo penal directo 1422/43.

³⁷⁰ Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito; amparo directo 326/96.

³⁷¹ Amparo directo 3241/56.

³⁷² Amparo directo 3815/61 y amparo penal en revisión 6207/39. Véase *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, segunda parte, primera sala, jurisprudencia 296, p. 651, bajo el rubro: “Violacion, atentados al pudor y tentativa de”.

³⁷³ Amparo penal directo 2517/42.

³⁷⁴ Amparo directo 7139/63, sexta época, segunda parte: vol. XLV, p. 21; amparo directo 7655/60, vol. XXIX, p. 13; amparo directo 4388/59, vol. XXIV, p. 187; amparo directo

C. *El consentimiento*

Las tesis encontradas con respecto al consentimiento, son unánimes al señalar que aun cuando éste exista, no debe tener peso en la configuración de esta conducta delictiva. Se afirma que “comete delito de atentados al pudor, el que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con el consentimiento de esta última, ejecuta en ella un acto erótico sexual...”.³⁷⁵

Podemos observar que el papel del consentimiento en esta figura se mantiene invariable respecto al señalado de forma genérica para el rubro de los delitos sexuales.

D. *Declaración de la ofendida*

Por lo que hace a la validez de la declaración de la ofendida se afirma en las tesis aisladas que ésta tiene peso y valor probatorio, el cual será valorado a la luz de otras pruebas:

la declaración de la ofendida u ofendidas no carece de valor probatorio y menos en infracciones como la que se imputa al quejoso, que, por su naturaleza, se verifican casi siempre en ausencia de testigos... pero esta declaración tiene un valor proporcional al apoyo que le presten otras pruebas recabadas en el sumario...³⁷⁶

5285/58, en el vol. XLV, p. 21, esta tesis aparece bajo el rubro “Atentados al pudor y tentativa de violación no pueden coexistir”. En el vol. XXIX, p. 13, esta tesis aparece bajo el rubro “Atentados al pudor y tentativa de violación”. En el vol. XXIV, p. 187, esta tesis aparece bajo el rubro “Atentados al pudor y tentativa de violación”; amparos directos 7932/61, 7655/60, y 4388/59. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. LXXXIV, segunda parte, p. 10, tesis de rubro “Atentados al pudor, y tentativa de violación, incompatibilidad de los delitos de”; amparo penal en revisión 2287/48. Véase jurisprudencia 296, p. 651, segunda parte del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, amparos penales directos 6154/44, 1783/28, 2097/34 y 897/36.

³⁷⁵ Amparo penal en revisión 6207/39. Véase *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, segunda parte, primera sala, jurisprudencia 296, p. 651, bajo el rubro: “Violación, atentados al pudor y tentativa de”. Amparos penales directos 1783/28, 2097/34 y 897/36.

³⁷⁶ Amparos penales directo 1180/42 y en revisión 10372/42. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, segunda parte, vol. 70, p. 23, tesis de rubro “Ofendido, valor de la declaración del”.

2. Estupro³⁷⁷

La segunda figura *specialis* que queremos tratar en el rubro general y genérico de los delitos sexuales es el “estupro”. La gran cantidad de tesis aisladas que hemos encontrado referentes a esta conducta ha representado la mayor dificultad a la hora de sistematizar la información y evitar que su lectura resulte tediosa.

A. Elementos constitutivos

Esta figura supone, a diferencia de la anterior, el acceso carnal (“cópula”) con una *persona* “casta”, “púber”, “honesta” o doncella,³⁷⁸ mediante engaño, seducción o haciendo valer una situación de subordinación o dependencia.

Los elementos constitutivos son los siguientes:

1. Existencia de cópula³⁷⁹ (acceso carnal,³⁸⁰ conjunción sexual)³⁸¹ normal,³⁸² como lo admitió el sujeto activo y lo confirmó la sujeto pasivo.³⁸³ Entendiendo por cópula “cualquiera forma de ayuntamiento o conjunción sexual con eyaculación o sin ella”.³⁸⁴ Para su comprobación “la integridad del himen es el signo más valioso de inexistencia de la cópula, aun cuando esto no es de valor absoluto...³⁸⁵
2. El sujeto pasivo de la infracción debe ser un menor de edad, fluctuando la minoridad en cada entidad federativa: 18 años³⁸⁶ (Nayarit

³⁷⁷ Proviene de *stuprum*: violación de una “doncella”. Se relaciona con deshonor o deshonra.

³⁷⁸ Amparos directos 3026/61 y 3021/51; amparo penal directo 3848/53.

³⁷⁹ Amparos directos 179/57, 1136/55, 2531/54 y 7394/59; amparos penales directos 1037/53, 8076/47, 7127/47, 5444/48; 6188/50, 5444/48, 8202/49, 8028/48, 986/50, 5229/49, 5066/50, 1360/48 y 6341/45. Amparo penal en revisión 3389/31.

³⁸⁰ Amparo penal directo 6085/45.

³⁸¹ Amparo penal directo 1339/42.

³⁸² Amparos directos 1589/59 y 6974/60.

³⁸³ Amparo directo 4710/56.

³⁸⁴ Amparos directos 2020/55 y 5847/58.

³⁸⁵ Amparo directo 764/66.

³⁸⁶ Amparos directos 179/57, 1136/55, 2531/54 y 6974/60. Amparos penales directos 647/50, 7127/47, 5444/48, 6188/50, 5444/48, 8028/48, 986/50, 5229/49, 5066/50, 1360/48, 6085/45 y 1339/42. Amparos penales en revisión 5334/39 y 7082/36. Amparo 2027/33.

- y Sonora);³⁸⁷ 15 años³⁸⁸ (entre 15 y 18 años el Estado de México); 16 años³⁸⁹ (entre 12 y 16 años, Aguascalientes, Coahuila, Michoacán, San Luis Potosí y Yucatán; entre 16 y 18, Sinaloa; entre 14 y 16, Veracruz, y menos de 16 pero sin límite máximo Guanajuato); con mujer doncella, mayor de 12 años y menor de 18³⁹⁰ (Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Oaxaca, Puebla, Tamaulipa y Zacatecas); mujer mayor de 14 años y menor de 18 (Baja California, Colima, Chihuahua y Quintana Roo);³⁹¹ de “14 años, cuando el estuprador sea mayor de edad”;³⁹² de entre 13 y 18 (Nuevo León); de entre 12 y 17 (Tabasco) y de 17 (Querétaro).
3. Se mostró o presumió poseer las cualidades de castidad³⁹³ y honestidad,³⁹⁴ “probados dichos elementos con dos testimonios uniformes”.³⁹⁵

La honestidad

está referida... a la *inexperiencia sexual*,³⁹⁶ el recato y la correcta manera de conducirse en la vida sexual;³⁹⁷ la buena reputación de la mujer, por su buena conducta erótica;³⁹⁸ comprende los atributos de recato, decoro, decencia y moderación de una persona.³⁹⁹ Comportamiento socialmente aceptable...⁴⁰⁰ la castidad tiene que ver con la persona en sí y la honestidad con el parecer o imagen de la persona

³⁸⁷ Amparo directo 4710/56.

³⁸⁸ Amparo penal directo 1037/53.

³⁸⁹ Amparo penal directo 8076/47.

³⁹⁰ Amparo directo 7394/59. Amparo directo 4389/65. Amparo directo 2020/55.

³⁹¹ Amparo penal en revisión 723/43.

³⁹² Amparos penales directos 2150/39, 2350/34 y 5932/34.

³⁹³ Amparo directo 7221/56. Amparos penales directos 1037/53, 647/50, 8076/47, 6188/50, 5444/48, 8028/48, 5229/49, 5066/50 y 6085/45. Amparo penal en revisión 3389/31.

³⁹⁴ Amparos directos 179/57, 1136/55 y 2531/54. Amparos penales directos 7127/47, 5444/48, 986/50 y 1360/48.

³⁹⁵ Amparo directo 4710/56.

³⁹⁶ Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 208.

³⁹⁷ Amparo directo 179/57.

³⁹⁸ Amparos penales directos 58/52 y 8076/47. Integra jurisprudencia 452/54. Primera Sala, amparo directo 5989/56; amparo penal directo 842/55.

³⁹⁹ Amparo penal directo 8033/47.

⁴⁰⁰ Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 421/98. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. XLIX, segunda parte, p. 46, tesis de rubro: “Estupro, presunción de castidad y honestidad”. Amparo directo 5844/51.

ante la sociedad, pero en ambos casos es esencial la pureza y recato en la conducta sexual de la víctima;⁴⁰¹ no mantiene subordinación alguna con su situación moral interna.⁴⁰²

Implica un “género de vida decente, correcta, en consonancia con el medio social”.⁴⁰³

La castidad es

la abstención física de toda actividad sexual ilícita,⁴⁰⁴ a la inejecución de actos como salidas nocturnas, trato poco decoroso con varios hombres, abandono de la casa paterna, frecuentar o permanecer en la casa del amigo o en lugares de dudosa moralidad u otros que repugnan al pudor y al recato de mujer de corta edad;⁴⁰⁵ pureza sexual de la víctima;⁴⁰⁶ virtud que se opone a los placeres carnales,⁴⁰⁷ refreno de los apetitos libidinosos, abstención voluntaria de éstos.⁴⁰⁸

Si en la mayoría de las tesis aisladas se mantiene que la castidad y la honestidad son elementos objetivos imprescindibles en la configuración de esta conducta delictiva, también hemos encontrado algunas tesis que sostienen lo contrario.⁴⁰⁹

En otro orden de ideas entendemos que no hay que confundir la castidad/honestidad con la virginidad desde que “tanto gramatical como jurídicamente, virginidad y castidad tienen una connotación distinta”.⁴¹⁰ Se ha afirmado, de forma unánime por las tesis aisladas, que si bien las dos primeras cualidades son imprescindibles para la configuración del delito de estupro, no se puede decir lo mismo respecto a la virginidad.⁴¹¹

401 Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Amparo directo 1082/93.

402 Sexta época, amparos directos 4371/60, 28/61, 2902/61, 3401/61 y 6008/60. *Apéndice 1917-1995*, t. II, primera parte, p. 86, primera sala, tesis 151.

403 Amparo directo 769/56.

404 Amparos penales directos 58/52, 3569/54 y 8076/47. Integra jurisprudencia 452/54. Primera Sala. Amparo penal directo 842/55.

405 Sexta época: amparos directos 28/61, 2902/61, 3401/61, 6879/62 y 8931/62.

406 Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparo directo 1082/93.

407 Amparo penal directo 1012/49.

408 Amparo directo 769/56.

409 Amparos directos 4389/65, 2020/55, 5847/58 y 3476/57.

410 Amparo penal directo 4/35.

411 Amparos directos 179/57, 5859/54, 5083/55 y 7650/58; amparos penales directos 8028/48, 6780/45 y 1940/31.

Un punto en el que las tesis se polarizan radica en la necesidad o no de comprobar ambas cualidades en la mujer. Por un lado, encontramos las tesis que requieren comprobar fehacientemente ambas cualidades a fin de integrar el cuerpo del estupro.⁴¹² Por otro lado, encontramos tesis que no requieren su comprobación, sino que dan por presuntas e inherentes en la mujer ambas cualidades, salvo prueba en contrario;⁴¹³ presunciones que se asientan en diversos criterios, a saber, bien en la minoridad⁴¹⁴ (11,⁴¹⁵ 13,⁴¹⁶ 14,⁴¹⁷ 15,⁴¹⁸ 16⁴¹⁹ o 18 años),⁴²⁰ en el hecho de vivir con sus padres y ser hija de familia,⁴²¹ de no tener fama de conducta censurable anterior y la ausencia de toda relación sexual ilícita con anterioridad a la conducta observada

⁴¹² Amparos directos 5991/54, 4189/51 y 5456/58. Amparos penales directos 22/55, 2339/52, 3306/52, 5291/53, 885/53, 4081/53, 3533/52, 2758/51, 423/53, 4579/52, 4762/51, 3021/51, 2339/52, 1005/49 (7 de mayo de 1953) y 3958/52; amparo penal en revisión 3448/37. Amparo 3358/55. Ignacio Fonseca Plascencia, 11 de mayo de 1956. Unanimidad de cinco votos. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXVIII, p. 361, tesis de rubro “Estupro, prueba de la honestidad y castidad como elementos del cuerpo del delito de”. Amparo directo 5476/53/2a. González Delfin, Ángel, 29 de abril de 1954, mayoría de tres votos de los ministros Teófilo Olea y Leyva, Genaro Ruiz de Chávez S. y Luis Chico Goerne. Disidentes: Agustín Mercado Alarcón y Edmundo Elorduy.

⁴¹³ Amparos directos 8931/62 y 3358/55; amparos penales directos 58/52 y 5066/50. Este criterio ha integrado la jurisprudencia 452/54, publicada en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1954*, p. 876. Amparos penales directos 1556/50, 2891/51, 2531/47, 486/40 y 4009/36; amparos penales en revisión 4913/49 y 6159/46..

⁴¹⁴ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo directo 349/88. Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparos directos 1082/93 y 769/56; amparos penales directos 8563/50 y 5476/53.

⁴¹⁵ Amparo penal directo 5348/35, quinta época, t. XLVII, p. 3512. Amparo penal directo 5932/36.

⁴¹⁶ Amparos directos 6015/60, 108/59 y 6771/46.

⁴¹⁷ Amparo penal directo 6008/51.

⁴¹⁸ Amparo penal en revisión 6226/44.

⁴¹⁹ Amparo directo 2789/58.

⁴²⁰ Amparos directos 4120/59, 4371/60, 6008/60, 28/61, 2902/61, 3401/61 y 6879/62. Véase *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, segunda parte, primera sala, tercera tesis relacionada con la jurisprudencia 110, p. 234, tesis de rubro: “Estupro. Castidad y honestidad”, sexta época, amparos directos 6930/57, 389/58, 2521/59, 254/60 y 191/63. *Apéndice 1917-1995*, t. II, tercera parte, p. 558, primera sala, tesis 873, amparo directo 3416/50 y amparo penal directo 6297/48.

⁴²¹ Amparos directos 6771/46 y 769/56; amparos penales directos 5348/35, 5932/36 y 4806/44, 8563/50, 6008/51 y 5476/53; amparos penales en revisión 8056/45 y 6226/44.

por el activo del delito,⁴²² fama de ser una mujer casta y honesta,⁴²³ por ser virgen⁴²⁴ o por el “género de vida”.⁴²⁵ Lo anterior deriva a *contrario sensu* en que el reo tiene la carga de la prueba.⁴²⁶

4. Como cuarto elemento se exige⁴²⁷ “disyuntivamente”⁴²⁸ la obtención previa⁴²⁹ del consentimiento mediante engaño o seducción.⁴³⁰

Por seducción debe entenderse “la conducta maliciosa y lasciva encaminada a la sobreexcitación sexual de la mujer”⁴³¹ que lleve a la aceptación de la cópula,⁴³² “o bien el halago hacia la misma, destinado a vencer su

⁴²² Amparo directo 4120/59. Véase *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, segunda parte, primera sala, tercera tesis relacionada con la jurisprudencia 110, página 234, bajo el rubro: “Estupro. Castidad y honestidad”, amparo directo 2313/57. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, segunda parte, vol. VIII, p. 29, tesis de rubro: “Estupro. Castidad y honestidad”, vol. IV, p. 68, tesis de rubro: “Estupro (legislación de Veracruz)”, vol. III, p. 79, tesis de rubro: “Estupro (legislación de Jalisco)”.

⁴²³ Amparo directo 2789/58.

⁴²⁴ Sexta época, amparos directos 6930/57, 389/58, 2521/59, 254/60 y 191/63. *Apéndice 1917-1995*, t. II, tercera parte, p. 558, primera sala, tesis 873. Amparo penal en revisión 4857/40; amparo directo 769/56; sexta época, amparos directos 6930/57, 389/58, 2521/59, 254/60 y 191/63.

⁴²⁵ Amparo directo 769/56.

⁴²⁶ Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparo directo 1562/92. Véase *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, segunda parte, jurisprudencia 811, p. 1347, amparos directos 6879/62 y 3401/61; amparo penal directo 1012/49. Sexta época, amparos directos 4371/60, 28/61, 2902/61, 3401/61 y 6008/60. Informe de 1961, p. 33.

⁴²⁷ Amparos penales directos 5251/52 y 5255/52 acumulados. Amparo directo 2407/62. Sexta época, segunda parte, vol. CIX, p. 28. Amparo directo 8506/64, vol. CIX, p. 28. Amparo directo 5627/65. En el vol. CIX, p. 28, esta tesis aparece bajo el rubro “Estupro, engaño y seducción como elementos del. Deben ser la causa directa de la aceptación de la cópula y no la de colocar a la menor en el lugar de los hechos”.

⁴²⁸ Amparo directo 254/60 y amparo penal directo 5869/46.

⁴²⁹ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 111/90.

⁴³⁰ Amparos directos 1589/59, 7394/59, 2531/54, 4389/65 y 276/79; amparos penales directos 1037/53, 647/50, 8076/47, 7127/47, 5444/48, 6188/50, 5444/48, 8202/49, 8028/48, 986/50, 5229/49, 5066/50, 1360/48 y 6085/45. En el Informe de 1979, la tesis aparece bajo el rubro “Estupro, cuando no se configura”, amparo penal directo 3372/50. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, amparo en revisión 13/2007.

⁴³¹ Amparo penal directo 8605/45.

