

Reforma a la figura delictiva del estupro

Zulita Fellini Gandulfo.

El delito de estupro se encuentra legislado en el Código Penal Mexicano, en el artículo 262, dentro del Título que agrupa a los delitos sexuales, entre los cuales se encuentran asimismo el atentado al pudor, la violación propia e impropia, el rapto, el incesto y el adulterio.

La reforma reciente al tipo de estupro, consiste en la supresión de la seducción como medio de realización del mismo.

En efecto, el artículo 262 prescribía: "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos".

La supresión que se ha realizado en la reforma parece correcta, teniendo en consideración que la seducción forma parte de la naturaleza misma de la relación sexual que no se realiza violentamente.

Parece adecuado antes de entrar al análisis de la figura típica hacer algunas consideraciones de carácter sistemático y de política criminal.

En efecto, la sistematización adoptada por el Código Penal Mexicano con referencia a los delitos sexuales, se diferencia de la seguida en otros ordenamientos de derecho comparado. Es frecuente que los códigos penales bajo denominadores comunes referidos a la protección de la moral pública, incluyan no sólo los hechos punibles que en el sistema nacional se denominan "delitos sexuales", sino otros como es el caso del lenocinio, la rufianería, la prostitución, los llamados delitos de escándalo público, como también la publicación, fabricación y reproducción de libros, escritos, imágenes u objetos obscenos.

El sistema mexicano parece haber tomado en consideración las acciones que se originan más directamente en el instinto sexual, para dejar fuera aquéllas en las que, si bien existe cierta correlación con la vida sexual de las personas, se presentan otras connotaciones más vinculadas a la tutela de intereses prioritariamente colectivos.

En efecto, en legislación comparada, a los aquí llamados delitos sexuales se los ha agrupado bajo denominaciones tales como: "delitos contra la honestidad", "delitos contra la libertad e inexperiencia sexuales", "delitos contra la seguridad y libertad sexuales", "delitos contra el orden de las familias, la moral pública y las buenas costumbres".

Sin embargo, *Porte Petit* se refiere a la denominación de delitos sexuales como "totalmente impropia, porque mira a la naturaleza del delito y no, como debiera ser, al bien jurídico tutelado".

Debe pues apuntarse como un acierto del sistema adoptado por la legislación nacional, el abandono de agrupamientos que incluyen conductas disímiles so pretexto de la protección de "las buenas costumbres" como lo hace el Código Penal Francés, o "la moralidad y las buenas costumbres" como destacan los códigos de Italia y Austria, o "el orden de la familia y la moralidad pública" como rezan los códigos de Suiza, Bélgica y de la República Federal Alemana. Los códigos de Suecia, Brasil, Grecia e Islandia utilizan la expresión "delitos contra las costumbres". El Código colombiano habla de "la libertad y el honor sexuales", mientras que en la Argentina y en España se denominan "delitos contra la honestidad".

El mérito apuntado se relaciona con la difícil especificación de la noción típica que puede construirse sobre la base de la protección de la moral pública, las buenas costumbres o la honestidad; no sólo porque tales conceptos carecen en principio de suficiente precisión, sino además y fundamentalmente porque es inevitable que se proyecten hacia el ámbito del injusto penal nociones de indudable connotación ética, moral y el derecho.

El reconocimiento de bases ético-sociales en la función del Derecho Penal debe ser entendido como un punto de partida que veda la posibilidad de atender a la reacción punitiva sobre exclusivas pautas utilitarias, pero no autoriza a la admisión de este remedio sobre la base de un reproche exclusivamente moral, y al margen de la teoría del bien jurídico.

Es preciso admitir que en torno de los delitos sexuales se plantean serios problemas en relación a la teoría de la culpabilidad, desde que se presentan frecuentes causas patológicas que afectan su círculo de autores. Se ofrece además, como un punto de difícil solución, el relativo al conflicto existente entre la necesidad de proteger penalmente bienes jurídicos afectados por estos delitos, y por otro lado no menoscabar garantías individuales.

