



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES ACATLAN
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS LEGAL DEL TIPO DENOMINADO
VIOLACION FRAUDULENTA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

HERIBERTO ALEJANDRO MALDONADO CASTILLO

M-0012253



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A LA MEMORIA DE MI MADRE Y MI ABUELITA.

Con la evocación de corresponder en algo a los sacrificios que me prodigaron y con el fin de engrandecer su memoria con el trabajo y fruto de quien siempre las recuerda, tanto en los momentos difíciles, como en los más pródigos.

A MI PADRE .

Con el afecto y respeto que se merece .

A NUESTRA ESCUELA NACIONAL DE
ESTUDIOS PROFESIONALES " ACATLAN "
Y EN ESPECIAL A LA
FACULTAD DE DERECHO.

A MIS QUERIDOS MAESTROS

Que encausaron mi vida de estudiante y me
condujeron por el camino del amor, la justicia
y la verdad, a ellos mi filial reconocimiento.

AL LIC. OTHON FLORES VILCHIS.

Con particular afecto por su dirección técnica
en la elaboración de esta tesis profesional,
ya que la ayuda y guía desinteresada que
me proporcionó, tienen un valor
incalculable.

A MIS COMPAÑEROS DE GENERACION

1974 - 1977

A LOS HONORABLES MIEMBROS DEL
JURADO.

PROLOGO

El presente trabajo de investigación, contiene la tesis que he intitulado

" ANALISIS DEL TIPO DENOMINADO VIOLACION FRAUDULENTA "

Al elegir como tema el mencionado delito, ha sido mi intención el plantear las inquietudes que me motivaron y que han surgido del estudio de las normas legales que regulan esta figura delictiva y de la situación actual que se contempla en relación a ella, a fin de que dichos preceptos se ajusten más a la realidad actual de nuestra sociedad, pues es evidente que las consideraciones que se tomaron en cuenta, en la época en que nuestro legislador sancionó este delito han sufrido notable

evolución, razón por la cual las normas legales que regulan este delito, en la actualidad resultan erróneas y absurdas.

A efecto de establecer con mayor precisión la aseveración anterior, hubo necesidad de desarrollar esta tesis en cuatro capítulos, de los cuales mencionaremos brevemente los aspectos más importantes, y así tenemos que :

El CAPITULO PRIMERO, el cual se denominó "CONCEPTO Y GENERALIDADES DEL DELITO DE VIOLACION", se avoca al estudio de las generalidades de este delito, tales como su concepto, el origen de este vocablo, sus antecedentes históricos y el concepto médico legal; todo ello para tener un panorama muy general de lo que a este delito concierne.

En el CAPITULO SEGUNDO, " CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION Y EL BIEN JURIDICO TUTELADO ", se exponen algunas de las opiniones de autores reconocidos en el ámbito del Derecho Penal, con respecto a la clasificación del delito de violación en orden a la conducta, al resultado y al tipo; así como también con relación al bien jurídico que se tutela en este delito, estableciendo cuál de ellos es el que se tutela en el Derecho Penal Mexicano .

En el CAPITULO TERCERO, " ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE VIOLACION ", se hace un análisis de los elementos que integran este delito. Este capítulo tiene una gran relevancia en el objeto de nuestra tesis, ya que uno de esos elementos, que es, el empleo de la violencia física o

moral por parte del sujeto activo a fin de imponer a su víctima la cópula, constituye el núcleo del delito de violación, y sin cuya existencia, este delito no se integra.

Por último, en el CAPITULO CUARTO, " ANALISIS DE LA VIOLACION FRAUDULENTA ", se realiza un breve estudio sobre el delito equiparado a violación, previsto en el artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal, asimismo se analizan tomando como fundamento los artículos que lo regulan, los elementos que constituyen el delito de violación por fraude, y confrontando a éstos con los correspondientes del delito de violación propia, se concluye que el primero adolece del empleo de la violencia física o moral, elemento que constituye la esencia de la violación, sin cuya existencia, dicho delito no se

puede integrar.

Asímismo, es absurdo equiparar a la violencia física o moral con la hipótesis prevista en los artículos que regulan el delito materia de esta tesis, que es, el que una mujer por error confunda a su marido o concubino con otra persona , llegando a copular con ésta.