⁴³² Amparo directo 5844/51.

resistencia síquica o moral”,⁴³³ utilizando escritos, palabras, estampas,⁴³⁴ y por engaño “la tendenciosa actividad para alterar la verdad o producir en el agente pasivo un estado de error, confusión o equivocación por el que accede a la pretensión erótica”.⁴³⁵

Es necesario diferenciar el delito de estupro y el de violación; se ha afirmado por las tesis aisladas,⁴³⁶ por la jurisprudencia⁴³⁷ y por la doctrina,⁴³⁸ que el punto clave para diferenciar ambos delitos radica en la existencia o no del elemento *ratione voluntatis*. Lo importante está en la existencia del consentimiento por el sujeto pasivo, aun cuando éste resulte en todo punto viciado de origen⁴³⁹ al resultar del aprovechamiento de la inexperiencia sexual de una persona y obtenerlo mediante seducción o engaño.⁴⁴⁰ Se trata, en definitiva, de un “fraude sexual”.⁴⁴¹

⁴³³ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 111/90. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, quinta época, t. XCIII, p. 2076, amparos penales directos 5444/48 y 10062/44. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 111/90. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIV, julio de 1994, p. 584, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis VI.2o.424 P.

⁴³⁴ Amparo penal directo 1037/53.

⁴³⁵ Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, amparo directo 558/2001. Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, amparo directo 48/95. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 111/90. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, primera sala, quinta época, t. XCIII, p. 2076. Amparos penales directos 986/50 y 4608/36.

⁴³⁶ Amparo penal en revisión 3389/31; amparo directo 7629/59; amparo penal directo 3372/50, y amparo directo 389/58.

⁴³⁷ Sexta época, amparos directos 3906/53, 5749/57, 4112/58, 389/58 y 8247/60. Apéndice 1917-1995, t. II, primera parte, p. 87, primera sala, tesis 153.

⁴³⁸ Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I*, *cit.*, p. 212.

⁴³⁹ Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, *cit.*, p. 286; Creus, C., *Derecho penal, parte especial*, *cit.*, p. 205.

⁴⁴⁰ Amparo directo 5177/62.

⁴⁴¹ Como bien señala García Ramírez: “comete el delito de estupro quien “tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño...”. En esta fórmula quedó la figura del fraude, que originalmente incluía conceptos —elementos constitutivos— como los de castidad y honestidad de la mujer ofendida, y consideraba el medio comisivo de seducción, además del engaño. Se trata, pues, de un fraude sexual (diverso, desde luego, de la llamada violación “fraudulenta”). García Ramírez, S., *Derecho penal*, *cit.*, p. 196, amparo directo 389/58.

La vía más usual de conseguir el consentimiento es proponer matrimonio,⁴⁴² o el ofrecimiento de “ponerles casa”,⁴⁴³ por lo que se configura “el dolo específico del delincuente”.⁴⁴⁴ Ahora bien, si

el acusado inmediatamente quiso legalizar la unión... lo que no fue posible... sin que pudiera efectuarse el matrimonio por la causa indicada, y que él no ejerció presión de género alguno para que ella se fuera con él... se desprende que no existe prueba bastante para dar por justificado uno de los elementos del delito de estupro.⁴⁴⁵

5. No es necesario que haya violencia para la existencia del delito de estupro.⁴⁴⁶

Por lo que hace a los sujetos implicados, todas las tesis y la configuración de todos los códigos penales,⁴⁴⁷ se refieren a la “mujer” como único sujeto pasivo de este delito y, por ello, al “hombre” como único sujeto activo. En

⁴⁴² Véase Tocora, Luis Fernando, *Derecho penal especial, cit.*, pp. 189-191. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo en revisión 63/90, sexta época, amparos directos 1589/59, 1587/59, 7014/59, 254/60 y 6974/60. *Apéndice 1917-1995*, t. II, primera parte, p. 85, primera sala, tesis 150. Quinta época: amparos directos 2352/44 y 8492/44. Amparo en revisión 3460/47; amparos directos 1360/48 y 10045/49. *Apéndice 1917-1995*, t. II, tercera parte, p. 559, primera sala, tesis 876, amparo directo 3021/51; amparo penal en revisión 3460/47; amparos penales directos 8492/44, 2952/44, 7272/42 y 5498/38. Quinta época, amparos directo 2352/44 y 8492/44. Amparo en revisión 3460/47; amparos directos 1360/48, 10045/49, 1587/59, 7014/59, 254/60 y 6974/60. *Apéndice 1917-1995*, t. II, primera parte, p. 85, primera sala, tesis 150, amparo 1828/55; amparos directos 4710/56 y 5847/58; amparo penal directo 6188/50. Quinta época, amparos directos 2352/44 y 8492/44; amparo en revisión 3460/47; amparos directos 1360/48 y 10045/49. *Apéndice 1917-1995*, t. II, tercera parte, p. 559, primera sala, tesis 876, amparos penales directos 1360/48 y 2150/39. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo en revisión 442/89.

⁴⁴³ Amparos penales directos 1037/53 y 4009/36. Amparo directo 6974/60.

⁴⁴⁴ Amparo penal directo 8028/48.

⁴⁴⁵ Amparo penal directo 486/40. Véase *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, segunda parte, primera sala, p. 238, segunda tesis relacionada con la jurisprudencia 114, de rubro “Estupro, cuando no se configura”. Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Amparos directos 7/90 y 2349/67. Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 421/98. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. IX, marzo de 1999, p. 1395, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis VI.4o.19 P.

⁴⁴⁶ Amparos directos 4835/55 y 8990/62.

⁴⁴⁷ Como ejemplo mencionamos el artículo 23 de Aguascalientes, el cual configura esta conducta del siguiente modo: “el estupro consiste en realizar cópula *con mujer casta* mayor de doce y menor de dieciséis años de edad, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño”.

este punto existe discrepancia con la doctrina, desde que abogan por la equiparación de sexos.

Así, todo parece apuntar hacia la necesidad de eliminar conceptos tendenciosos de una orientación sexual en la categoría de sujeto activo y pasivo; quizá no deberíamos identificar automáticamente esta figura con la mujer como víctima y al hombre como sujeto activo.⁴⁴⁸

B. El bien jurídico tutelado

Por lo que hace a la determinación y configuración del bien jurídico tutelado debemos hablar, de forma general, que “parece centrarse exclusivamente en la libertad sexual”,⁴⁴⁹ y de forma específica de la “*indemnidad sexual* de la víctima”. En definitiva ataca la “moral social”, “la seguridad sexual”,⁴⁵⁰ la “honestidad sexual”, la “libertad sexual”,⁴⁵¹ así como la “voluntad sexual” de una persona de corta edad, a la par que “protege la inexperiencia sexual”.⁴⁵²

Ahora bien, la “inexperiencia sexual”⁴⁵³ es un extremo que puede presentar cierto grado de dificultad su comprobación por lo que se ha afirmado que “no es menester demostrarla, por presumirla la ley...”.⁴⁵⁴

Esta conducta se encuentra en los códigos penales estatales en los siguientes artículos: 23 Aguascalientes; 182 a 184 de Baja California; 290 a

⁴⁴⁸ Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, cit.*, pp. 286 y 287; Lencioni, L. J., *Los delitos sexuales. Manual de investigación pericial para médicos y abogados*, Trillas, 2008, p. 25.

⁴⁴⁹ Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I, cit.*, p. 213.

⁴⁵⁰ Amparo directo 5516/58; amparo penal directo 8076/47. Integra jurisprudencia 452/54. Primera Sala, amparo directo 6974/60; amparos penales directos 58/52, 8202/49, 5229/49 y 8775/45. Sexta época, amparos directos 179/57, 2789/58, 5516/58, 1766/59 y 7650/58. Sexta época: amparos directos 179/57, 2789/58 y 5516/58. Mariano Juárez Ortiz, amparos directos 1766/59 y 7650/58. *Apéndice 1917-1995*, t. II, primera parte, p. 87, primera sala, tesis 152.

⁴⁵¹ Amparos directos 7629/59, 6015/60, 2789/58, 6711/57 y 2860/57; amparo penal directo 598/50.

⁴⁵² Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México, cit.*, p. 183.

⁴⁵³ “Inexperiencia que no importa desconocimiento de lo sexual, sino ausencia de experiencia en ese ámbito (no deja de ser honesta la menor a quien, en el desarrollo de su educación, se le han impartido exhaustivos conocimientos sobre sexualidad, pero que carece de esa experiencia)”. Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 208.

⁴⁵⁴ Amparos penales directos 1037/53, 8028/48, 1360/48, 6085/45 y 1339/42; amparo directo 3319/62.

292 de Baja California Sur; 230 y 231 de Campeche; 394 a 396 de Coahuila; 211 a 213 de Colima; 239 y 240 de Chiapas; 177 de Chihuahua; 180 del Distrito Federal; 185 de Guanajuato; 145 de Guerrero; 185 a 187 de Hidalgo; 142 I y 174 a 174 ter de Jalisco; 271 y 272 del Estado de México; 243 y 244 de Michoacán; 159 y 160 de Morelos; 258 y 259 de Nayarit; 262 a 264 de Nuevo León; 243 a 245 de Oaxaca; 264 a 266 de Puebla; 167 de Querétaro; 130 de Quintana Roo; 149 de San Luis Potosí; 184 de Sinaloa; 215 a 217 de Sonora; 153 de Tabasco; 270 a 272 de Tamaulipas; 185 de Veracruz; 311 y 312 de Yucatán, así como 234 y 235 de Zacatecas.

3. Prostitución infantil

Los elementos característicos de esta figura se resumen en los siguientes puntos:

En primer lugar hace referencia a aquella relación sexual o acto erótico que implique entrega carnal,⁴⁵⁵ con carácter profesional o no, relativamente habitual,⁴⁵⁶ con ánimo de lucro,⁴⁵⁷ mediando retribución en dinero o en especie, un lucro tangible o futuro (mediando promesa), bien para el menor o para una tercera persona allegada al menor, que puede ser realizada entre un hombre y una mujer o entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, Creus cuestiona el ánimo de lucro como un elemento constitutivo a la hora de configurar esta figura, y así señala que

no se puede decir que el lucro sea indispensable porque en él resida la deprecación de los motivos sexuales; también es una motivación depravada la de entregarse habitualmente a sujetos indeterminados, no por lucro ni en razón del propio vicio erótico, sino por otros motivos (como pueden ser las motivaciones religiosas de alguna secta), con lo cual no parece que el lucro sea típicamente indispensable, aunque no dejaría de ser una disposición relativamente académi-

⁴⁵⁵ Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I*, *cit.*, p. 235.

⁴⁵⁶ Creus, C., *Derecho penal, parte especial*, *cit.*, p. 217. Como señala este autor: “para que haya prostitución exige la doctrina que el sujeto se entregue habitualmente a la práctica sexual que puede estar constituida por acceso normales o anormales o cualquier otro modo de aproximación sexual, como el coito oral o la prestación del cuerpo para otras clases de actividades sexuales) con sujetos indeterminados”.

⁴⁵⁷ Según Muñoz Conde, “por prostitución debe entenderse el trato sexual por precio”. Véase *Derecho penal, parte especial*, *cit.*, p. 241.

ca en nuestra realidad social actual, donde normalmente la prostitución se ejerce por lucro.⁴⁵⁸

Creemos que es fundamental la existencia de ánimo de lucro para la configuración de esta figura, entendiendo por lucro “la ganancia o provecho económico que el agente espera obtener para sí por haber corrompido, prostituido o facilitado, provenga el lucro directamente de la actual o posterior actividad de la víctima o se trate de un provecho que se espera en virtud del mismo estado en que aquélla se constituye”.⁴⁵⁹ Una característica que marca la diferencia respecto a la figura de corrupción,⁴⁶⁰ la cual puede ser vista en una relación género-especie.⁴⁶¹

La conducta típica se conecta necesariamente con los verbos “promover” (instigar, inducir, determinar, impulsar, lanzar, iniciar), “favorecer” (allanar obstáculos, tutelar, amparar, proteger, propiciar, estimular o formular) o “facilitar” (auxiliar, ayudar, brindar oportunidades, hacerlo más asequible o aunar voluntades).⁴⁶² Cuando estos verbos se acompañan de reiteración y permanencia se marca una clara diferencia respecto a la figura de los abusos deshonestos.

Por lo que hace al bien jurídico tutelado, existe un punto convergente con la figura de la explotación sexual, estupro y corrupción de menores, desde que éste radica, de forma general, en “el derecho a no sufrir interferencias por parte de terceros en cuanto al *bienestar síquico y al normal y adecuado*

⁴⁵⁸ Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 218. Este autor señala que “de más está explicar que ese propósito se compatibiliza con el deseo de obtener beneficios materiales, aunque no consistan en dinero, siempre que representen la transferencia de bienes por cualquier persona y no ventajas que sólo puedan conceder determinadas personas (no se habrá prostituido la mujer que se entrega sólo a cierto personal jerarquizado de una empresa para obtener un puesto en ella o a los gerentes de los bancos de la localidad donde vive, para que le permitan girar en descubierto”. Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I, cit.*, p. 238.

⁴⁵⁹ Creus C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 220.

⁴⁶⁰ Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I, cit.*, p. 236.

⁴⁶¹ “Se considera que la corrupción ha de estimarse en una acepción conectada con la propia actividad de la prostitución, de suerte que por la práctica de ésta se produzca degradación en la formación de la personalidad del individuo del educando. Conforme a este entendimiento, la corrupción constituye una modalidad específica de la prostitución, en la que no solamente se somete a una práctica venal la sexualidad del individuo, sino que se deteriora la formación de la personalidad del mismo por efectos de la psicológica sumisión al ejercicio de la prostitución”; véase Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, cit.*, p. 334.

⁴⁶² Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I, cit.*, p. 238.

proceso de formación sexual de los mismos (en definitiva, derecho a su indemnidad sexual)”.⁴⁶³

En cuanto a los sujetos que intervienen debemos destacar la posibilidad de que tanto el hombre como la mujer realicen de manera indistinta esta conducta (sujeto activo) o la padezcan (sujeto pasivo). Así las cosas, se afirma que “aunque sea más frecuente la prostitución femenina, el tipo penal incluye como sujeto pasivo prostituido o corrompido también al varón”.⁴⁶⁴ En esta ocasión debe referirse a “personas”, como un todo indiferenciado, siempre que sean menores de edad.⁴⁶⁵

Aunado al dato de la minoría de edad es que se extraen dos notas características de esta figura, a saber, que puede haber error y que el dolo ha de extenderse al conocimiento de la edad, “habiendo admitido la jurisprudencia versión culposa por error vencible sobre la misma, aun cuando se presuma *ius tantum*... el conocimiento y la voluntad delictuales”.⁴⁶⁶

Las posiciones a adoptar frente a la figura de la prostitución en general son tres: “reglamentación, abolición y prohibición”.⁴⁶⁷ Ahora bien, contextualizando a la figura de la prostitución respecto de personas menores de edad, la posición sólo es una y unívoca: la prohibición.

El peso del consentimiento prestado en esta ocasión por el menor de edad para mantener la relación sexual, en caso de existir, es completamente irrelevante; así, su concurrencia no excluye la responsabilidad del sujeto activo.

⁴⁶³ Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial, cit.*, p. 311. Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I, cit.*, p. 236.

⁴⁶⁴ Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I, cit.*, p. 236.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 238.

⁴⁶⁶ *Idem*.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 234y 235. Este sector señala que “ninguno de los tres sistemas es óptimo, y hay que moverse en un campo de opciones entre males menores. En todo caso, interesa hacer constar que sin olvidar una cierta prostitución más o menos selecta, que se anuncia incluso en los periódicos bajo el disfraz de salas de masajes, señoritas de compañía, etcétera, en general, dedicarse a la prostitución tiene que ver con pobreza, incultura, falta de puestos de trabajo, ausencia de medicina preventiva, de educación sexual, drogadicción, etcétera, junto a la incriminación penal de conductas relacionadas con la prostitución ajena, habría que seguir una política más amplia rozando todos los temas expuestos. Y en fin, la prostitución masculina, aunque no alcance estadísticamente las dimensiones de la femenina, va adquiriendo mayores proporciones.

Dentro de las formas de ejecución, además de la consumación cabe la tentativa.⁴⁶⁸ Igualmente se afirma que “no se admite la figura del delito continuado, cometiéndose tantos delitos cuantas víctimas haya”.⁴⁶⁹

Esta figura se contempla en los códigos penales en los artículos: 142 F y 142 H de Jalisco, 202 bis de Nayarit y en el artículo 169 A de Sonora.

4. *Violación agravada por razón de la minoría de edad*

En esta ocasión la conducta implica el acceso carnal con una persona menor de edad, de cualquier sexo, mediando violencia física o moral,⁴⁷⁰ por lo que se convierte en “el delito sexual más grave, por la modalidad de la acción, cuya naturaleza elimina la voluntad de la víctima, venciendo toda resistencia”.⁴⁷¹ Como señala Lencioni, “la violación se considera un crimen violento y de los más abominables, que afecta tanto a mujeres como a hombres, adultos o niños, y que es rechazado no sólo por ciudadanos que respetan las leyes, sino incluso por los delincuentes, quienes, en las cárceles, desprecian al violador”.⁴⁷²

⁴⁶⁸ Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México, cit.*, pp. 188 y 189.

⁴⁶⁹ Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I, cit.*, p. 238.

⁴⁷⁰ Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, amparos directos 64/95, 70/95, 194/95, 124/95 y 291/95.

⁴⁷¹ Véase Tocora, Luis Fernando, *Derecho penal especial, cit.*, p. 175.

⁴⁷² Lencioni, L. J., *Los delitos sexuales. Manual de investigación pericial para médicos y abogados...*, *cit.*, pp. 42 y 45-49. Este autor señala como datos relevantes que “el delito de violación es preponderantemente en el sexo femenino... a mayor edad, disminuye la incidencia de violaciones en el hombre... debido a la mayor frecuencia de la violación en personas jóvenes, obviamente predominan los solteros... en los violados predominan los estudiantes de escuelas primaria o secundaria y las amas de casa, como lo demuestran las estadísticas de diversos países... en muchos países las víctimas son, en su mayoría, de nivel socioeconómico bajo... la bibliografía mundial nos revela que es falsa la creencia generalizada de que la mayoría de las violaciones suceden en lugares descampados... las violaciones en los hospitales son más comunes de lo que se supone: las víctimas son niños enfermos, personas inconscientes o con retardo mental... Respecto a la hora y el día en las que con más frecuencia acontecen las violaciones, las estadísticas de diversas partes del mundo señalan que es la noche... con respecto al día de la semana, también las estadísticas muestran que en los fines de semana se produce la mayor parte de las agresiones, con el mayor pico en la noche del sábado... Es una creencia generalizada de que el agresor es una persona desconocida por la víctima. Estadísticas actuales de diversos países demuestran lo contrario”.