Asume especial significación la circunstancia de que se considere a la "vida privada" como un bien que debe ser objeto de protección, y que dentro del cuadro general de las formas de lesión que se enumeran, se mencionen los atentados al derecho de guardar reserva sobre la propia intimidad. Se incluyen dentro de los contenidos que la integran, los aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual de las personas, así como los íntimos de la vida familiar.

Como término de orientación debe establecerse el límite de que en ningún caso, la pena puede cumplir funciones de control de sentimientos religiosos o éticos, debiendo preservarse siempre la garantía de la libertad de determinación sexual entre adultos y en privado.

En lo concerniente concretamente al tipo que describe el artículo 262 del Código Penal, se sostiene que el legislador ha querido proteger a una mujer menor de edad, casta y honesta. Se intuye que el hecho de llegar a los 18 años sin tener relaciones sexuales es un privilegio que la ley debe tutelar, y para el supuesto de que ello no suceda el varón será considerado delincuente cuando haya utilizado el engaño como medio para obtener la cópula.

¿Cuál es el bien jurídico que en realidad se está tutelando?

Se ha discutido en doctrina si ese bien es la libertad o la seguridad sexual.

Se ha afirmado que en los casos en que una menor presta su consentimiento para la realización de un acto sexual mediante el engaño, ese consentimiento es inválido, lo que equivale a afirmar que se lesionó la libre determinación de la víctima a decidir en el ámbito sexual.

Por otra parte se afirma que el bien jurídico objeto de la protección penal es la seguridad sexual de mujeres honestas menores de edad contra el ayuntamiento sexual obtenido abusando de su inexperiencia; y seguidamente se agrega que además del interés individual, median el familiar y el colectivo en la conservación de las buenas costumbres.

Coincidentemente se ha sostenido que el estupro es un delito que defiende la "inexperiencia sexual" en una afirmación en la que subyace cierta confusión entre las formas de realización y el bien jurídico que se tutela.

La idea de que este delito protege la seguridad o la inexperiencia sexual, lo que supone admitir la existencia de intereses colectivos, no parece compatible con lo

dispuesto por el artículo 263 que supedita la pena aplicable al autor de estupro, a la queja de la mujer ofendida, de sus padres o representantes legítimos. Tampoco parece adecuada satisfacción de intereses públicos el posterior matrimonio del autor con la víctima, que sin embargo determina que el autor queda exento de pena.

En realidad, si lo que justificara la incriminación del estupro fuera la inexperiencia de la víctima o su seguridad sexual, no sería idóneo limitar la protección a los casos en que hubiere mediado engaño. Toda cópula con mujer casta y honesta menor de 18 años debería ser estupro.

Pero ¿por qué habría que suponerse que la mujer que ha tenido una relación sexual es experta? ¿Por qué habría de brindar madurez y experiencia sexuales la práctica únicamente, y no el conocimiento que la menor hubiere obtenido por muchos otros medios? ¿Por qué seguir confundiendo minoridad con inimputabilidad, castidad y honestidad con ignorancia?

Como en los casos de incesto y adulterio podría sostenerse con acierto que estamos ante un supuesto en el que no existe bien jurídico que el Derecho deba tutelar.

La evolución cultural, la educación escolar y familiar, desde muy temprana edad respecto a temas sexuales, como los aportes de la psicología y otras ciencias, han operado un cambio sustancial sobre temas que eran tratados como tabúes.

Las ideas sobre sexualidad han sufrido en este siglo fundamentales modificaciones. La moderna sociedad industrial ha determinado nuevas normas de comportamiento que se diferencian esencialmente del orden moral burgués de finales del siglo pasado y comienzos del presente.

Por lo tanto parece incorrecta la afirmación de inexperiencia sexual en las menores "castas y honestas" (únicos supuestos de protección).

La información que a todos los niveles se imparte hoy acerca del tema sexual determina que antes de los 18 años una mujer distinga y elija. Sostener lo contrario sería una actitud desvalorativa hacia la juventud y de desconocimiento de la realidad social.

No parece poder apuntarse la existencia de un bien jurídico que el Derecho Penal deba sostener, cuando exista el consentimiento de una mujer imputable, con pleno conocimiento de que va a realizar la cópula y de las consecuencias que ella pueda producir.