Por lo anterior, y considerando que la situación prevista en los Ordenamientos Penales de los Estados de Michoacán, Sonora, Aguascalientes y Tamaulipas, es poco frecuente, la posibilidad de su realización, me inclina a sugerir la derogación de los preceptos que la regulan, por ser ellos inciertos y absurdos.

Son éstos y otros puntos los que se tratarán en esta tesis, los cuales son el producto de una investigación y compara-

ción de opiniones de diversos autores, de lo que se desprende que no he descubierto nada nuevo para el jurista ni para los maestros del derecho, sino que tan solo he realizado como ya dije, un estudio de investigación, llegando a conclusiones que considero propias, las que anhelo sean de utilidad para aquéllos que coadyuvan en la aplicación de la justicia .

* * *

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO Y GENERALIDADES DEL
DELITO DE VIOLACION .

1.- CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACION.

La violación constituye el más grave de los delitos denominados sexuales, pues además de la brutal ofensa erótica que representa sus medios violentos de comisión, implican intensos peligros y daños, a la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, o la integridad corporal. (1)

Esto se debe a que en la comisión de este delito se contempla una de las infracciones de naturaleza más grave, dado el empleo de medios coactivos o impositivos, ya que además del daño causado contra la libertad sexual, se dañan otras categorías de bienes jurídicos que a veces resultan comprometedores a través de ataques que se manifiestan por medio de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de libertad física, asalto y lesiones.

Es por lo que siendo dicho delito de resultados graves, tanto la historia de las instituciones penales como la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, se estudia con especial cuidado por reconocidos penalistas , los cuales nos proporcionan un

(1) González de la Vega, Francisco.- " Derecho Penal Mexicano " (los delitos) 10a. ed. Porrúa 1970 p. 376.

concepto de lo que se debe entender como delito de violación, y así tenemos que :

Para el maestro Celestino Porte Petit Candaudap el delito de violación es "la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva". (2)

Sebastián Soler, para él : " el delito de violación es el acceso carnal de uno y otro sexto ejecutado mediante la violencia real o presunta " . (3)

También en los Códigos Penales Mexicanos de 1871 y 1929 podemos obtener un concepto del delito que nos ocupa, y así tenemos que los artículos 795 y 860 respectivamente, reglamentaban por igual el delito de violación, diciendo : " comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo " . (4)

-
- (2) "Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación". 2a. ed. Regina 1973. p. 12 .
 - (3) Soler Sebastián " Derecho Penal Argentino ", 1^a. reimpre^sión total T. III, tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1951. p. 342.
 - (4) González de la Vega, Francisco. - Ob. cit. p. 377.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 265, establece " al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de dos a ocho años de prisión " . Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de cuatro a diez años de prisión.

De los conceptos anteriormente anotados, podemos observar que la esencia del delito que nos ocupa, descansa en el ejercicio de la violencia física o moral para realizar en la víctima la cópula, y este ejercicio es condición necesaria para que pueda configurarse el delito en estudio, que los autores han llamado violación propia.

2. - ETIMOLOGIA DE LA PALABRA

" VIOLACION " .

La palabra violación tiene su origen en el vocablo latino " violatio " , " onis " por lo que etimológicamente violación significa " acción y efecto de violar " , de tal modo que en dicha palabra va implícita la acción, la fuerza con la que se daña a una persona, por ésto es que la palabra violación, ha adquirido vital importancia por el contenido que expresa, y así en los diversos idiomas del

mundo, se pronuncia con igual sentido, y así tenemos que se dice:

En inglés " violation ", en italiano " violazione ", en alemán " verletzug ", en portugués " violacao " .

3.- GENERALIDADES DEL DELITO DE VIOLACION.

El delito de violación se encuentra tipificado en el artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que dice :

" Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, se le impondrá la pena de dos a ocho años de prisión " . Si la persona fuere impúber la pena será de cuatro a diez años de prisión.

Dicho delito se encuentra ubicado en el capítulo I del título décimoquinto del Código Penal citado anteriormente, denominado " Delitos Sexuales ", esta denominación dada por el legislador es impropia, pues mira a la naturaleza del delito y no como debe ser correctamente, al bien jurídicamente tutelado.

Actualmente los Códigos Penales del Estado de México y de Michoacán, emplean denominaciones en orden al bien jurídico tutelado, y así tenemos que el primero de estos ordenamientos legales, en el subtítulo tercero, determina : " Delitos contra la libertad e inexperiencia sexual " .