Se requiere la existencia de violencia, la cual ha sido clasificada como física y moral, subdividiendo en aquella la efectiva (*vis absoluta*) y la tácita (*vis compulsiva*).⁴⁷³

La conducta está expresada por el término “tener acceso carnal”, del cual se ha afirmado que,

en la versión actual, la *coniunctio membrorum* significará acceso carnal, es decir, introducción del miembro masculino por la vagina, ano o boca de la víctima, que efectivamente podrá ser hombre o mujer salvo en los supuestos de violación vaginal que sólo podrá ser lógicamente una fémica.⁴⁷⁴

Ahora bien, a la hora de adjetivar esta conducta encontramos dos posturas, por un lado se afirma que la “VIOLACIÓN, ES DELITO INSTANTÁNEO Y NO CONTINUADO”⁴⁷⁵ y por otro lado se apunta que la “VIOLACIÓN. DELITO CONTINUADO”.⁴⁷⁶

Esta conducta se agrava cuando se comete sobre la persona del menor de edad desde que existe en éste una limitación natural⁴⁷⁷ para comprender el sentido del acceso carnal y es más sencillo someterla mediando fuerza o intimidación. La limitación que se presume al menor de edad es, como no podría ser de otro modo, *iuris et de iure*, por lo que no hay que reconocerla de forma casuística.⁴⁷⁸ Por lo anterior se afirma que

⁴⁷³ *Ibidem*, pp. 176 y 177. Este autor señala que la violencia física “es el despliegue de energía o fuerza física que impide, doblega o rinde la resistencia de la víctima. En la efectiva se da confrontando el respectivo despliegue de energía de la víctima que se resiste (repeliendo el cuerpo del agente, obstaculizando su acción, cerrando las piernas, etcétera). En la tácita, la víctima no emplea su energía para resistir, pues la intimidación producida en ella por la inminencia de una violencia efectiva sería, la inhibe de cualquier reacción, como cuando se le coloca un puñal sobre el cuello o un revólver sobre el cuerpo. La violencia moral ha sido definida como la amenaza seria de un mal futuro. Ella infunde un temor a la víctima que la determina a padecer sin resistencia la acción del agresor”.

⁴⁷⁴ Cobos Gómez de Linares, M. A et al., *Manual de derecho penal, parte especial I, cit.*, p. 204.

⁴⁷⁵ Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 717/89. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. IV, segunda parte-1, julio-diciembre de 1989, p. 577, Tribunales Colegiados de Circuito.

⁴⁷⁶ Amparo directo 3101/86.

⁴⁷⁷ Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, amparo en revisión 149/2002. Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1470, tribunales colegiados de circuito, tesis VI.Io.P.197 P.

⁴⁷⁸ Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 191.

la pena debe ser severa, cuando el ofendido en el delito es un menor, por considerarse que la violación cometida en niños constituye un ataque de extrema gravedad, por las tremendas consecuencias que a veces origina no sólo corporalmente sino en la moral del mismo, pues la sicología concede gran importancia a las primeras experiencias sexuales; y si éstas son prematuras, irregulares o infortunadas, suelen producir perdurables perjuicios síquicos.⁴⁷⁹

Por lo que se refiere al bien jurídico tutelado, en un contexto genérico, reiteramos que éste radica en la “libertad sexual”⁴⁸⁰ de la persona, teniendo en cuenta que ésta puede tener una doble vertiente: “positivo-dinámica” y “negativo-pasiva”.⁴⁸¹

Estamos, en definitiva, ante una agresión a la libertad sexual, la cual “se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee e impedir que otros lo hagan”.⁴⁸² Las tesis encontradas señalan que el “bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, concierne esencialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que el agente activo realiza el acto sexual, bien por la fuerza material en el cuerpo del pasivo, anulando así su resistencia”⁴⁸³ “y no por la honestidad y la castidad”.⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ Amparo directo 5255/64, sexta época, segunda parte, vol. LXXXVIII, p. 46; amparo directo 390/64, vol. LXXVI, p. 48; amparo directo 7727/62; en el vol. LXXXVIII, p. 46, esta tesis aparece bajo el rubro “Violacion, pena adecuada al delito de (legislacion del estado de Sonora)”. En el vol. LXXVI, p. 48, esta tesis aparece bajo el rubro “Violación. La pena debe ser severa cuando el ofendido en el delito es un menor”, amparo directo 4616/73; amparo penal directo 3874/47.

⁴⁸⁰ Amparo directo 5067/72. Véase *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965*, segunda parte, primera sala, tesis 298, p. 582, de rubro “Violacion, delito equiparado a la”; Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I*, cit., p. 199.

⁴⁸¹ Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, op. cit., p. 241.

⁴⁸² Creus, C., *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 190.

⁴⁸³ Amparo penal directo 8742/49. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparos directos 633/88 y 635/88.

⁴⁸⁴ Amparos directos 1416/57 y 1414/57. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparos directos 633/88, 635/88 y 3310/73, séptima época, segunda parte, vol. 49, p. 44, amparo directo 4138/72, vol. 56, p. 67; amparo directo 1698/73, sexta época, segunda parte, vol. LXXV, p. 39, amparo 8670/62, vol. LXIV, p. 30, amparo directo 1576/62, vol. LXI, p. 50; amparo directo 5614/57, vol. XIV, p. 227; amparo directo 1889/58. José Mercado Mora, 15 de agosto de 1958, unanimidad de cuatro votos, ponente Luis Chico Goerne, vol. XII, p. 180, amparo directo 3505/57. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, séptima

Contextualizando estas afirmaciones a la intervención de un menor de edad, consideramos que en esta figura el bien jurídico tutelado vuelve a ser nuevamente la “indemnidad sexual” o la “intangibilidad sexual” del menor, “la seguridad sexual y el normal desarrollo sicossexual, estos últimos tratándose de menores de edad”.⁴⁸⁵

Por lo que se refiere al peso del consentimiento, afirmamos que no media acto de manifestación del consentimiento por la persona agraviada, en concreto, del menor; ahora bien, puede ocurrir que éste lo manifestara mediante miedo insuperable, amenazas, violencia física o moral desde que el modo de actuar del agente le pudo haber orillado a su manifestación; con absoluta independencia del *porqué* y del *cómo* de su manifestación, debemos considerar que el otorgamiento del consentimiento no debe tener ningún peso a la hora de considerarlo una eximente.⁴⁸⁶

Es así que la conducta a castigar en este supuesto descansa en la presunción legal *iuris et de iure*, la cual implica afirmar la ausencia de conocimiento y voluntad de la víctima menor respecto al “acceso carnal” que se perpetra, y así la imposibilidad de prestación de un consentimiento para la materialización del mismo.⁴⁸⁷

Por lo que se refiere a los sujetos, se llegó a afirmar que la penetración que se tiene en cuenta es sólo la que se realiza con el miembro viril por lo que “no constituye violación o estupro la introducción en los orificios vaginal o anal, de otras partes del cuerpo del agente (por ejemplo, los dedos)

época, vol. 44, segunda parte, p. 66, tesis de rubro “Violación, prueba del delito de”, en el vol. LXXV, p. 39, la tesis aparece bajo el rubro “Violación, comprobación del cuerpo del delito de”, en el vol. LXIV, p. 30, la tesis aparece bajo el rubro “Violación, delito de”, en el vol. XII, p. 180, la tesis aparece bajo el rubro “Violación”, amparo directo 2957/73. Véase *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965*, segunda parte, primera sala, tesis 135 y sus relacionadas, p. 273, bajo el rubro “Estupro y violación, incompatibilidad de los delitos de”, amparo directo 2957/73. Véase *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965*, segunda parte, primera sala, tesis 135 y sus relacionadas, p. 273, bajo el rubro “Estupro y violación, incompatibilidad de los delitos de”.

⁴⁸⁵ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 350/2008.

⁴⁸⁶ Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 260.

⁴⁸⁷ *Idem*. Cfr., Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al*, *Manual de derecho penal, parte especial I*, cit., p. 207. Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparos directos 428/93, 3686/63, 8670/62, 2687/52 y 402/63. Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, octava época, amparos directos 16/90, 910/91, 204/92, 714/92 y 269/93. *Apéndice 1917-1995*, t. II, segunda parte, p. 489, tribunales colegiados de circuito, tesis 760; véase *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XII, octubre de 1993, p. 379.

o de instrumentos o mecanismos, aunque se les asigne contenido sexual”.⁴⁸⁸ La anterior afirmación supone limitar el sujeto activo al hombre y, en este sentido, implica rechazar la idoneidad de la mujer en esta categoría desde que “únicamente el hombre puede ‘acceder’ en el sentido precedentemente expuesto”.⁴⁸⁹ Sin embargo, estimamos superada esta primera idea,⁴⁹⁰ y así afirmamos que el sujeto activo así como la víctima pueden ser de cualquier sexo desde que la violación se tiene que definir como la introducción del pene en el cuerpo de la víctima, o de “cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril”⁴⁹¹ tanto por vía vaginal, anal u oral, siempre que medie violencia física o moral, intimidación o miedo insuperable. Estimamos que el considerar que sujeto *activo* puede ser tanto el varón como la mujer, se estaría dando cabida a toda clase de relaciones que impliquen acceso carnal, sean éstas de tendencia homosexual o heterosexuales, desde que lo importante es que exista una conducta que consista en penetrar cualquier objeto en un orificio corporal (vagina, boca o ano).⁴⁹²

Por último, cabe hacer breve mención a la violación cuando ésta se produce sobre un/a sexoservidor/a. En este contexto entendemos que se materializa la violación desde que es indiferente la condición de honesta que debe recaer en la persona que es objeto de esta conducta delictiva. Por ello, es “perfectamente admisible”⁴⁹³ la violación que se comete sobre un/a sexoservidor/a.

En este contexto observamos que el delito de violación es de mera actividad, cuya ejecución exige un proceso de varios actos, consecutivos y

⁴⁸⁸ Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 189. Este autor afirma que “en cuanto al sujeto pasivo... es evidente que tras las reformas de 1989 puede ser tanto la mujer como el varón, sin ningún tipo de discriminación, pues el bien jurídico protegido en este delito es hoy, sin duda alguna, la libertad sexual de la víctima”.

⁴⁸⁹ *Idem*.

⁴⁹⁰ Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, cit.*, p. 262.

⁴⁹¹ Lencioni, L. J., *Los delitos sexuales. Manual de investigación pericial para médicos y abogados, cit.*, p. 26.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 261. En este sentido se ha mencionado la dificultad de calificar de violación cuando se trata de dos mujeres desde que la esencia de esta figura radica en el acto de penetración. Sin embargo, superado que la violación implique necesariamente la penetración del miembro viril podemos afirmar que cualquier penetración en el cuerpo de otra persona, mediando fuerza, intimidación o miedo insuperable, debe constituir el tipo del delito de violación.

⁴⁹³ Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, L., *Manual de derecho penal, parte especial I, cit.*, p. 203.

concatenados que no representan compartimentos estancos, consumándose con el acto de penetración, sin necesidad de ningún ulterior resultado objetivo o material, como eyaculación o embarazo.⁴⁹⁴ Así, la violación se consuma con la *coniunctio membrorum*, sin necesidad de una completa *inmissio penis* ni mucho menos la *inmissio seminis*, bastando con la existencia de penetración.⁴⁹⁵ Por lo anterior se admite la consumación y la tentativa por estar ante una “actividad fraccionable”⁴⁹⁶ desde que la realización de actos ejecutivos de la cópula sin que se alcance la penetración, constituye el grado de tentativa.⁴⁹⁷

Ahora bien, una cosa es la figura de la violación y otra, de carácter distinto, es la corrupción de menores.⁴⁹⁸ De igual forma una cosa es la violación y otra el rapto.⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 265.

⁴⁹⁵ Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, L., *Manual de derecho penal, parte especial I...*, cit., pp. 208 y 209.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 209.

⁴⁹⁷ Creus, C., *Derecho penal, parte especial...*, cit., pp. 194 y 195. Como señala este autor “para que ésta se de no basta la mera finalidad de lograr cualquier acercamiento sexual; es necesaria la de lograr el acceso. Constituyen actos ejecutivos los inicios de las acciones de violencia o intimidación que alcancen a recaer sobre la mujer misma, directa o indirectamente (sobre terceros que la protegen, por ejemplo, o sobre aquellos que el agente utiliza como vehículo de intimidación). La tentativa puede ser imposible por falta de idoneidad del medio (por ejemplo, la amenaza inidónea), en la que caben los casos de incapacidad fisiológica del sujeto activo para llevar a cabo el acceso, siempre y cuando no se trate de una incapacidad transitoria originada en las mismas circunstancias del hecho (por ejemplo, por el cansancio derivado de la prolongada resistencia de la víctima), ya que en este último supuesto estaríamos ante la tentativa común”.

⁴⁹⁸ “Tratándose del primer ilícito el acto se ejecuta para satisfacer un deseo erótico-sexual y el segundo de ellos consiste en las maniobras inmorales tendentes a la corrupción del menor”, amparo directo 5593/71. “Cuando la violación de un impúber es singular y tiene por finalidad exclusiva la satisfacción de un deseo erótico sexual, no existe propiamente el delito de corrupción; mas cuando aquélla está inspirada en un sentimiento de venganza, para convertir al menor en homosexual, las dos figuras delictivas tienen relevancia autónoma”; amparo directo 5544/58. Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, amparo directo 778/2008.

⁴⁹⁹ “El rapto y la violación son figuras delictivas que describen una conducta antijurídica diferente, pues en tanto que en el rapto se requiere el apoderamiento por parte del sujeto o sujetos activos, de una mujer, desplazándola del ambiente familiar en que antes vivía, para incorporarla a otro medio controlado por el raptor, en la violación se requiere que el sujeto del delito atente contra la libertad sexual de la parte ofendida al imponerle la cópula, sin su consentimiento y ejerciendo violencia física o moral, además de que no importa el sexo de la víctima”, amparo directo 1047/63.

Otro elemento característico radica en que admite exclusivamente la comisión *dolosa* impidiendo por tanto la ejecución impudente.⁵⁰⁰

La figura de la violación agravada por razón de la minoría de edad se encuentra regulada en los códigos penales estatales en los artículos: 25.I de Aguascalientes; 176 de Baja California; 285 de Baja California Sur; 228 y 234 de Campeche; 386 de Coahuila; 206 de Colima; 235 de Chiapas; 172 de Chihuahua; 181 bis a quáter del Distrito Federal; 394 de Durango; 180 de Guanajuato; 140 de Guerrero; 180 de Hidalgo; 176 de Jalisco; 273 del Estado de México; 240 de Michoacán; 154 de Morelos; 260 de Nayarit; 266 de Nuevo León; 247 de Oaxaca; 267 de Puebla; 161 de Querétaro; 127 de Quintana Roo; 152 de San Luis Potosí; 180 de Sinaloa; 219 de Sonora; 150 de Tabasco; 274 de Tamaulipas; 221 de Tlaxcala; 183 de Veracruz; 315 de Yucatán⁵⁰¹ y 237 de Zacatecas.

5. *Corrupción de menores*

Los elementos característicos pueden resumirse en los siguientes rubros:

En primer lugar puede analizarse como una figura con autonomía propia, o bien puede considerarse un factor más, concurrente, en la figura del tráfico internacional de menores y de la trata de personas.

La noción implica la deformación “del sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el pasivo llega a aceptar como propia la conducta de depravación sexual”;⁵⁰² podemos distinguir entre: la promoción y el facilitamiento de la corrupción⁵⁰³ y la promoción y facilitamiento de la prostitución. Como se señala

⁵⁰⁰ Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 264.

⁵⁰¹ VIOLACIÓN EQUIPARADA. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN “DOCE AÑOS DE EDAD O MENOS” PREVISTA EN EL ARTÍCULO 315 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, amparo en revisión 260/2002.

⁵⁰² Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México*, cit., pp. 220-222, y Creus, C., *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 215.

⁵⁰³ Como anota Creus, “la corrupción se promueve en dos supuestos: cuando se incita a quien no está corrompido a que se corrompa, o sea, cuando se lo impulsa a que adopte una conducta sexual prematura o depravada; así como cuando se incita a quien ya puede considerarse corrompido a mantenerse en ese estado o aumentar la intensidad de su propia corrupción... la corrupción se facilita cuando se suministran los medios para que el sujeto pasivo que quiere corromperse lo haga, o el que ya está corrompido desarrolle las actividades propias

en los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción, se incriminan, por un lado, las conductas que atentan contra la futura libertad sexual de la persona, degradando su personalidad al pervertirla y llevarla a comercializar sus relaciones sexuales y, por otro, la explotación de la prostitución ajena.⁵⁰⁴

De conformidad con las tesis aisladas

Corromper tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que se dice corruptora la acción que deja una huella profunda en el siquismo de la víctima, torciendo el sentido natural y sano de la sexualidad; la acción corruptora deja una huella síquica de carácter deformante o perverso, turba en definitiva, aquel desarrollo que la ley tutela en su aspecto de salud sexual...⁵⁰⁵

...se entiende por corromper, inducir a un menor a modos deshonestos de vida, alterar sus normas de conducta a modo de producir su perversión, su depravación o relajando su voluntad, en cada una de esas hipótesis, va implícita la necesidad de que la acción delictiva se prolongue por más o menos tiempo, esto es, se surten estos elementos cuando sea una conducta reiterada, contumaz, como corresponde cuando de costumbres se trata.⁵⁰⁶

Se trata de conductas perversas,⁵⁰⁷ precoces, prematuras⁵⁰⁸ en el ámbito sexual donde se “procura evitar que el sujeto pasivo sufra una alteración sí-

de ese estado, manteniéndose en él o incrementándolo, o no se las impida debiendo hacerlo”, *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 215.