Por el contrario, tal vez podría encontrarse en el criterio del legislador la respuesta a una antigua exigencia social de orden valorativo, en cual la virginidad ocuparía una posición expectante. Ello implicaría también la única razón por la cual solamente la mujer es sujeto pasivo del tipo.

De todas maneras, y con independencia de los problemas que suscita el bien jurídico, se presentan en el tipo del artículo 262 otras alternativas de interpretación.

¿Qué debe entenderse por cópula?

Los códigos penales utilizan como sinónimo: cópula, coito, conjunción carnal, acceso carnal, o acto sexual. Se dice que la cópula es el acoplamiento, introducción o penetración del órgano sexual masculino en el femenino.

Sin embargo, la cópula carnal puede ser vaginal, oral o anal. La primera constituye la forma propia o normal, siendo las dos últimas formas impropias, anormales o sucedáneas.

El problema está en determinar cuál de estas formas es la contenida en el tipo penal.

La mayoría de los autores se inclina por desechar la cópula no vaginal argumentando que la mujer que acepta esta relación anormal carece de castidad y honestidad. Esta interpretación es coincidente con la de que sólo el varón sea sujeto activo y la mujer sujeto pasivo, lo contrario implicaría por ende tener que admitir un concepto más amplio de cópula

El tipo hace referencia al sexo y a la edad.

No parece existir impedimento una vez que se hubiere aceptado la incriminación de la conducta, de que esté referida a ambos sexos, como ocurre por ejemplo en la legislación brasileña. Debiendo aceptarse también entonces la figura dentro de la homosexualidad y el lesbianismo (en este último caso sólo si asumimos que la cópula puede realizarse mediante aditamentos).

En cuanto a la edad, ante la posibilidad de despenalizar el estupro, podría aumentarse en los supuestos de violación impropia, por ejemplo a 14 años.

¿Qué debe entenderse por casta?

Carrancá y Trujillo sostiene que "desde el punto de vista sexual, castidad es tanto como pureza. Se la identifica por ello con la virginidad, aunque no es ésta por lo general, otra cosa que el signo externo que la acredita, pudiendo no existir virginidad y sí castidad. Se sostiene que en la mujer soltera o viuda, la castidad existe cuando hay abstinencia de acceso carnal con varón o de prácticas erótico-sexuales con varón o mujer".

¿Qué debe entenderse por *honesto*?

Carrancá y Trujillo sostiene que "desde el punto de vista sexual la honestidad es el recato o moderación en la conducta que se lleva con personas del sexo distinto. El signo externo con que se la distingue lo constituyen las palabras, ademanes y gestos, aficiones y costumbres sociales, afinidades y simpatías, etcétera. Todo lo cual es valorado socialmente mediante un concepto público. Mientras la castidad atiende al ser, la honestidad al parecer".

El término *honestidad* debe interpretarse de acuerdo a la moral sexual dominante, socialmente admisible y debe referirse al momento de esa relación sexual y no a otros momentos o situaciones anteriores o posteriores.

¿Qué debe entenderse por *engaño*?

Porte Petit señala: "es la maniobra que se realiza con el fin de que se crea lo que no es".

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido: "el engaño es la tendenciosa actividad seguida por el agente activo del delito, para alterar la verdad y producir en el agente pasivo un estado de error, confusión, o equivocación para lograr la pretensión erótica".

El acto sexual es una acción personal trascendente en cuanto empieza por ir más allá de uno mismo en la donación al otro de la propia intimidad. Está provisto de una carga erótica neurovegetativa y emocional que no admite cortapisas de conceptos tan mutables como el de castidad y sobre todo el de honestidad, que conforme a las definiciones aludidas anteriormente tienen más que ver con el parecer que con el ser.

En esta materia se observa una desvinculación entre la realidad y el Código. La posibilidad de engaño de una mujer a determinada edad, por ejemplo 17 años, no se corresponde con su posición en la sociedad actual, y parte de una concepción proteccionista, paternalista y en definitiva masculinista. La misma ley tiene efectos criminógenos, pues puede ser utilizada como medio de chantaje económico para coaccionar matrimonios. Tal vez un reconocimiento de la descendencia y de la obligación de alimentos en el ámbito civil sería más acertado que la criminalización del estupro.