Los últimos proyectos del Código Penal, o sea el proyecto del Código Penal de 1958, para el Distrito Federal y el Código Penal tipo para la República Mexicana no incurren en el error técnico mencionado anteriormente, pues ambos se refieren a los " Delitos contra la libertad e inexperiencia sexual " , manifestando en la exposición de motivos del Código Penal tipo que : el título tercero, comprende los delitos que se denominan contra la libertad e inexperiencia sexual, precisando en esta forma los bienes jurídicos protegidos, y separándose así del criterio de los llamados delitos sexuales; denominación inaceptable, porque se fundamenta en

la naturaleza realizada y no en el bien jurídico protegido. (5)

De lo expresado anteriormente y en comparación con el Código Penal Vigente para el Distrito Federal, es de observarse que incurre dicho Código en el error técnico de denominación, ya que en el título décimoquinto y bajo la denominación de " Delitos Sexuales " , se en encuentran comprendidos los delitos siguientes :

- a) Delito de atentados al pudor.
- b) Delito de estupro.
- c) Delito de violación.
- d) Delito de rapto.
- e) Delito de incesto.
- f) Delito de adulterio.

Por lo que he considerado propio, que debemos adherirnos a la opinión de que la tipificación de estos delitos, a excepción del delito de rapto, incesto y adulterio, los cuales no deben ser estima dos como delitos sexuales, pues el bien jurídico que se tutela en ellos no es la libertad ni la seguridad sexual, sea bajo la denomina ción de delitos contra la seguridad y libertad sexual, por ser dicha

(5) Porte Petit Candaudap, Celestino.- Ob. cit. p. 10 .

denominación, más técnica, ya que la simple enunciación, nos dá a conocer el bien jurídico que tutela.

4.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION.

Al narrar de manera histórica legislativa el delito de violación, nos vamos a percatar de que siempre era sancionado con marcada se ver dad.

En la antigüedad el delito de violación era castigado con máximo ri gor y así tenemos que en Egipto se castigaba con la pena de muerte, o multa según, si la víctima era soltera o casada (Deutero no m io 2 5 X X I I.)

En el Código de Manú, se sancionaba al violador con pena corporal siempre y cuando la mujer no fuera de su clase social, ni diera su consentimiento pues en caso contrario, no se castigaba al violador. En Grecia, la sanción consistía en el pago de una multa y la obligación de casarse con la víctima, si ésta estaba de acuerdo y en caso contrario, se le condenaba a muerte.

En la Ley de los Sajones, este delito se sancionaba con una multa, lo que era disminuída si concebía la víctima. El Edicto de Teodorico imponía la obligación al violador de contraer matrimonio con la mujer violada, y si era noble y rico, debería entregarle la mitad de sus riquezas. En Inglaterra, Guillermo El Conquistador, impuso para el delito de violación la terrible pena de castración.

(6)

En el Antiguo Derecho Penal Romano y especialmente en la Ley de las Doce Tablas, no se encuentra ningún antecedente en lo que se refiere a los delitos contra la honestidad, pues esta ley sólo se refería al delito de injurias, comprendiendo sólo los ataques a la persona, golpes y heridas, por lo que en dicha época no se estableció una categoría que diferenciara a la violación, sancionándolo tan sólo como delito de coacción o como delito de injurias. Encontrándose dentro de estos delitos el stuprum violentum, el cual era castigado con pena de muerte.

También en la Ley Julia de Vi Pública, se le reservaba la pena capital, pero específicamente en esta época no se encuentra

(6) González Blanco, Alberto.- " Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano " . 3a. ed. Porrúa. México 1974. p. 136.

algún antecedente en cuanto al delito de violación, pues aunque había varias leyes entre ellas la Ley Julia de Adulterios que trataba del estupro, como un delito que va contra la honestidad privada, ninguna de ellas se ocupó de la violación.

En el Antiguo Derecho Español, encontramos algunos ordenamientos legales relacionados con el delito de violación, dentro de los cuales tenemos:

El Fuero Juzgo, que trata de la violación y del rapto en el libro tercero título segundo y establece en su primera ley que si la mujer perdió su virginidad, aquél que la violó no debe casarse con ella, recibiendo en castigo cien azotes delante de todo el pueblo y era dado además por siervo al padre de la víctima.