⁵⁰⁴ Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I...*, *cit.*, p. 200. Estos autores señalan que “el exhibicionismo o los abusos deshonestos con menores, encuentran por el contrario su más frecuente explicación en taras mentales o afectivas, que más que un reproche penal merecen un tratamiento médico”.

⁵⁰⁵ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. amparo en revisión 52/93.

⁵⁰⁶ Amparo directo 5091/55, 8 de junio de 1956, amparo directo 268/73.

⁵⁰⁷ Como atinadamente se indica: “el acto es perverso cuando en sí mismo es depravado, porque implica un ejercicio anormal de la sexualidad”. Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 216. Una crítica importante que queremos realizar en estas líneas es que el autor pone como ejemplo de acto perverso además de los coitos anormales, con manifestaciones de sadismo o masoquismo, la homosexualidad. Desde estas líneas manifestamos nuestro más profundo rechazo a que se equipare la homosexualidad con un acto perverso. El peor mal que aqueja a la sociedad es la intolerancia, la falta de respeto y de educación. Valgan estas líneas para solicitar que se deje de equiparar la homosexualidad con un delito o con una figura sexual depravada; la homosexualidad es una tendencia sexual respetable de los seres humanos, que debe ser respetada por todos.

⁵⁰⁸ Como se apunta “es prematuro cuando no está de acuerdo con el desarrollo sexual que es dable esperar de la edad de la víctima (por ejemplo, enseñanza de actos de onanismo a un niño de cinco años)”, Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 216.

quica, la cual se provoca, entre otras cosas, por la inducción a la práctica de conductas nocivas, por ejemplo, el consumo de drogas”.⁵⁰⁹

Los elementos que constituyen el delito de corrupción de menores son: a) que se trate de un menor de 18 años, b) “procurar o facilitar la corrupción”,⁵¹⁰ y c) “que el agente del delito, induzca, incite o auxilie a un menor de edad, ya sea púber o impúber, a la práctica de la mendicidad, hábitos viciosos, la ebriedad, o formar parte de una asociación delictuosa, o bien, a cometer cualquier delito”.⁵¹¹ Solicitando en alguna ocasión que “se demuestre que se causó un daño síquico a un impúber, sin que sea necesario que esto tenga repercusión en su integridad física y que, con tal conducta ilícita, se inicie al menor en la vida sexual o en otro tipo de degeneración”,⁵¹²

se caracteriza no sólo por despertar el deseo erótico, sino por la práctica de actos sexuales que prostituyan al menor, llevándolo a la repetición de ellos, no para la mera satisfacción orgánica de la función, sino en demanda de un lucro o para satisfacer deseos torpes ajenos, que constituyan un verdadero comercio carnal, procurado o facilitado por el corruptor;⁵¹³

...consisten en facilitar mediante la inducción que los menores utilicen medios deshonestos de vida o bien alteren sus normas de conducta de modo que se pueda producir o se produzca su perversión, depravación o relajamiento moral,

⁵⁰⁹ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. Competencia 25/2008. Suscitada entre el Juzgado Segundo de lo Penal del Primer Partido Judicial y el Juzgado Tercero de Distrito en Materia Penal, ambos en Jalisco.

⁵¹⁰ Amparo penal directo 886/34; amparo directo 4816/56. Quinta época, t. CXXIII, p. 1408; amparos directos 2049/50 y 4814/56. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 280/93.

⁵¹¹ Amparo directo 31/92, esta tesis fue publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. IX, junio de 1992, p. 367. Por oficio 3010 del 31 de agosto de 1992, se hizo la corrección de la palabra “trasladó” a “trasladó”.

⁵¹² Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 117/88. Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparos directos 754/89, 5608/74 y 5778/74. Sexta época, segunda parte, vol. XCV, p. 10, amparo directo 6253/63. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, segunda parte, vol. 56, p. 29, tesis de rubro “Corrupción de menores, delito de, no configurado, en caso de amenazas (legislación del estado de Michoacán)”, vol. 41, p. 16, tesis de rubro “Corrupción de menores (legislación del estado de Coahuila)”. Sexta época, segunda parte, vol. CXX, p. 22, tesis de rubro “Corrupción de menores. Interpretación del artículo 201 del Código Penal para el Distrito y territorios federales, antes de la reforma del mes de enero de 1966”, vol. XLVIII, p. 25, tesis de rubro “Corrupción de menores”, vol. XXIV, p. 32, tesis de rubro “Corrupción de menores (legislación de Michoacán)”.

⁵¹³ Amparo penal en revisión 6229/44.

entendiéndose que facilitar significa ayudar, auxiliar, contribuir, poner los medios.⁵¹⁴

Como otras formas que puede revestir incluye la realización de la práctica de actos sexuales, actos de desnudo corporal con fines siempre lascivos, la mendicidad⁵¹⁵ o la vagancia y ebriedad,⁵¹⁶ la drogadicción o el sometimiento a cualquier vicio,⁵¹⁷ así como formar parte de una asociación delictuosa o pandilla; es por lo anterior que entendemos que la figura de la corrupción de menores va más allá del plano puramente sexual.

A contrario sensu, no se configura:

[a] cuando por la escasa edad de la menor ofendida, siete años, no es posible que por su desarrollo fisiológico se inicie en la vida o la depravación sexual al no haber despertado en ella la libido y por ende la práctica voluntaria de actos sexuales prematuros...⁵¹⁸

[b] no es necesario que el activo en un momento dado tenga o no cópula con el sujeto pasivo del delito, pues basta con que haya ejecutado actos como despojar a la afectada de su ropa interior, acariciarla, etcétera...⁵¹⁹

[c] el solo tocamiento del sexo de la ofendida en una sola ocasión, no puede significar que se le haya corrompido, pues por su propia naturaleza los actos que tienden a corromper tienen que examinarse en relación a la evolución mental del sujeto pasivo, y deben procurar que dada su edad, ilustración y carácter, tales actos causen una transformación desviada en la concepción ética de su conducta y en la especie.⁵²⁰

Por lo que se refiere a los sujetos pasivos de este delito, deben ser menores de edad siendo necesario “que la menor ofendida comprenda el significado y trascendencia del acto sexual, que con ello se le despierte la libido

⁵¹⁴ Amparo directo 268/73.

⁵¹⁵ Amparo penal directo 8574/46. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito; amparo en revisión 166/95.

⁵¹⁶ Amparo penal directo 770/44; amparos directos 5022/57 y 5695/60; amparo penal en revisión 1755/45.

⁵¹⁷ Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, amparo directo 105/95. Tribunal Colegiado del Decimo Circuito, amparo en revisión 358/72, en el Informe de 1973, la tesis aparece bajo el rubro “Corrupción de menores. Existencia”.

⁵¹⁸ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 220/92. Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparo directo 754/89. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 317/87.

⁵¹⁹ Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, amparo directo 161/90.

⁵²⁰ Amparo directo 2663/61. Agapito Aguilera Rodríguez.

y por ende la práctica voluntaria de actos sexuales”.⁵²¹ Volvemos a reiterar que el sexo de la persona que es corrompida o de la persona que corrompe es indistinto a efectos de configurar esta conducta delictiva.⁵²²

En cuanto al sujeto activo, señalamos que cabe la posibilidad de que se propicie la corrupción, bien para sí o bien para otra persona,⁵²³ y puede ser cualquiera que realice alguna de las conductas descritas en los respectivos tipos; el sujeto pasivo será, para los fines de estas líneas, el menor de edad, siempre que comprenda el significado y alcance de los hechos.

Respecto a los bienes jurídicos protegidos, encontramos que éste se sitúa en “la honestidad”,⁵²⁴ “la moral pública y las buenas costumbres”,⁵²⁵ “la amplia protección del desarrollo de los menores de edad e incapaces”,⁵²⁶ esto es, “se protege la corrupción prematura a que se puede conducir a los menores”,⁵²⁷ “la moral pública y las buenas costumbres y no la pureza en el ámbito sexual personal del ofendido”.⁵²⁸ En esta tipología de delito, el bien jurídico descansa una vez más en la intangibilidad sexual de los menores desde que “se trata de proteger en el caso del menor de edad, una adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad”.⁵²⁹ Es así que se habla del “normal desarrollo del trato sexual, la reserva sexual, la preservación del pudor público, etcétera”.⁵³⁰

Al igual que en las figuras precedentes, el peso del consentimiento es nulo pues desde su origen está viciado por la falta de capacidad de entendimiento del menor sobre el alcance de sus actos.

Esta figura se regula en los siguientes códigos penales: artículo 22 de Aguascalientes; 261 de Baja California; 214 de Baja California Sur; 176-179 de Campeche; 300 a 305 de Coahuila; 154-157 bis de Colima; 327-338

⁵²¹ Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparo directo 754/89.

⁵²² Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 29/88.

⁵²³ Amparo directo 1682/67.

⁵²⁴ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 52/93; amparos directos 4868/64 y 4258/65.

⁵²⁵ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparos directos 1102/90 y 1042/90. Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 1578/2005.

⁵²⁶ Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, amparo en revisión 49/2007.

⁵²⁷ Amparo penal directo 1422/43.

⁵²⁸ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 130/89.

⁵²⁹ Muñoz Conde, F., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 241.

⁵³⁰ Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 213.

de Chiapas; 290-293 de Durango; bajo el rubro de corrupción y explotación sexual encontramos los artículos 236-239 A de Guanajuato; 142 A-142 C de Jalisco; 162 y 163 de Michoacán; 211-212 y 213 quater de Morelos; 200-202 de Nayarit; 196-201 de Nuevo León; 195, 195 bis A, 196-198 de Oaxaca; 217 y 218 de Puebla; 236-237 de Querétaro; 180-184 San Luis Potosí; 273 y 274 bis D de Sinaloa; 168 y 169 bis de Sonora; 329-333 de Tabasco; pornografía y prostitución, artículos 192-198 de Tamaulipas; 166-169 de Tlaxcala; 285-289 de Veracruz, así como corrupción, trata de menores y pornografía infantil artículos 208-213 de Yucatán.

6. Pornografía infantil

Esta figura se puede analizar de forma aislada, autónoma e independiente, o como una parte integrante de la figura de tráfico internacional de menores.

Además, esta conducta atenta contra el libre desarrollo de la personalidad y de la sexualidad de un menor; la seguridad sexual y personal del menor, la indemnidad o intangibilidad sexual, la correcta educación sexual, contra el derecho a no ser degradado sexualmente, la dignidad del menor, así como contra la privacidad de una necesaria intimidad; se apunta que “indudablemente la obscenidad y la pornografía tienen que ver con la publicidad o divulgación de la sexualidad (actos, palabras, objetos), cuando no es con fines educativos, científicos o artísticos, sino concupiscentes. Esto es lo que las legislaciones tradicionalmente han reprimido”.⁵³¹

Hilado a lo anterior sostenemos que los atentados mencionados conforman el bien jurídico tutelado en esta figura. La multiplicidad de bienes nos lleva a firmar que “no es fácil determinar cuáles sean estos bienes jurídicos. Posiblemente los menores de edad penal son titulares del derecho a una correcta educación sexual, que pueda ser deteriorada con la difusión de material pornográfico”.⁵³²

La conducta típica contempla los verbos “producir”, “fijar”, “grabar”, “videografar”, “fotografiar”, “publicar”⁵³³ o “filmar”; una amalgama que con-

⁵³¹ Véase Tocora, L. F., *Derecho penal especial, cit.*, p. 171.

⁵³² Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, cit.*, p. 319.

⁵³³ Creus, C., *Derecho penal, parte especial...*, *cit.*, p. 242, y agrega: “los libros, escritos, imágenes u objetos deben ser obscenos, lo cual requiere que objetivamente la obra tenga un sentido obsceno... Como dijimos, no basta la intención del autor de otorgarle ese sentido si no ha conseguido plasmarlo en su obra; pero parece exagerado reclamar una ‘tendencia total’ de la obra a lo obsceno, lo cual puede ser exacto con relación a algunos de los objetos enuncia-

llevan una regulación completa y necesaria de esta figura; en otras palabras, supone producir o reproducir imágenes de actos de exhibicionismo corporal, de naturaleza sexual o lascivos, o incluso la reproducción de la voz de un menor (o incapaz), sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio (Internet) en las que se manifiesten actividades sexuales o eróticas, explícitas o no, reales o simuladas. Como se señala

junto a la difusión *stricto sensu*, las acciones de vender y exhibir comportan en sentido genérico una forma de difundir, que es caracterizada, bien por la posibilidad contractual de adquisición de material mediante la compraventa del mismo, bien por la exhibición de éste, en una modalidad tácita pero eficaz de difusión de un material de esta índole.⁵³⁴

La reforma de 25 de noviembre de 2003 española tipificó el delito de *tráfico de pornografía infantil virtual*. Esta figura consiste en la utilización indirecta de menores e incapaces para estos fines mientras que en la figura de tráfico de *pornografía infantil real* la utilización de los menores se produce de manera directa y obvia. Como señala Muñoz Conde en el caso de la pornografía infantil virtual, “ni siquiera es afectada la indemnidad sexual de un menor o incapaz, castigándose directamente la pura alteración gráfica o auditiva, lo que literalmente interpretado puede llevar a la punición de la utilización de imágenes virtuales sin ninguna base real”.⁵³⁵

La manifestación del consentimiento es completamente irrelevante para la configuración del tipo. Puede mediar lucro o no; así, no es imprescindible la existencia de ánimo de lucro para configurar este tipo penal.

Por lo que se refiere a los sujetos, cabe mencionar que el autor material incluye una amplia variedad de sujetos activos, a saber, a quien produzca, fije, grabe, videograbado, fotografíe o filme y ejecute por los medios mecánicos la producción o reproducción de imágenes de naturaleza sexual; a quien reproduzca, publique, publicite, distribuya, difunda, exponga, envíe, transmita, importe, exporte o comercialice de cualquier forma dichas imágenes o voces; a quien ofrezca, posea o almacene intencionalmente para cualquier

dos (imágenes, esculturas, etcétera), pero no a todos, como los libros o escritos, que pueden fragmentarse (un libro puede perfectamente contener un pasaje obsceno, véase, por ejemplo, el *Asno de oro de Apuleyo*) y no cabe duda de que el fragmento obsceno puede perfectamente atacar el bien jurídico protegido, aunque la tendencia general de la obra no sea ésa”.

⁵³⁴ Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 318.

⁵³⁵ Muñoz Conde, F., *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 246.

fin, dichas imágenes o voces y a quien financie, dirija, administre o supervise cualquiera de las actividades anteriores con la finalidad de que se realicen las conductas previstas. Es por ello que atendiendo a los sujetos activos esta figura puede retomar la calidad de unipersonal o pluripersonal; por lo que se refiere a los sujetos pasivos éstos, a efectos de configurar el tipo, necesariamente han de ser menores de edad. Por la cualidad del sujeto pasivo debemos mencionar que se trata de sujeto pasivo y especial cualificado por la minoría de edad.

Según la forma de intervención en el tipo se admite todas las formas de autoría y participación. El elemento subjetivo del tipo de injusto es doloso.

Por su grado de ejecución estamos ante un delito que debe admitir, además del grado de comisión, el grado de tentativa. Según su forma de persecución señalamos que es un tipo penal que se persigue de oficio.⁵³⁶

Se encuentra estipulado en los códigos penales, en los artículos 157 bis-157 bis 5 de Colima; artículo 185 de Chihuahua; artículos 187 y 188 del Distrito Federal; artículos 294-296 de Durango; artículos 218 bis y 218 bis I de Guerrero; artículo 142 D de Jalisco; artículos 164-166 de Michoacán; artículos 201 bis y 201 bis 2 de Nuevo León; artículo 195 bis de Oaxaca; artículos 219 y 220 de Puebla; artículo 239 bis de Querétaro; artículos 273-274 bis D de Sinaloa; artículo 334 bis de Tabasco; corrupción, pornografía y prostitución artículos 192-198 de Tamaulipas; artículos 290 y 291 de Veracruz; corrupción, trata de menores y pornografía infantil artículos 208-213 de Yucatán, así como utilización de imágenes y voz de personas menores o de personas que no tienen la capacidad para comprender el significado de los hechos para la pornografía en los artículos 183-186.

Los instrumentos convencionales que encontramos ratificados a la fecha por México son:

1. Acuerdo relativo a la represión de la circulación de las publicaciones obscenas.⁵³⁷

⁵³⁶ Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México*, cit., pp. 231 y 232.

⁵³⁷ Ámbito de aplicación material. Represión de la circulación de las publicaciones obscenas. Ámbito de aplicación personal. No limita por edad ni género su aplicación. Ámbito de aplicación temporal. Se firmó en París el 4 de mayo de 1910, con entrada en vigor internacional el 7 de agosto de 1924. El Convenio entró en vigor a los seis meses después de la fecha del depósito de las ratificaciones. México lo aprobó por el Senado el 27 de diciembre de 1946, pero no se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación, la vinculación de México se realiza conforme al artículo X de la Convención del 12 de septiembre

2. Protocolo que enmienda el Acuerdo para la Represión de la Circulación de Publicaciones Obscenas, firmado en París el 4 de mayo de 1910.⁵³⁸
3. Convención para la represión de la circulación y el tráfico de publicaciones obscenas.⁵³⁹
4. Protocolo que modifica la Convención para la represión de la circulación y el tráfico de publicaciones obscenas.⁵⁴⁰

7. Turismo sexual

Estamos ante un tipo penal de creciente importancia y difusión. Su indeseable incremento se ve favorecido, a nuestro entender, por dos factores: el primero lo situamos en los medios de transporte que hoy en día comunican a los Estados de manera ágil y que permite a las personas una movilización rápida y sin límites; el segundo lo situamos en los vacíos (o ambigüedades) legales que encontramos en algunos Estados respecto a la tolerancia (social, cultural o incluso económica) hacia el turismo sexual. Como bien señala Fumarulo:

de 1923, la entrada en vigor para México sería el 9 de enero de 1948 y la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 11 de marzo de 1948.

⁵³⁸ Ámbito de aplicación material. Represión de la Circulación de Publicaciones Obscenas. Ámbito de aplicación espacial. Estados miembros y no miembros de Naciones Unidas. Ámbito de aplicación temporal. Se firma en París el 4 de mayo de 1910, con entrada en vigor internacional el 1o. de marzo de 1950, según el artículo 5o., este Protocolo entró en vigor en la fecha en que dos o más Estados consintieran comprometerse con él. En México, se aprueba por el Senado el 27 de diciembre de 1950, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 22 de junio de 1951, se vincula México mediante aceptación el 22 de julio de 1952, entra en vigor el 22 de julio de 1952 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 8 de diciembre de 1952.

⁵³⁹ Ámbito de aplicación material. Represión de la Circulación de Publicaciones Obscenas. Ámbito de aplicación temporal. Firmado en Ginebra el 12 de septiembre de 1923, con entrada en vigor internacional el 7 de agosto de 1924. México lo aprueba por el Senado el 27 de diciembre de 1946, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 13 de febrero de 1947, la vinculación de México se realiza por adhesión el 9 de enero de 1948, la entrada en vigor para México es de 9 de enero de 1948 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 11 de marzo de 1948.

⁵⁴⁰ Ámbito de aplicación material. Represión de Circulación y Tráfico de Publicaciones Obscenas. Ámbito de aplicación temporal. Se firma en Lake Success, Nueva York, el 12 de noviembre de 1947 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de diciembre de 1953.

lamentablemente, los menores en muchos países del mundo son víctimas de delitos graves que van desde el tráfico de seres humanos, para alimentar el mercado de tráfico de órganos, hasta la prostitución, donde el turismo sexual representa una fuente de ganancia significativa que alienta la expansión de los mercados de tráfico manejados a través de actividades de la delincuencia organizada.⁵⁴¹

El turismo sexual debe abarcar tanto la comisión, la permisón, la promoción publicitaria por cualquier medio (electrónico o impreso) como la incitación o invitación, facilitación o gestión de los actos que configuren o supongan turismo sexual; contextualizado en el Distrito Federal se afirma que comete este delito el que ofrezca, promueva, publicite, invite, facilite o gestione, por cualquier medio, a que una persona viaje al interior o al exterior del Distrito Federal con este propósito.

El bien jurídico tutelado vuelve a ser el libre desarrollo de la personalidad y de la sexualidad de un menor, la seguridad sexual y personal del menor, la indemnidad o intangibilidad sexual, la correcta educación sexual, el derecho a no ser degradado sexualmente, la dignidad de la persona así como la privacidad e intimidad.

Esta figura abarca, al igual que la anterior, no sólo los actos sexuales reales sino también los simulados.

Debe admitir todas las formas de autoría y por su grado de ejecución admite la tentativa.

Atendiendo a los sujetos puede ser unipersonal o pluripersonal (incluye tanto a quien los realice como a quienes los presencie).

Por lo que hace al sujeto activo, éste puede ser indistintamente hombre o mujer; no cabe en este sentido diferenciar por razón de sexo. Por lo que hace al sujeto pasivo estamos nuevamente, por la cualidad de éste, ante un sujeto cualificado desde que debe estar implicado un menor de edad;

Según su forma de persecución, se persigue de oficio; según la gravedad del tipo expresada en la ley será un delito grave.⁵⁴²

Esta figura se regula en los códigos penales estatales en los artículos 262 a 263 de Baja California; 186 del Distrito Federal y 165 y 166 de Michoacán.

⁵⁴¹ Fumarulo, S., “Menores y delincuencia organizada”, en Roemer, A. y Buscaglia, E., *Terrorismo y delincuencia organizada, un enfoque de derecho y economía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 151 y 152.

⁵⁴² Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México, cit.*, pp. 235 y 236.

8. *Lenocinio*

Esta conducta delictiva consiste, *a grosso modo*, en el acto de mediar, de ser intermediario, entre dos o más personas, con el objetivo de que una de ellas facilite su cuerpo para actividades lascivas. Esta conducta delictiva concurre cuando

se administre un lugar expresamente destinado a explotar la prostitución, no la práctica de la libertad sexual, o que se obtenga cualquier beneficio de los productos del comercio carnal, debiéndose entender esto último, en el sentido de que el beneficio obtenido sea producto del acto carnal mismo y no por otro concepto, como es el derivado de alquilar cuartos a parejas, siempre que el administrador no dé participación del mismo a las mujeres ni éstas entreguen dinero a aquél, del producto de sus actividades.⁵⁴³

La simple renta de cuartos no siempre contiene los elementos necesarios para configurar este delito desde que ésta se puede hacer con absoluto desconocimiento por parte del arrendador.⁵⁴⁴ Ahora bien, esta afirmación adquiere otro matiz cuando es conocido el propósito y fin de la renta de cuartos y ello conlleva un ánimo de lucro.⁵⁴⁵ Por lo anterior es importante que se obtenga un lucro con la explotación, o inducción,⁵⁴⁶ sexual (prostitución) de una tercera persona.⁵⁴⁷ Este ánimo de lucro supone un acercamiento de esta conducta con la prostitución.

Tiene el carácter de delito instantáneo⁵⁴⁸ y admite todas las formas de autoría.

El bien jurídico tutelado en esta figura vuelve a centrarse en “la indemnidad sexual”, en “el libre desarrollo de la personalidad”, “la libertad sexual”, “la seguridad personal” y “la salud del menor”.

⁵⁴³ Quinta época, amparos en revisión 4155/44, 750/45, 8/45, 9228/45 y 9178/45. *Apéndice 1917-1995*, t. II, primera parte, p. 112, primera sala, tesis 198.

⁵⁴⁴ Amparo penal directo 5244/50. Segundo Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, amparo directo 531/89. Véase *Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1985*, segunda parte, p. 313, amparo penal directo 5919/49, quinta época, t. LXXX, p. 3547; amparo penal directo 4892/43.

⁵⁴⁵ Amparos penales directos 1308/51 y 6217/49; amparos penales en revisión 740/45 y 9178/45; amparo directo 3695/57. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo directo 609/96. Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparo directo 82/89.

⁵⁴⁶ Amparo penal directo 2598/45.

⁵⁴⁷ Amparo en revisión 750/45; amparo penal en revisión 4155/44; amparo directo 7174/60. Amparos penales directos 2578/34, 951/47 y 8178/48.

⁵⁴⁸ Amparo penal directo 6119/45, 17 de julio de 1954.

Según la cualidad del autor o sujeto activo éste debe ser un autor común desde que cualquiera puede explotar a una persona (el proxeneta, el rufián o el personaje de la celestina), hombre o mujer.

Por el número de personas que intervienen estimamos que puede ser unipersonal o pluripersonal y admite la coparticipación;⁵⁴⁹ por el grado de ejecución esta figura admite tanto el grado de comisión como el de tentativa. Según su forma de persecución, se persigue de oficio; de acuerdo con la gravedad del tipo expresada en la ley, será un delito grave.⁵⁵⁰

Se contempla en los Códigos penales, en los artículos: 264-268 bis de Baja California; 215-218 de Baja California Sur; 180-182 de Campeche; 306-308 de Coahuila; 158-160 de Colima; 339-343 de Chiapas; 201 de Chihuahua; 189 y 190 del Distrito Federal; 297-299 de Durango; 240 A de Guanajuato; 218 de Guerrero; 271 y 272 de Hidalgo; 139-141 de Jalisco; 209 y 210 de México; 167 de Michoacán; 213 bis de Morelos; 203 de Nayarit; 202-204 de Nuevo León; 199-201 de Oaxaca; 226 y 227 de Puebla; 238 de Querétaro; 193 de Quintana Roo; 186-188 de San Luis Potosí junto con la figura de trata de personas; 275 de Sinaloa; 172-174 de Sonora; 199-201 de Tamaulipas; 170-172 de Tlaxcala; y trata de personas, 292 y 293 de Veracruz; lenocinio y trata de personas, 214-216 de Yucatán y 187-189 de Zacatecas.

9. Trata de personas

Esta figura es la que tiende a generar mayor confusión con la sustracción. Tan es así, que a veces se utilizan de forma indistinta, confundiendo dos figuras totalmente diferentes.

De conformidad con Rodríguez Martínez, “normalmente se habla indistintamente de tráfico de personas y trata de personas como sinónimos, sin embargo, son dos conceptos que es necesario diferenciar”.⁵⁵¹ Tras una cuestión semántica advertimos que se encierra una cuestión de fondo que justifica y amerita el que abordemos dicha diferencia. Ahora bien, cabe hacer una

⁵⁴⁹ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 1726/90. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VII, junio de 1991, p. 316, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.3o.P. 21 P.

⁵⁵⁰ Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México*, cit., pp. 238-241.

⁵⁵¹ Rodríguez Martínez, E., “Tráfico de migrantes y trata de personas: crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”, *Jurídica, Revista de la Universidad Iberoamericana*, en prensa.

doble diferenciación, la primera desde la óptica del DIPr y la segunda desde la óptica del derecho humanitario.

Por lo que hace a la primera arista, la *ius internacional privatista*, afirmamos que la delimitación entre la trata de personas y el tráfico internacional de menores se justifica por la existencia de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores. El punto convergente entre estas figuras se encuentra en la finalidad y en el elemento volitivo que ambas persiguen, esto es, la explotación sexual, laboral y la remoción de órganos. Es por lo anterior que ambas conductas tienen cabida en la categoría de los denominados “delitos sexuales”. El punto divergente se encuentra, en primer lugar, en que la figura de la trata de personas puede ser indistintamente nacional o internacional, mientras que el tráfico de menores siempre es internacional al requerir un forzoso y necesario cruce de fronteras. Así, la acción consiste en promover la entrada o salida del país del sujeto pasivo; se afirma, en este contexto, que “promueve el que por propia iniciativa organiza o toma a su cargo la tarea de hacer entrar o salir del país al sujeto pasivo; facilita el que presta una ayuda o colaboración en la obra de un tercero emprendida con esa finalidad”.⁵⁵² En segundo lugar, se asienta que la trata de personas incluye a personas mayores y menores de edad mientras que el tráfico internacional se comete siempre teniendo como sujetos pasivos a los menores de edad; así, en forma resumida podemos ver que mientras la trata de personas es el género por la amplitud de su configuración, el tráfico internacional de menores viene a ser la especie por la reconducción en la configuración de sus elementos constitutivos.

Por lo que hace a la arista del derecho humanitario, siguiendo muy de cerca a Rodríguez Martínez, podemos cifrar las diferencias entre la trata (de personas) y el tráfico (de migrantes) en los siguientes seis aspectos: a) consentimiento; b) transnacionalidad; c) explotación; d) transportación; e) género, y f) beneficio.⁵⁵³

⁵⁵² Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 237.

⁵⁵³ Consentimiento: “en la trata de personas las víctimas son engañadas, coaccionadas o aún obligadas; en el tráfico de personas, las víctimas siempre consienten en ser traficadas”.

Transnacionalidad: “la trata de personas no conlleva necesariamente al traslado físico de las víctimas de un Estado a otro, a veces ni siquiera de una localidad a otra en el mismo país; en cambio, el tráfico de migrantes es por naturaleza propia de carácter transnacional”.

Explotación: “en la trata de personas, los tratantes tienen y mantienen un control sobre las víctimas con la finalidad de explotarlos laboral, comercial o sexualmente para la obtención de beneficios ilícitos; en tanto que en el tráfico de migrantes no existe ningún control de los traficantes sobre las personas una vez que se llega al país de destino, y es indiferente para el traficante la actividad que vayan a desempeñar las personas traficadas”.

Esta diferenciación multifactorial se puede extraer del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.⁵⁵⁴

Por lo que hace a los sujetos, el término “personas tratadas” se refiere a quienes son mantenidas en trabajo forzado, esclavitud o servidumbre en, entre otros, fábricas, fincas, burdeles y casas o lugares destinadas a estos efectos. Otros términos que pueden ser utilizados son “persona sujeto de la trata”, “persona objeto de la trata” o “víctimas de trata”.

La definición de esta figura debe pasar necesariamente por cuatro instrumentos internacionales, a saber: a) el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; b) el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; c) la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, y d) el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

De conformidad con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños,⁵⁵⁵ concretamente de su artículo 3o., podemos extraer las siguientes notas.

Transportación: “en el tráfico, la transportación de las personas siempre es de forma ilícita pues se realiza de forma clandestina; en tanto, que en la trata, la transportación de las víctimas no necesariamente ha de ser clandestina o ilícita”.

Género: “el tráfico de migrantes implica mayoritariamente a hombres; en tanto que en la trata de personas sus víctimas fundamentales son mujeres, niñas y niños y en menor grado víctimas masculinas, pues abusan de su grado de vulnerabilidad”.

Beneficio: “en el tráfico de migrantes el dinero es un factor intrínseco en el traslado; en tanto que en la trata de personas el dinero para el traslado no es un factor importante sino someter a la persona a una deuda económica que la fuerce a ser explotada”. Rodríguez Martínez, E., “Tráfico de migrantes y trata de personas: crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”, *cit.*, en prensa.

⁵⁵⁴ La entrada en vigor internacional se produce el 28 de enero de 2004. Se firma por México el 13 de diciembre de 2000; se aprueba por el Senado el 22 de octubre de 2002; se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 27 de noviembre de 2002; la vinculación de México se produce por ratificación el 4 de marzo de 2003; la entrada en vigor para México se produce el 20 de enero de 2004 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 10 de abril de 2003.

⁵⁵⁵ La entrada en vigor internacional es el 25 de diciembre de 2003. México lo firma el 13 de diciembre de 2000; se aprueba por el Senado el 22 de octubre de 2002; se publica en el *DOF* para su aprobación el 27 de noviembre de 2002; México se vincula por ratificación el 4

En primer lugar, por lo que hace a la actividad, debemos mencionar que engloba “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas”; observamos la supresión de la necesidad de demostrar que las amenazas, la coacción o el fraude, son usadas para introducir a una persona a una situación de trata. Los términos “abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad” aclaran que la trata puede ocurrir sin mediar fuerza.

En segundo lugar, se destaca que el “medio” para mover a alguien a una situación de trata no es importante, pero el proceso de movilizar gente de un lugar a otro para retenerlos, someterlos a trabajo forzados o a la esclavitud son elementos constitutivos en la configuración de este crimen.⁵⁵⁶ Es por ello que en cuanto a los medios se puede cometer recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o una situación de vulnerabilidad para obtener el consentimiento de la persona; no es necesario el consentimiento de la persona desde que la trata puede materializarse aún contra su voluntad. Aun cuando la persona consienta en el trato recibido, dicho consentimiento se hace bajo coacción, por lo que lo vuelve irremediamente nulo.

Como tercera nota podemos ver que como consecuencia de la cláusula abierta la definición ofrecida por este artículo cubre todas las formas de trata (desde la mendicidad forzada, el trabajo doméstico o agrícola forzado hasta la prostitución). La finalidad que persigue esta figura consiste en la explotación de las personas, “la cual puede ser sexual (prostitución, pornografía, u otras formas de explotación sexual) o laboral (trabajos o servicios forzados, esclavitud, servidumbre o extracción de órganos)”.⁵⁵⁷

Como cuarta nota se afirma que las personas pueden ser víctimas a través de alguien cercano (padre, esposo, etcétera). En estas situaciones las personas quedan impedidas desde el punto de vista cultural o legal a rehusarse y entonces “se someten” a una indeseable situación.

Como quinta nota podemos mencionar que los términos “explotación de la prostitución ajena” y la “explotación sexual” pasan a engrosar la lista de conceptos jurídicos indeterminados convencionalmente, de forma dolosa, intencional. Ahora bien, si los gobiernos incorporan estas figuras a sus legislaciones de origen interno, autónomo, deberán dar contenido y definición a ambas figuras. Lo que sí se advierte es que el Protocolo no toma

de marzo de 2003; entra en vigor para México el 25 de diciembre de 2003 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 10 de abril de 2003.

⁵⁵⁶ <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3556.pdf>.

⁵⁵⁷ Rodríguez Martínez, E., “Tráfico de migrantes y trata de personas: crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”, *cit.*, en prensa.

ninguna posición sobre el tratamiento dado al trabajo sexual voluntario de una persona adulta y, explícitamente, deja su tratamiento legal a la discreción de cada gobierno.

De conformidad con el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, concretamente de su artículo 3o., las notas que se extraen se resumen en los siguientes rubros:

A) actividad: la facilitación de la entrada de las personas de su país de origen al país de destino, aun cuando para llegar al país de destino deban pasar por otros países (países de tránsito). B) medios: el medio empleado es irrelevante para efectos del Protocolo, lo importante es la acción y la finalidad de la misma. Los medios empleados pueden variar y consistir, por ejemplo, en la falsificación de documentos migratorios, corrupción de agentes migratorios, esconder a las personas objeto de tráfico en los vehículos en los que habrán de cruzar las fronteras. C) finalidad: existe una finalidad de lucro, pues los traficantes buscan “obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.⁵⁵⁸

De conformidad con la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, concretamente en su artículo 2, “b) “Tráfico internacional de menores” significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos”.