En la ley segunda, se castigaba con pena de muerte al que cometiera el delito de violación y a la víctima de éste, en el caso que llegaran a casarse.

En la ley tercera, se castigaba al violador o raptor cuando la víctima se hallaba comprometida en matrimonio o era casada, a ser siervo del prometido o esposo.

En la ley quinta, se condenaba al forzador de una mujer casada con pena de tormento y pérdida de bienes que debían pasar por mitad a la víctima y a su esposo.

En la ley octava, se castigaba con pena de decapitación al siervo que violaba a una mujer libre. (7)

El Fuero Real en su libro 4^o título 10 Leyes Primera, Segunda y Cuarta, castigaban con la pena de muerte la violación de mujer soltera; la cometida por varios individuos con una mujer, cualquiera que sea su clase y condición, y la de cualquier religiosa profesa. En el caso de ser varios los que raptasen una mujer, siendo solamente el que cometiere la violación, los demás debían pagar cincuenta maravedises, la mitad para el Rey y la mitad para la mujer violada.

Las Leyes de las Partidas, en el título 20, de la partida 7a. trata de la violación y el rapto y dice la Ley Primera que el que fuerza o roba a una mujer vírgen, casada, religiosa o viuda, que viva honestamente en su casa comete un error muy grande por dos razones : la primera porque la fuerza es hecha sobre persona que vive

(7) González de la Vega, Francisco.- Ob. cit. p. 377.

honestamente y la segunda es que fuerzan una grande deshonra, así pues que conforme a derecho deben ser escarmentados, los que hacen fuerza de las cosas ajenas y más escarmiento deben recibir los que fuerzan a las personas.

En la segunda Ley se preceptúa que la acusación por esta clase de delitos, puede ser hecha por los parientes de la víctima, y si ellos no lo quisieren hacer, puede hacerlo cualquiera del pueblo ante el juzgador del lugar donde fué hecha la fuerza, así también pueden acusar a los que los ayudaron.

La tercera Ley señala la penalidad para el delito de violación y dice que robando un hombre a una mujer de buena fama, vírgen o casada, o yéndose con alguna de ellas por la fuerza además de pasar todos los bienes del violador a la mujer que forzó, puede la víctima si lo desea, casarse con el que la robó o forzó, no habiendo marido; si la mujer robada o forzada fuera monja o religiosa, entonces todos los bienes del forzador deberían pasar al monasterio de donde la sacó.

De todo lo anteriormente dicho, es de observarse que en los ordenamientos legales de épocas pasadas, el delito de violación ha sido

considerado como de máxima gravedad.

En los Códigos Penales Modernos, el delito de violación se sigue considerando como de extrema gravedad, pero se ha abandonado la pena de muerte para los casos de violación, sin perjuicio de agravar las sanciones, cuando en dicho delito concurren otros eventos delictuosos, como los de contagio venéreo y lesiones. Y así, el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871 en su artículo 795 establece : " comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo." Asimismo, el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, en el artículo 860 dice : " comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo. "

También el Código Penal Vigente para el Distrito, nos dice en su artículo 265 " al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de

prisión será de cuatro a diez años y multa de cuatro mil a ocho mil pesos." (8)

5.- LA VIOLACION DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDICO LEGAL.

En el concepto médico legal, la violación no sólo comprende las relaciones sexuales llevadas a cabo mediante la violencia, sino también los actos impúdicos que las reemplazan.

En el primer caso la posesión carnal es no sólo por violencia sino además por astucia o sorpresa, entonces la víctima se haya incapaz de oponer resistencia por razones naturales o artificiales, físicas o psíquicas. De esta manera se explica que los acusados sean a menudo ancianos depravados, degenerados o alcohólicos, etc., y las víctimas sean niñas, dementes, etc.