Siguiendo el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía,⁵⁵⁹ concretamente su artículo 2,

a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; b) por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; c) por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explí-

⁵⁵⁸ Rodríguez Martínez, E., “Tráfico de migrantes y trata de personas: crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”, *cit.*, en prensa.

⁵⁵⁹ La entrada en vigor internacional se da el 18 de enero de 2002; la firma por México es de 7 de septiembre de 2000; la aprobación por el Senado es de 10 de diciembre de 2001; se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 16 de enero de 2002; México se vincula por ratificación el 15 de marzo de 2002; entra en vigor para México el 15 de abril de 2002 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 22 de abril de 2002.

tas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Por lo que se refiere al bien jurídico tutelado creemos necesario diferenciar sus tres aristas y atribuir de forma contextualizada su cobertura.

- De la explotación sexual señalamos que tratan de proteger la salud de la persona, la libertad sexual, su libre desarrollo, incluyendo su libre elección así como, una vez más, la indemnidad sexual o intangibilidad de un menor. Como señala Creus: “se considera que aquí también hay un atentado a la moralidad sexual en lo que hace al normal desarrollo de la sexualidad”.⁵⁶⁰
- En la explotación laboral el bien jurídico tutelado sería el desarrollo integral del menor, su formación e integración al mundo laboral con la edad y herramientas necesarias para un correcto desenvolvimiento, así como la salud.
- Por lo que se refiere a la arista de la remoción de órganos el bien jurídico tutelado podría cifrarse en la integridad corporal de la persona, en la salud.

Admite todas las formas de autoría y participación; por su grado de ejecución admite la tentativa. Según la cualidad del autor estamos ante un autor común desde que cualquiera puede explotar, laboral o sexualmente a una persona o bien atreverse a removerle los órganos.

Por el número de sujetos que intervienen esta figura puede ser unipersonal o pluripersonal. Por la cualidad del sujeto pasivo, a los fines de estas líneas, señalamos que éste es cualificado al tratarse de un menor de edad; ahora bien, de forma general puede ser un sujeto pasivo común o indiferenciado cuando se trate de personas mayores.

En este punto queremos hacer un alto para reflexionar sobre el término “trata de blancas” utilizado por las convenciones. Como bien señala Rodríguez Martínez, este concepto

se utilizaba para hacer referencia a la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, para servir como prostitutas o concubinas generalmente en países árabes, africanos o asiáticos. En ese momento surgieron las primeras hipótesis en

⁵⁶⁰ Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 236.

torno a que dichos movimientos eran producto de secuestros, engaños y coacciones sobre mujeres inocentes y vulnerables con el objeto de explotarlas sexualmente.⁵⁶¹

Si bien la utilización del término “trata de blancas” hay que contextualizarlo a la época en la que se redactaron estos instrumentos convencionales, debemos dejar asentado lo afortunado de su superación actual.

Se persigue de oficio. Según la gravedad del tipo será un delito grave.⁵⁶²

Los instrumentos convencionales que se destinan a regular este fenómeno en México se pueden enumerar en los siguientes:⁵⁶³

1. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.⁵⁶⁴ En este instrumento encontramos el siguiente listado de artículos: 19, 32, 33, 34, 35 y 36.
2. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ Rodríguez Martínez, E., “Tráfico de migrantes y trata de personas: crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”, *cit.*, en prensa.

⁵⁶² Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México...*, *cit.*, pp. 247 y 248.

⁵⁶³ Como bien señala Rodríguez Martínez, “se estima que entre 1815 y 1957 se aprobaron cerca de 300 acuerdos internacionales con el fin de suprimir la esclavitud en todas sus formas, entre los cuales se incluye la Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas de 1910, la Declaración relativa a la Abolición Universal del Comercio de Esclavos de 1915, la Convención sobre la Esclavitud de 1926, la Convención para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949, y la Convención Adicional sobre la Abolición de la Esclavitud, el Comercio de Esclavos y de instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956”. De esa fecha a la actualidad no han parado de redactarse convenios con la misma temática y fin. Véase Rodríguez Martínez, E., “Tráfico de migrantes y trata de personas: crimen organizado transnacional y el derecho a pedir refugio”, *cit.*, en prensa.

⁵⁶⁴ Su entrada en vigor internacional se produce el 2 de septiembre de 1990. Para México se firma el 26 de enero de 1990, se aprueba por el Senado el 19 de junio de 1990, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 31 de julio de 1990, México se vincula por ratificación el 21 de septiembre de 1990, entra en vigor el 21 de octubre de 1990 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 25 de enero de 1991.

⁵⁶⁵ Este Protocolo se firma en Nueva York el 25 de mayo de 2000. Su entrada en vigor internacional se produce el 18 de enero de 2002. Para México se firma el 7 de septiembre de 2000, se aprueba por el Senado el 10 de diciembre de 2001; se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 16 de enero de 2002; México se vincula por ratificación el 15 de marzo de 2002; la entrada en vigor para México se da el 15 de abril de 2002 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 22 de abril de 2002.

3. Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, firmado en París, el 18 de mayo de 1904, enmendado por el Protocolo firmado en Nueva York el 4 de mayo de 1949.⁵⁶⁶
4. Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, firmado en París el 4 de mayo de 1910, enmendado por el Protocolo suscrito en Nueva York el 4 de mayo de 1949 (artículos 1o. y 2o.).⁵⁶⁷
5. Convención internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores.⁵⁶⁸
6. Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y protocolo final (artículos 1o., 3o., 8o., 9o. y 10).⁵⁶⁹
7. Convención Internacional relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ Su entrada en vigor internacional se da el 21 de junio de 1951. México lo aprueba en el Senado el 29 de diciembre de 1954, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 28 de febrero de 1955, la vinculación de México es por adhesión el 21 de febrero de 1956, entra en vigor el 21 de agosto de 1956 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 20 de junio de 1956.

⁵⁶⁷ Su entrada en vigor internacional es el 14 de agosto de 1951. México lo aprueba por el Senado el 29 de diciembre de 1954, lo publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 28 de febrero de 1955, se vincula por adhesión el 21 de febrero de 1956, entra en vigor para México el 21 de agosto de 1956 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 20 de junio de 1956.

⁵⁶⁸ Se firma en Ginebra el 30 de septiembre de 1921; la entrada vigor internacional se rige por la Convención del 21 de marzo de 1950. La vinculación de México se produce por adhesión el 10 de mayo de 1932; la aprobación por el Senado se realiza el 13 de septiembre de 1933; se publica en el *Diario Oficial de la Federación* —para su aprobación— el 17 de octubre de 1933, y para su promulgación el 25 de enero de 1936; la entrada en vigor para México es el 21 de mayo de 1956.

⁵⁶⁹ Se firma en Nueva York el 21 de marzo de 1950, con entrada en vigor internacional el 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24, el Convenio entrará en vigor 90 días después de la fecha de depósito del segundo instrumento, ratificación o adhesión. México lo aprueba por el Senado el 29 de diciembre de 1954, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 28 de febrero de 1955, México se vincula por adhesión el 21 de febrero de 1956, entra en vigor el 21 de mayo de 1956 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 19 de junio de 1956.

⁵⁷⁰ Fue firmado en Ginebra el 11 de octubre de 1933, con entrada en vigor internacional de 24 de agosto de 1934, de conformidad con el artículo 8, la Convención entrará en vigor 60 días después de que el secretario general de la Sociedad de Naciones haya recibido dos ratificaciones o adhesiones. México lo aprueba por el Senado el 28 de diciembre de 1937, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* —para su aprobación— el 9 de marzo de 1938, y para su promulgación el 21 de junio de 1938; la vinculación de México se da por adhesión el 3 de mayo de 1938, entra en vigor para México el 2 de julio de 1938.

8. Protocolo que enmienda la Convención para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños, concluida en Ginebra el 30 de septiembre de 1921 y la Convención para la Supresión del Tráfico de Mujeres Mayores de Edad, concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933.⁵⁷¹
9. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (artículo 2o.).⁵⁷²
10. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.⁵⁷³

En este rubro no podemos finalizar sin comentar el decreto por el que se aprueba el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (2010-2012), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de enero de 2011. De manera general queremos resaltar los objetivos perseguidos por este Programa: 1: conocer el contexto actual en materia de trata de personas así como sus causas y consecuencias en el país; 2: prevenir el delito de trata de personas y transformar el contexto de los patrones culturales de tolerancia hacia la explotación sexual, laboral y demás conductas vinculadas al mismo; 3: coadyuvar en el mejoramiento de la procuración de justicia en materia de trata de personas; 4: proporcionar una atención integral y de calidad a las personas en situación de trata, así como a familiares y testigos.

⁵⁷¹ Se firma en Nueva York el 12 de noviembre de 1947, con entrada en vigor internacional el 12 de noviembre de 1947, es decir, entrará en vigor en la fecha en que sean parte en él dos o más Estados. Se firma por México el 12 de noviembre de 1947, se aprueba por el Senado el 30 de diciembre de 1948, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 7 de marzo de 1949, se vincula México mediante ratificación el 17 de agosto de 1949, entra en vigor para México el 12 de noviembre de 1947 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 19 de octubre de 1949.

⁵⁷² Se firma en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 y entra en vigor internacionalmente el 5 de marzo de 1995; la firma por México es el 4 de junio de 1995, la aprobación por el Senado se produce el 26 de noviembre de 1996, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de diciembre de 1996, México se vincula por ratificación el 12 de noviembre de 1998, entrada en vigor para México el 12 de diciembre de 1998 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* del 19 de enero de 1999.

⁵⁷³ Este Protocolo se firma en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y entra en vigor internacionalmente el 25 de diciembre de 2003; respecto a México se suscribe el 13 de diciembre de 2000, se aprueba por el senado el 22 de octubre de 2002; se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación el 27 de noviembre de 2002; México se vincula por ratificación el 4 de marzo de 2003; entra en vigor el 25 de diciembre de 2003 y se publica en el *Diario Oficial de la Federación* para su promulgación el 10 de abril de 2003.

La regulación de la figura de tráfico en los distintos códigos penales lo encontramos en los siguientes artículos: 34 de Aguascalientes; 238 y 238 bis de Baja California; 233 y 234 de Baja California Sur; 166 y 167 de Chihuahua; 365 y 366 para tráfico de menores y 367-371 para tráfico de órganos del Código Penal de Durango; 220 de Guanajuato; 191 de Guerrero; 234-238 de Hidalgo; 219 y 220 del Estado de México; 229 bis-232 de Michoacán; 204 de Morelos; 265 de Nayarit; 348 bis de Oaxaca; 283 y 284 de Puebla; 213 de Querétaro; 172 de Quintana Roo; 140 y 141 de San Luis Potosí; 243 de Sinaloa; 301 B a I de Sonora; 211-214 de Tabasco; 318 bis de Tamaulipas; 243 y 244 de Veracruz y corrupción, trata de menores y pornografía infantil, 208-213 y 224 de Yucatán.

Por lo que se refiere a la delimitación entre sustracción y tráfico internacional de menores podemos mencionar que los puntos convergentes están:

1. En primer lugar, en el elemento subjetivo de la relación jurídica, esto es, en quien comete el hecho. En este sentido hablamos indistintamente que son los propios padres quienes pueden llevar a cabo bien la conducta de la sustracción o del tráfico internacional de menores.
2. En segundo lugar, destacamos que en ambas figuras se trata de proteger al menor, de ensalzar el “interés superior del menor”, dejando en segundo plano los intereses de los progenitores;
3. En tercer lugar, mencionamos que en ambas figuras se atenta, eso sí en distinto grado, contra la estabilidad emocional del menor.

Por lo que hace a sus puntos divergentes señalamos que son más destacables, cuantitativa y cualitativamente hablando; en este sentido “el legislador ha previsto de manera alternativa, distintas conductas con diferencias importantes entre sí, de tal manera que no es lo mismo —para efectos penales— sustraer a un menor, que apoderarse o traficar con él”.⁵⁷⁴

El primer punto divergente está en el objeto que persigue cada una de las figuras.⁵⁷⁵ Mientras la sustracción busca vulnerar los derechos de guarda/

⁵⁷⁴ Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México, cit.*, p. 278.

⁵⁷⁵ Es por ello que afirmamos que la diferencia no está en el elemento subjetivo, esto es, en quién comete la conducta, sino en el objetivo que se persigue alcanzar con dicha conducta; es por ello que ponemos en reserva las afirmaciones vertidas por Benavides y Ramírez cuando afirman que “cuando la sustracción ocurre entre estos familiares se habla de sustracción y/o retención ilegal pero si involucra a terceras personas con fines comerciales, se trata de tráfico internacional de personas menores de edad”, Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, *cit.*, p. 95.

custodia y visita/contacto/convivencia, asignados judicialmente (provisional o definitivamente) o acordados por las partes, el tráfico trata de obtener la explotación sexual, laboral, la remoción de órganos, el sometimiento a una servidumbre involuntaria (doméstica, sexual o reproductiva), a trabajos forzados, en condiciones de esclavitud. Es por ello que el tráfico implica tanto el reclutamiento como el transporte, la compra, la venta, la recepción, el alojamiento de una persona, mediando engaño, coerción, uso o amenaza de emplear la fuerza o incluso abuso de autoridad. Así, atendiendo a la ubicación sistemática de esas figuras en los códigos penales, mientras el tráfico pertenece a la categoría de los “delitos sexuales”, la sustracción se incardina, en su mayoría, en el rubro de los “delitos contra el orden familiar”.

El segundo punto divergente radica en la existencia de un ánimo de lucro como elemento constitutivo de estas conductas; así, mientras que en la sustracción no existe ánimo de lucro, o al menos no se busca éste de forma directa, en la figura del tráfico la persecución de un beneficio, en principio económico, se erige como un elemento indispensable.

El tercer punto divergente lo encontramos en la puesta en peligro del menor; así, mientras en la sustracción el progenitor no busca poner en peligro al menor, en el tráfico la existencia de un peligro, mediato o inmediato, es un elemento constitutivo.⁵⁷⁶

El cuarto criterio, ciertamente polémico, se encuentra en la esfera a la que cada conducta pertenece; en este sentido queremos proponer que mientras la sustracción internacional de un menor pertenece, a nuestro juicio, a la esfera puramente del derecho civil (localización y restitución del menor a la última residencia habitual), quedando en el plano del derecho penal, en caso de ser pertinente, las implicaciones y consecuencias derivadas que desencadenan a su vez conductas delictivas (desacato y/o de ejercicio indebido de un derecho, por ejemplo), el tráfico internacional pertenece tanto a la esfera del de-

⁵⁷⁶ En este punto Cobo del Rosal señala que “Desde la perspectiva técnica, en modo alguno se requiere la existencia de un *peligro concreto* aunque la sustracción lo implique —que pudiera no ocurrir así—, y el legislador en su día lo haya presumido. El peligro, que en este caso sería *abstracto*, funcionó tan solo como motivo del legislador; pero, desde luego, no es obligada su afirmación y *concreción* para la existencia del delito... en nuestro caso, pues, no es posible configurar la ‘sustracción de menores’ como un delito de ‘peligro concreto, y el abstracto —a pesar de carecer de valor funcional, en referencia con el juego del bien jurídico— queda embebido, por así decir, en la verdadera y propia lesión de los derechos y deberes que componen la patria potestad, tutela y guarda... en referencia con la estimación de que supone un ataque o puesta en peligro de la ‘seguridad individual’ de la vida o integridad física del menor, si bien *de facto* pudiera suceder con frecuencia, no es exigible para que subsistan como delictivas dichas conductas y sean inscribibles en los citados artículos”, Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XIV, fasc. II, mayo-agosto de 1961, p. 228.

recho civil (localización y restitución del menor a su última residencia habitual) como a la esfera del derecho penal (la sanción de la/s persona/s que cometieron o ayudaron a cometer o intentaron cometer dicho ilícito penal).

El quinto criterio diferenciador entre la figura de la sustracción y el tráfico internacional de un menor radica en el traslado y posterior retención; es decir, mientras la sustracción puede llevarse a cabo mediante un traslado lícito (durante los días asignados de visita o convivencia para ese progenitor) o ilícito, pero siempre con una posterior retención ilícita, en el tráfico internacional de un menor tanto el traslado como la retención siempre es ilícito. Esta diferencia es importante de cara a fijar el criterio competencial del *forum loci delicti comissi* (el foro de la comisión del hecho ilícito), mientras que en la sustracción será vital determinar si el traslado del menor a otro Estado fue lícito o ilícito a fin de materializar este criterio competencial (no siendo necesariamente el lugar de su traslado el mismo de la comisión del hecho ilícito), en el tráfico el *forum loci delicti comissi* siempre será el del lugar del traslado del menor desde que en este caso el acto del traslado siempre se considerará ilícito.

10. Incesto⁵⁷⁷

Esta figura supone la unión carnal mantenida entre ascendientes y descendientes, por ello es imprescindible la intervención de al menos dos personas unidas por una relación parental; para García Ramírez

el incesto no es un delito sexual, en el sentido en que lo son los anteriormente examinados, aunque la conducta incestuosa punible requiera, obviamente, un elemento de aquel carácter. La punición de esa conducta obedece a determinada idea social —cultural— sobre las relaciones familiares (obviamente, la sanción del incesto tiene sentido cuando en el desarrollo comunitario se ha pasado de la etapa endogámica nuclear a la de endogamia en un grupo familiar mayor, o

⁵⁷⁷ Proviene de la palabra latina *incestus*. De conformidad con el *Diccionario de Derecho Civil* debemos entender por incesto la “relación sexual entre personas cuyos lazos familiares son tan estrechos que la ley prohíbe su matrimonio. Esta figura está penada tanto en el derecho civil como en el penal. En lo referente al derecho civil constituye un impedimento matrimonial dirimente. El matrimonio celebrado entre parientes consanguíneos legítimos o naturales, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente, o en línea colateral igual, entre hermanos o medio hermanos, es nulo. Asimismo es nulo el matrimonio celebrado entre parientes colaterales en línea desigual solamente hasta los tíos y sobrinos en tercer grado y siempre que no hayan obtenido dispensa para celebrar el acto”, véase Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil, cit.*, pp. 69 y 70.

a la de exogamia) y la salud de la descendencia. Por ello es un delito contra la familia.⁵⁷⁸

Sus elementos se pueden resumir en dos: a) acreditación del vínculo de parentesco entre el acusado y la víctima,⁵⁷⁹ y b) la existencia de relaciones sexuales,⁵⁸⁰ las cuales comprenden cualquier clase de acceso sexual, aislado o permanente, efectuándose o no la cópula.⁵⁸¹

Para la determinación del consentimiento se afirma que no se requiere el consentimiento de ambos sujetos desde que “basta que la cópula se efectúe entre los parientes”.⁵⁸²

El bien jurídico tutelado radica en el orden exogámico familiar y el interés eugenésico colectivo; por ello, se afirma que el sujeto pasivo en este delito es la sociedad.⁵⁸³

Según la cualidad del autor se trata de un sujeto activo especial que deben estar unidos por vínculos de parentesco; como señala García Ramírez “son sujetos activos ambos participantes, salvo que alguno sea penalmente irresponsable por otro motivo, como la menor edad, la enfermedad o la falta de desarrollo mental, etcétera. No hay límites en el grado de parentesco por consanguinidad vertical”.⁵⁸⁴ Se trata de un delito de carácter pluripersonal desde que para su integración es necesaria la presencia de al menos dos personas con vínculo de parentesco.⁵⁸⁵

Admite solamente la forma dolosa. Se persigue de manera oficiosa. Según la gravedad del tipo expresada en la ley es un delito considerado no grave.⁵⁸⁶

⁵⁷⁸ García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 198. “El incesto es la ‘relación sexual’ entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos... una interpretación estricta de aquel concepto entiende que se trata de cópula, y no de cualquier otra relación sexual más o menos íntima”.

⁵⁷⁹ Amparo directo 7211/60.

⁵⁸⁰ Amparo penal directo 5618/38.

⁵⁸¹ Amparo directo 7211/60.

⁵⁸² Primer Tribunal Colegiado del Decimo Primer Circuito, amparo directo 121/92.

⁵⁸³ Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México, cit.*, pp. 261 y 262. Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, amparo directo 366/68. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 7, sexta parte, p. 43, Tribunales Colegiados de Circuito.

⁵⁸⁴ García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 198.

⁵⁸⁵ Amparo directo 7018/65; amparo penal directo 4590/37.

⁵⁸⁶ Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México, cit.*, pp. 261 y 262.

Esta figura se encuentra regulada en los artículos de los siguientes códigos penales: 30 de Aguascalientes; 242 de Baja California; 237 de Baja California Sur; 241 de Campeche; 167 de Colima; 246 de Chiapas; 178 de Chihuahua; 181 del Distrito Federal; 323 de Durango; 218 y 219 de Guanajuato; 194 de Guerrero; 242 de Hidalgo; 181 de Jalisco; 221 del Estado de México; 220 de Michoacán; 208 de Morelos; 268 de Nayarit; 277 de Nuevo León; 176 de Quintana Roo; 168 de San Luis Potosí; 248 de Sinaloa; 226 de Sonora; 221 de Tabasco; 285 a 286 de Tamaulipas; 248 de Veracruz; 227 de Yucatán y artículo 246 de Zacatecas.

11. *Abuso sexual*

Este delito, antes llamado “atentados al pudor” o “abusos deshonestos”,⁵⁸⁷ implica, como todo delito contra la honestidad, que se construyan “sobre acciones distintas, pero en todas ellas el acceso carnal queda explícita o implícitamente excluido”.⁵⁸⁸ Se destaca la ausencia de coito y menciona que “se describe como ejecutor de un “acto sexual”, es decir, de contenido sexual, impúdico, sin llegar al coito, en una persona (de uno u otro sexo) sin su consentimiento, u obligarla a observar dicho acto o a ejecutarlo”.⁵⁸⁹ Así, los actos sexuales abusivos representan “la realización de actos sexuales mediante el abuso de condiciones de inferioridad de la víctima. No se logra el fin sexual, valiéndose de la violencia o del engaño, sino en virtud de aprovecharse de una condición de inferioridad, natural o accidental, de la víctima”.⁵⁹⁰ En este tenor las tesis aisladas mencionan que

comete el ilícito de abuso erótico-sexual quien sin consentimiento de su víctima ejecute en ella un acto de esa naturaleza o la haga ejecutarlo sin el propó-

⁵⁸⁷ García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 196.

⁵⁸⁸ Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 232. En forma específica: “materialmente el delito de abuso deshonesto consiste en conductas de acercamiento o contactos corporales con la víctima, de significación sexual, sin que constituyan acceso carnal. Esa materialidad no existe, por tanto, si falta el acercamiento o el contacto (por ejemplo, la simple contemplación del cuerpo desnudo de la víctima, a quien se ha sorprendido en esa situación, contra la voluntad de ella). Tampoco existe si el acto deshonesto lo realiza el autor sobre su propio cuerpo, aunque se lo haga contemplar al sujeto pasivo contra su voluntad (podría tratarse de una exhibición obscena o hasta de un procedimiento corruptor)”.

⁵⁸⁹ Lencioni, L. J., *Los delitos sexuales. Manual de investigación pericial para médicos y abogados, cit.*, p. 25.

⁵⁹⁰ “Condición natural —propia de la víctima— como la de determinada minoría de edad, o condición accidental —circunstancial— como la del estado de inconsciencia”, Tocora, L. F., *Derecho penal especial, cit.*, p. 195.

sito de llegar a la cópula...⁵⁹¹ la expresión acto sexual debe entenderse como cualquier acción dolosa con sentido lascivo que se ejerza en el sujeto pasivo, sin su consentimiento...⁵⁹² por actos eróticos en el delito de abuso sexual deben entenderse las caricias, fricciones y manejos ejecutados corporalmente sobre la ofendida sin el propósito de llegar a la cópula y, por tanto, requieren la voluntad del sujeto activo de ejecutarlos de manera persistente y continua sobre el sujeto pasivo por un tiempo más o menos prolongado, con la finalidad de encontrar en ella su anuencia, o bien, llegar a satisfacer, aunque en forma incompleta y en contra de la voluntad de aquélla, su apetito sexual.⁵⁹³

En esta figura se protege la “libertad sexual de las personas”,⁵⁹⁴ del sujeto pasivo la cual es violada al atacar su pudor. Las tesis aisladas mencionan que “el abuso sexual es un delito instantáneo, porque en el mismo momento en el que se actualiza la conducta punible se produce el resultado, esto es, se destruye o sufre un menoscabo el bien jurídico tutelado”.⁵⁹⁵ En el rubro de las tesis aisladas se afirma:

ABUSO SEXUAL Y ATENTADOS AL PUDOR. DIFERENCIA DE. Los delitos de abuso sexual y atentados al pudor se refieren a un acto sexual realizado sin el consentimiento de la víctima y sin el propósito de llegar a la cópula por parte del activo, pero con la diferencia bien marcada entre ambos delitos de que en el primero el sujeto pasivo lo puede ser todo el mundo, sin limitación de edad y que sea capaz, en tanto que en el segundo la víctima sólo lo es una persona menor de doce años

⁵⁹¹ Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Séptimo Circuito, amparos directos 325/2005, 89/2006, 467/2006, 483/2006 y 309/2007.

⁵⁹² Contradicción de tesis 154/2004-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Tesis de jurisprudencia 151/2005. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión del 4 de noviembre de 2005.

⁵⁹³ Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Amparo en revisión 145/2002. Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1311, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis XV.3o.3 P, esta tesis contendió en la contradicción 154/2004-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 151/2005, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIII, enero de 2006, p. 11, con el rubro “Abuso sexual. Elementos para su configuración”.

⁵⁹⁴ Amparo directo en revisión 2088/2007.

⁵⁹⁵ Contradicción de tesis 125/2005-PS. Entre las sustentadas por los tribunales colegiados Segundo y Octavo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 23 de noviembre de 2005. Tesis de jurisprudencia 201/2005. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión del 30 de noviembre de 2005.

de edad o incapaz, por carecer de la facultad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo.⁵⁹⁶

Esta conducta se encuentra regulada en los siguientes artículos de los códigos penales estatales: 27 de Aguascalientes, 180 y 181 de Baja California, 241-243 de Chiapas, 173 a 175 de Chihuahua, 181 bis a quáter del Distrito Federal; 187 de Guanajuato; 143 y 144 de Guerrero; 245 y 246 bis de Michoacán; 161 y 162 de Morelos; 241 de Oaxaca; 165 y 166 de Querétaro; 129 de Quintana Roo; 156-159 de Tabasco; 220 de Tlaxcala; 186-188 de Veracruz y artículo 309 y 310 de Yucatán.

12. *Hostigamiento/acoso sexual*⁵⁹⁷

Este rubro incrimina a quien “con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquier otra que implique subordinación”.⁵⁹⁸ La conducta típica consiste en solicitar favores sexuales en el ámbito de una relación laboral,⁵⁹⁹ docente o de prestación de servicios, continuadamente, colocando a la víctima en “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante”.⁶⁰⁰

Como bien afirma Cobo del Rosal,

en lo que se refiere al bien jurídico, este delito conlleva un claro atentado a la *libertad sexual* de la víctima, que se concreta en el constreñimiento de que es objeto por parte del acosador para que tome una particular decisión respecto de sus pretensiones sexuales, que sólo puede recaer en una doble “elección” alternativa: o bien satisfacerlas por tal de no soportar la “situación objetiva y gravemente

⁵⁹⁶ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 2284/92.

⁵⁹⁷ Un estudio sobre la normativa nacional y convencional existente en este delito puede consultarse el trabajo de Pérez Contreras, M. M., “Convenciones y legislación en materia de hostigamiento sexual”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 10, 2010, pp. 159-169.

⁵⁹⁸ García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 195.

⁵⁹⁹ Esta figura es conocida como *mobbing laboral* o sicoterror laboral. Se afirma que Suecia fue el primer país en tipificar como delito esta figura, en 1983. En España podemos destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001 como pronunciamiento pionero.

⁶⁰⁰ Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial, cit.*, p. 289. Es por ello que se afirma que “la conducta típica se materializa con la mera solicitud de favores sexuales, es decir, basta con que el acosador demande la realización de esta clase de actos a la víctima sin que tenga que constar ningún tipo de implicación directa por su parte en cuanto a la ejecución material de aquéllos”.

intimidatoria, hostil o humillante” a que se encuentra sometida... o con la finalidad de evitar que se materialice la amenaza de ser perjudicada en sus “legítimas expectativas laborales, docentes o de otra índole... o bien negarse a sus solicitudes sexuales, pese a tener entonces que aguantar las referidas consecuencias”.⁶⁰¹

Esta figura se recoge en los códigos penales en los siguientes artículos: 20 de Aguascalientes; 184 bis y 184 ter de Baja California; 293 de Baja California Sur; 399 bis de Coahuila; 216 bis de Colima; 237 y 238 de Chiapas; 176 de Chihuahua; 179 del Distrito Federal; 145 bis de Guerrero; 188 y 189 bis de Hidalgo; 176 bis de Jalisco; 269 del Estado de México; 158 de Morelos; 260 bis de Nayarit; 271 bis y bis 1 de Nuevo León; 278 bis-278 septies de Puebla; 167 de Querétaro; 130 ter de Quintana Roo; 185 de Sinaloa; 212 bis-214 de Sonora; 159 bis de Tabasco; 227 bis de Tlaxcala; 189 y 190 de Veracruz; 308 de Yucatán y 233 de Zacatecas.

13. *Rapto o privación de libertad con fines sexuales*

En el rubro de las tesis aisladas encontramos el siguiente pronunciamiento:

RAPTO, RELACIONES SEXUALES EN EL DELITO DE. Si bien es cierto que dicha infracción no puede tener vida jurídica entre personas que conviven bajo el mismo techo, dentro del régimen concubinario, dado que esa situación es incompatible con los elementos apoderamiento, sustracción o retención, con las características de desmembramiento del medio ordinario de vida, para hacer ingresar a la ofendida a otro controlado por el raptor, que integran la infracción, puesto que no puede haber apoderamiento ilícito de lo que ya se tiene, ni sustracción o retención con propósito de control del que ya se disfruta; sin embargo, cuando raptor y raptada no viven como concubinos o amasios, sino en domicilios separados, aunque haya relaciones sexuales previas entre ellos, que subsistieron al consumarse el delito, los elementos configurativos del rapto se surten, ya que el delito, incluso, puede cometerse hasta en perjuicio de una prostituta, con quien se tenga relaciones sexuales, si no se presta el consentimiento, como acontece en la violación, ya que el medio ordinario de vida no está controlado por el raptor.⁶⁰²

Esta figura delictiva se recoge en los códigos penales en los siguientes artículos: 236 de Campeche; 389-393 de Coahuila; 159 de Chihuahua y 130-133 del Código Penal de Guerrero.

⁶⁰¹ *Idem.*

⁶⁰² Amparo directo 9889/65.

14. *Diversos*

- Explotación laboral. Esta conducta la encontramos en el artículo 190 bis a ter del Código Penal del Distrito Federal; simplemente como explotación de menores y enfermos encontramos los artículos 252 de Nayarit y 219 de Tlaxcala.
- Aprovechamiento sexual. Esta conducta la encontramos en los artículos 146 y 147 del Código Penal de Guerrero.
- Actos libidinosos. Esta conducta se recoge en los artículos 183 y 184 del Código Penal de Hidalgo y en el artículo 270 del Código Penal de México. De parecido tenor encontramos los delitos de exhibicionismo y provocación sexual cuando el sujeto pasivo es el menor de edad; estas figuras implican conductas de exhibiciones obscenas y/o de difusión de material pornográfico donde lo que se trata es de “custodiar el *bienestar síquico*” de los menores de edad “entendido en este contexto como protección jurídico-penal de sus *sentimientos personales* frente a tales conductas exhibicionistas o relativas a la pornografía; o, lo que es lo mismo, de su derecho a disfrutar de un *adecuado proceso de formación y desarrollo evolutivo* en el plano sexual sin interferencias ajenas interesadas.”⁶⁰³
- Exposición de menores. Esta figura la encontramos en los códigos penales en los artículos 213-216 de Michoacán; 262 y 263 de Nayarit; 278 y 279 de Nuevo León; 292-294 de Tamaulipas; 230 y 231 de Tlaxcala; 157 de Veracruz y en los artículos 240 y 241 de Zacatecas.
- Suministro de bebidas alcohólicas a menores de edad. Lo encontramos tipificado en el artículo 190 del Código Penal de San Luis Potosí.
- Exposición pública de pornografía y exhibiciones obscenas. Esta figura se encuentra en los artículos 166 y 167 del Código Penal del Estado de Sonora.
- Utilización de imágenes y voces de menores. Esta figura delictiva se recoge en el artículo 169 bis I del Código Penal de Sonora.
- Cambio de menor. Esta figura delictiva se recoge en el artículo 218 del Código Penal de Tabasco.
- Pederastia. Esta figura se recoge en el artículo 185 bis del Código Penal de Veracruz.

⁶⁰³ Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial*, p. 299.

- Inducción a la mendicidad. Esta conducta delictiva la encontramos en el artículo 250 del Código Penal de Veracruz.
- Contra el desarrollo de las personas menores. Esta figura se encuentra regulada en el artículo 181 y 182 del Código Penal de Zacatecas.

Cabe concluir de las líneas precedentes que la figura de la sustracción internacional de menores se diferencia por completo de las conductas que conforman el rubro de los “delitos sexuales” en los códigos penales. La diferencia más importante radica en los bienes jurídicos tutelados en los delitos sexuales (la indemnidad sexual, la intangibilidad sexual, el normal desarrollo sexual del menor) y en la sustracción (el derecho del NNA de convivir con sus padres aunque sea en tiempos distintos). No sólo el bien jurídico marca la gran diferencia entre estas figuras, sino también sus elementos constitutivos, su punibilidad, su función y percepción social, su gravedad así como sus repercusiones (físicas y psicológicas) en el NNA.

Es por ello que concluimos que la sustracción no es un “delito sexual”. Si bien se tiende a confundir de forma más recurrente con las figuras de tráfico o trata; este error debe ser resuelto invocando los bienes jurídicos protegidos en cada una de estas figuras, considerando sus objetivos, finalidades e implicaciones.

II. ROBO DE INFANTE

El robo de infante lo comete el que se apodera de un menor de edad de cualquier sexo, sin derecho y sin consentimiento de sus padres o de quienes legítimamente lo tengan para su cuidado. Esto es, “roba un infante quien se apodera de él; y por apoderamiento se entiende el acto mediante el cual el sujeto activo del delito sustrae al menor de doce años de la esfera de custodia de sus padres o tutores o guardadores y lo desplazan hacia la suya”.⁶⁰⁴

La finalidad que persigue esta figura consiste en la separación o segregación del menor del que era hasta ese momento su núcleo familiar. Como se anota la conducta de apoderamiento en persona menor de edad “deberá tener una finalidad específica, que será el hecho de segregar a la víctima de su medio familiar, ya que si el acto de aprehensión de la persona se lleva a cabo con una finalidad distinta (por ejemplo, atacar sexualmente a la víctima o

⁶⁰⁴ Amparo penal directo 231/55.

pedir rescate por su libertad) será motivo de otros delitos”.⁶⁰⁵ Destacamos dos notas de esta primera aproximación, a saber, que el tipo se integra con el apoderamiento del menor, lo cual puede darse mediante la utilización de argucias, engaños, asechanzas, o incluso la violencia. Segundo, y por lo que se refiere al sujeto pasivo, solamente podrá ser una persona menor de edad.

Es un delito que admite el grado de tentativa.⁶⁰⁶

Encontramos esparcidas tesis que delimitaban esta figura en las distintas entidades federativas (Distrito Federal,⁶⁰⁷ Querétaro,⁶⁰⁸ Puebla,⁶⁰⁹ Veracruz,⁶¹⁰ Jalisco,⁶¹¹ Colima,⁶¹² Tamaulipas,⁶¹³ Estado de México.)⁶¹⁴

Este delito es considerado continuo o permanente.⁶¹⁵ Y el supuesto típico recoge la necesidad de que exista dolo debiendo demostrarse la finalidad del autor.

A su vez, consentimiento del sujeto pasivo vuelve a ser irrelevante.⁶¹⁶ Además, el autor de esta conducta delictiva puede ser cualquier persona.⁶¹⁷

Esta figura delictiva la hemos encontrados en la actualidad configurada únicamente en los artículos 137, 138 y 139 del Código Penal de San Luis Potosí. La tesis aislada encontrada menciona:

⁶⁰⁵ Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México, cit.*, p. 280.

⁶⁰⁶ Amparo directo 7986/57.

⁶⁰⁷ Amparos directos 5497/70, 5875/75, 5875/75, 1636/62 y 3870/59; amparos penales directos 1532/52, 9310/42, 4029/49, 9310/42 y 231/55. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 247/93. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, segunda parte, vol. 32, p. 51 y vol. 88, p. 27.

⁶⁰⁸ Amparos directos 5163/78 y 5163/78; amparo penal directo 6843/50).

⁶⁰⁹ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo directo 612/96. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, amparo directo 497/2001. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo directo 612/96. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, amparo directo 497/2001. Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, marzo de 2002, p. 1455, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis VI.1o.P.186 P. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

⁶¹⁰ Amparo penal en revisión 7335/48.

⁶¹¹ Amparo directo 2763/57.

⁶¹² Amparo penal en revisión 5635/49.

⁶¹³ Amparo penal directo 659/41.

⁶¹⁴ Amparo penal en revisión 5218/37. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XXVIII, p. 981, tesis de rubro “ocultacion de infante.”.

⁶¹⁵ Amparos directos 6049/55 y 3643/60.

⁶¹⁶ Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparo directo 67/76.

⁶¹⁷ Amparo directo 5163/78.

ROBO DE INFANTE, DELITO DE (LEGISLACIÓN DE SAN LUIS POTOSÍ). Si el reo es abuelo de la menor y la recogió al ausentarse la madre de ésta, no existió el apoderamiento de dicha niña por parte del reo, ni éste era extraño a la familia de aquélla; de tal manera que no pudieron surtirse en el caso los requisitos previstos por el artículo 386 del Código Penal vigente en el estado, para la configuración del delito de robo de infante.⁶¹⁸

De todo lo anterior se puede afirmar que la figura de robo de infante se diferencia de la sustracción en el elemento *ratione personae*. En la actualidad, y a través del reducto que queda en el Código Penal del Estado de San Luis Potosí, podemos mencionar que mientras que en el robo el sujeto activo es una persona ajena a la familia, en la sustracción quien la lleva a cabo es uno de los progenitores, a efectos de estas líneas.

III. SECUESTRO

El secuestro es otra figura que se confunde con la sustracción y aparece muy a menudo en la literatura jurídica. Debemos iniciar diferenciando al “sustractor” del “secuestrador”⁶¹⁹ cuando hacemos referencia al elemento subjetivo activo de la figura jurídica de la sustracción y del secuestro; es así que, por un lado encontramos a la persona que comete la conducta de sustraer con fines de vulnerar derechos de familia asignados y, por otro, encontramos a la persona que secuestra con fines de privar de libertad a otra, ambas referidas, a efectos de estas líneas, a un menor de edad. Por ello afirmamos que no es lo mismo hablar de “secuestrador” que de “sustractor”, a pesar de ser frecuente su confusión así como su utilización indistinta.⁶²⁰

Con la conducta de secuestro se está haciendo referencia a la retención de una persona en contra de su voluntad, privándole de su libertad ambulatoria, o con la intención de privarle de la misma,

⁶¹⁸ Amparo penal en revisión 775/48.

⁶¹⁹ Véase Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 14.

⁶²⁰ Cervera afirma que el sustraído es un eufemismo del secuestrado, Cervera Rivero, Ó., “Los menores como titulares de la acción”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, México, Porrúa, 2011, p. 48; por su parte, Maurique afirma que no se trata de secuestro criminal en su acepción clásica, puesto que el secuestro internacional de menores no trata precisamente del secuestro tal y como es concebido en el derecho penal; véase Maurique, J. A., “Consideraciones generales sobre la Convención de La Haya”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, cit., p. 238.

no se concreta a exigir para su configuración el acto material de la privación de la libertad de una persona, por cualquier medio, sino que se exige que ese acto de privación esté finalísticamente regido, precisamente, por el fin de obtener rescate o causar daños o perjuicios al secuestrado o a otra persona relacionada con éste...⁶²¹

Encontramos un *apriorístico* ánimo de lucro, a través de la solicitud de un rescate (“es indispensable que el o los sujetos activos no sólo quieran directamente la realización del resultado típico que es la privación de la libertad del pasivo, sino que el propósito de dicha privación debe consistir en obtener un rescate o en causar daños y perjuicios”).⁶²² Con alguna excepción marcada en las tesis aisladas,

para la configuración del delito de plagio o secuestro previsto por el artículo 302 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, no necesariamente se requiere el ánimo de lucro del activo, ya que dicho delito no es de carácter patrimonial...⁶²³ el delito de secuestro previsto en la fracción I del artículo 302 del Código de Defensa Social del Estado, no exige para su configuración que el sujeto activo obtenga el rescate por el plagiado... el legislador estableció la consumación de este delito con la sola privación de la libertad de una persona en forma ilícita.⁶²⁴

⁶²¹ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, amparo directo 401/2000. La tesis que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1445, se publica nuevamente con la modificación en el precedente que el propio tribunal ordena, amparo directo 5580/65.

⁶²² Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, amparo directo 188/98. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 28/89, amparo directo 254/88. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIV, julio de 1994, p. 710, tribunales colegiados de circuito, tesis VI.2o.158 P. Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, amparo directo 555/2005. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 28/89; amparo directo 254/88. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIV, julio de 1994, p. 710, tribunales colegiados de circuito, tesis VI.2o.158 P. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, amparo directo 102/2000.

⁶²³ Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 560/95.

⁶²⁴ Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, amparo directo 502/2001. Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIII, abril de 2001, p. 1104, tesis VI.1o.P.97 P, de rubro: “Plagio o secuestro, configuración del delito de (legislación del estado de Tlaxcala)”.

En la figura de sustracción estudiamos la retención y/o traslado de un menor, sin privación de libertad ambulatoria y sin ánimo de lucro (al menos directo).⁶²⁵

La anterior diferenciación no es una cuestión de modas, simplemente semántica o del *nomen iuris*, sin trascendencia jurídica; al contrario, estamos ante conceptos y figuras jurídicas de alcance, implicaciones, configuración y elementos totalmente diferentes y necesariamente diferenciables.

De igual forma, no es lo mismo hablar de “sustraído” que de “secuestrado” cuando nos referimos a la persona que soporta la conducta, esto es, al sujeto pasivo. Por ello, la utilización del término “secuestrador” puede conducir a confusiones así como a desdibujar la línea que existe entre la figura de la sustracción y del secuestro de un menor. Se trata de dos figuras que, desde un punto de vista finalístico, poco o nada tienen en común. Quizá la confusión pueda venir de la traducción del término inglés *legal kidnapping*.⁶²⁶

Un ejemplo que puede levantar dudas es la tesis aislada que menciona:

PLAGIO. SUSTRACCIÓN DE MENORES (LEGISLACIÓN DE JALISCO). Es indudable que las expresiones de plagio y secuestro, en su connotación vulgar incluyen el propósito de obtener un rescate; pero no sucede así en la connotación jurídica, pues como se ve del artículo 329 del Código Penal de Jalisco, sólo en la fracción I se habla de la obtención del rescate, no así en las demás fracciones, en las que se atiende a su forma de comisión. *En cuanto a la sustracción de menores, que es el término correcto del llamado robo de infante y previsto en la fracción V del precepto que se comenta, constituye un ilícito autónomo y pudo destacarse en un precepto separado, pero se le incluyó en el que se comenta y que forma parte, a su vez, del capítulo “Privación ilegal de libertad”, al estimarse que el menor tiene, aunque muy limitado, el derecho a su libertad. Pero lo que más importa para el caso es que se trata de un ilícito en el que el sujeto pasivo también lo es la familia del infante o menor y que no exige de suyo, ni la solicitud ni mucho menos*

⁶²⁵ Como acertadamente señala Montón García a la hora de abordar los objetivos de los Convenios internacionales de protección de los menores, y nosotros estimamos que no es fruto de la casualidad, que “el concepto fundamental en el que se asientan, es el del secuestro internacional de menores, aun cuando a lo largo de su articulado se elude intencionadamente la utilización de ese término quedando sustituido por el de ‘desplazamiento’ o ‘retención’ ilícita de un Estado a otro, para evitar las connotaciones penales a que pudiera inducir”, véase Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 50.

⁶²⁶ En este sentido hemos encontrado quien denomina como “el Convenio sobre Secuestro de 1980” al Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; en este sentido véase Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, Lex Nova, 2004.

el pago de un rescate, pues la sustracción obedece, en muchos casos, a intereses o conveniencias de índole muy diversa a la económica⁶²⁷ (cursivas añadidas).

Así, creemos necesario referirnos en la figura de la sustracción a tres categorías subjetivas o *ratione personae*: sustractor, menor sustraído y legítimo custodiante o padre sustraído. En este sentido podemos señalar que “es indiferente la naturaleza del título jurídico —legal o judicial— por el que se atribuyó el derecho de custodia que se está incumpliendo con el traslado o la retención”⁶²⁸ desde que lo importante es la sustracción del menor de edad, de quien efectivamente ostentaba los derechos de guarda/custodia o visita/contacto/convivencia. Mientras que en la figura del secuestro se habla de dos categorías: “secuestrador” y “secuestrado”.

Es por ello que afirmamos que un error frecuente en el que caemos cuando hablamos de sustracción de menores de edad es equipararlo (en forma y fondo) a la figura del secuestro. Entendemos que hablar indistintamente de ambas figuras entraña otorgar un tinte penal a una figura que no lo debe tener.

Ahora bien, encontramos quien afirma que

en algunas circunstancias, el padre o la madre que ejecutan la sustracción y/o la retención ilegal en el extranjero, busca el aislamiento absoluto de la persona menor de edad respecto del otro progenitor por lo que podría hablarse de “secuestro internacional” y en otros casos lo que pretende es obstaculizar extraordinariamente y en forma sostenida la relación de la persona menor de edad con el otro progenitor por lo que se habla de sustracción internacional. En la doctrina el tema es tratado como secuestro interparental, traslado ilícito, detención ilegal, francófona, *enlevement*, *kidnapping* o *abduction*.⁶²⁹

Afirmaciones de las que tomamos cierta distancia. Son varios y de muy diversa índole los motivos que se imponen para diferenciar ambas figuras jurídicas. Vamos a partir de la definición del término “secuestro” y así, siguiendo a Cobo del Rosal, “secuestrar es encerrar o detener a otro, privándole de su libertad, exigiendo alguna condición para liberarle”.⁶³⁰ Nos referimos a la libertad en sentido corporal, siendo suficiente “que se restrinja

⁶²⁷ Amparo directo 2763/57.

⁶²⁸ Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 17.

⁶²⁹ Benavides Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, cit., pp. 94 y 95.

⁶³⁰ Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial*, cit., p. 190.

cualquier libertad del movimiento, aunque quede a disposición de la víctima cierto grado de libertad ambulatoria (por ejemplo, impedirle el movimiento de los brazos pero no el de las piernas)”.⁶³¹ En la figura de la sustracción el menor de edad no es privado de su libertad corporal, así, el menor está escolarizado y acoplado en un nuevo ambiente cultural, político y social, lo que representa tener intacta su libertad de movimiento (salir a la calle, a la escuela, cualquier movimiento que represente su derecho al sano esparcimiento, etcétera); tiene libertad ambulatoria, la cual también se le facilita en el plano internacional por la tenencia de su pasaporte, con el que salió de su país y con el que puede cruzar fronteras. En este sentido, como señala Cobo del Rosal

normativamente no se distingue entre la detención ilegal del “incapaz” y la del “capaz”. Sin embargo, sí se distingue, hasta el extremo de configurar un capítulo independiente, entre detención ilegal y sustracción de menores... lo que sucede es que son cosas distintas la sustracción de menores y las detenciones ilegales, y es técnicamente incorrecto parificarlas.⁶³²

Siguiendo con nuestro propósito de generar una reflexión sobre la *despresurización* del derecho penal, la cual supondría sacar de su esfera las conductas típicas del derecho civil y dejar esa rama del derecho penal para otros fines y figuras, proponemos que mientras la sustracción debe ser estudiada por el derecho civil o el DIPr (dependiendo del número de Estados implicados en calidad de Estado de origen y de destino), el secuestro debe ser analizado, sin lugar a dudas, por el derecho penal.

Si bien ambas figuras pueden encontrar un punto común denominador en el elemento subjetivo activo de la relación jurídica, esto es, en la realización de la conducta por los propios progenitores, una primera diferencia radica en el elemento volitivo que subyace en cada una. Así, mientras que en la

⁶³¹ Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, pp. 298 y 299. Ahí mismo el autor indica: “objetivamente requiere que la privación resulte verdaderamente un ataque a la libertad por no mediar el consentimiento del sujeto pasivo a restringir sus movimientos y tratarse de una imposición no justificada dentro de los parámetros de las causas generales de justificación, al darse las situaciones de hecho o de derecho que condicionan su existencia, o porque, existiendo ellas, el agente priva de la libertad de modo abusivo: más allá de la necesidad justificada o por medio de procedimientos prohibidos por la ley (como ocurre en el caso de la autoridad marital, cuando el marido priva a la esposa de su libertad personal obligándola a convivir con él, sin recurrir judicialmente para lograrlo). Subjetivamente, como veremos, es necesario el conocimiento del carácter abusivo de la privación de la libertad de la víctima por parte del agente y la voluntad de restringirla en esa calidad”.

⁶³² Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, cit.*, fasc. III, p. 435.

sustracción no encontramos un ánimo de lucro, al menos de forma constitutiva, o en su caso una condición para retornar a la persona del menor en cuestión, en el secuestro podemos afirmar que el lucro, la obtención de un beneficio, no necesariamente económico, es un ingrediente importante, diríamos incluso que fundamental. Una diferencia más radica en que el secuestro exige que la condición se refiera a la puesta en libertad del detenido, “pudiendo ser, dicha condición, de cualquier naturaleza, no necesariamente tiene por qué ser económica, y también es irrelevante que sea lícita o ilícita, pudiendo exigirse que la condición la cumpla el secuestrado o una tercera persona”.⁶³³ La tercera diferencia radica en la existencia (secuestro) o inexistencia (sustracción) de una puesta en peligro, en su faceta física, respecto de la persona del menor de edad.

Ahora bien, no podemos afirmar, al menos de manera general y *apriorística*, que no se produzca daño psicológico hacia la persona del menor de edad tanto en la figura de la sustracción como del secuestro.

Por lo anterior, apegados a estricto derecho, entendemos que mientras en la figura del secuestro la sanción que se debe imponer al *delincuente* es la pena privativa de libertad, en la figura de la sustracción la “sanción” que debe imponerse al *infractor* debe ser la pérdida o suspensión de los derechos de familia asignados judicialmente (provisional o definitivamente) o acordados respecto del menor, debiendo en su caso castigarse penalmente las consecuencias generadoras de otros delitos.

Otra diferencia radica en la existencia de amenazas, maltrato o tormento, mientras que “se configura el delito de plagio o secuestro, cuando al perpetrarse éste o mientras dura la detención arbitraria, “se haga uso de amenazas graves, de maltrato y de tormento”,⁶³⁴ lo anterior no cabe en la configuración de la sustracción.

Una diferencia más radica en el bien jurídico protegido por ambas figuras, así, en el secuestro se afirma que radica en “la libertad ambulatoria y la libertad en el ámbito de la formación de su voluntad del tercero que se ve amenazado a cumplir con la condición so pena de que no se libere al detenido”,⁶³⁵ “es la libertad externa de las personas”,⁶³⁶ “la libertad de obrar

⁶³³ Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial, cit.*, p. 190.

⁶³⁴ Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo en revisión 560/95, amparo directo 1987/72.

⁶³⁵ Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial, cit.*, p. 190. Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 560/95.

⁶³⁶ Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 560/95. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, amparo directo 102/2000.

y moverse”;⁶³⁷ supone una reducción o desaparición de forma abusiva o arbitraria de la libertad de una persona. En la sustracción del NNA, podríamos cifrar, en singular o en plural, el bien jurídico tutelado en el derecho del menor “a convivir con ambos progenitores”, a “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres” en un entorno familiar desestructurado y disperso internacionalmente.

Como señala Creus

si bien la libertad del individuo es un presupuesto de cualquier delito, ya que toda ilicitud penal se funda en la pretensión de que no se mengüen abusiva o arbitrariamente los medios que le permiten desarrollar su actividad a cubierto de la indebida intromisión de terceros, hay hechos en los que la libertad aparece como el interés preponderante que es objeto de la protección legal, y su ofensa se muestra entonces autónoma con respecto a la de otros intereses a los que también puede referirse la libertad.⁶³⁸

Entendemos que ese es el supuesto del secuestro pero no de la sustracción de un menor de edad.

⁶³⁷ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 28/89; amparo directo 254/88. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIV, julio de 1994, p. 710. Tribunales colegiados de circuito, tesis VI.2o.158 P, amparo directo 5580/65.

⁶³⁸ Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 293.