Son muy frecuentes los casos de violación en que existen causas de impotencia o inconciencia moral en mujeres jóvenes o adultas y estas pueden ser :

(8) González de la Vega, Francisco. - Ob. cit. pp. 377 - 378 .

accidentales, naturales, patológicas y artificiales. (9)

Las causas accidentales serán cuando se posee a la víctima estando impedida de toda defensa, como por ejemplo, sujeción de los brazos, inmovilización del cuerpo, etc. Las causas naturales aparecen en el sueño, pues es admisible en mujeres casadas la hipoestesia local o por error de persona y conciencia vaga del acto; las causas patológicas son estados paralíticos, comatosos, sincópaes, e histérico-nambúlicos. Asimismo, la impotencia artificial comprende la narcosis (cloralíca) y el sueño hipnótico. (10)

Los estados de inconciencia moral son : naturales y artificiales, abarcando los primeros el noctambulismo o sonambulismo, el vigilambulismo o desdoblamiento de la personalidad y los de debilidad intelectual (imbecilidad, idiotismo, etc.)

Los segundos se reducen al sonambulismo provocado. La inconciencia y amnesia que acompañan y subsiguen al acto pueden

(9) Jiménez Huerta, Mariano.- "Derecho Penal Mexicano". 2a. ed. Porrúa 1974. T. III.- pp. 266 - 267.

(10) Martínez Murillo, Salvador.- "Medicina Legal" Doudécima ed. Francisco Méndez, 1978.- p. 275.

complicar la investigación médica del hecho, asimismo estos procesos morbosos mentales se convierten en causas de alucinaciones e ilusiones de falsos atentados violatorios.

El problema esencial del delito de violación en medicina forense, es el de los signos reveladores de la misma y las huellas de violencia; los primeros se dividen en especiales de desfloración y los generales de toda relación sexual, aquéllos comprenden el conjunto de modificaciones impresas a los órganos genitales en el acto sexual primario y consisten en uno o varios desgarros del himen y en heridas de las demás partes genitales externas, asimismo se observan desincersiones vaginales y perforaciones por su continuidad. En los himenes en puente, el desgarró puede revestir formas especiales que dando ya respetado, ya interesado el puente.

De igual manera el desgarró himenal puede ser único o múltiple, lo cual depende de la desigualdad sólida de la membrana.
(11)

Hofmann afirma que el himen labiado se desgarrá por la comisura, dejando dos grandes colgajos verticales, uno a cada lado.

(11) Martínez Murillo, Salvador.- Ob. cit. p. 274.

El himen semilunar se parte por dos puentes laterales resultando un colgajo triangular medio y otro a cada lado.

El himen anular se tiende por cuatro puentes más o menos regulares, los bordes forman unas heridas menos desiguales, rubicundas y tumefactas. La hemorragia es frecuente, siendo muy copiosa.

En cuanto a la cicatrización, se efectúa en un sitio por los bordes cruentos que no se confrontan ni reunen, de tal suerte que las partes desgarradas quedan así sustituidas por una mucosa fina y sonrosada como la de los órganos genitales y no se reconstituye la membrana desgarrada, sino que la reemplazan colgajos aislados correspondientes por su número y formas de desgarros.

Hay sin embargo, casos excepcionales que reviste el tipo de confrontación con líneas blanquecinas de tipo cicatricial. El tiempo necesario para la cicatrización oscila entre tres a veinte días. (12)

Las lesiones de las demás partes genitales externas dependen de factores ya físicos, ya fisiológicos, por lo que debe tenerse en cuenta la violación del acto y la resistencia de los tejidos de la víctima.

(12) Martínez Murillo, Salvador.- Ob. cit. p. 274.

Estas lesiones son raras en la joven núbil, se presentan con más frecuencia en la niña. En las menores de seis años la violación es imposible físicamente por la profundidad de las partes genitales.

En las de seis a once años sólo puede realizarse la violación a costa de verdaderos traumatismos genitales. Estos interesan el perineo, el tabique recto vaginal o los fondos de saco vaginales, y resultan graves y complicados por lo común, en este caso se trata de una violación incompleta, con desgarró parcial del himen.

De once años a la edad núbil, no se observan por lo regular más traumatismos que el desgarró himenal, siendo ligeras, cuando existen las demás lesiones genitales; en las vírgenes adultas estas últimas lesiones con excepciones sólo se explican por circunstancias accesorias (violencia externa, extenosis vaginal), aún en mujeres desfloradas y en multiparas pueden hallarse traumatismos genitales extensos, profundos y graves. Se trata en tales casos de fenómenos de sadismo o de verdaderos atentados criminales. (13)

(13) Martínez Murillo, Salvador. - Ob. cit. pp. 273 - 275 .

Aparte de los signos especiales de la violación, quedan los generales de toda relación sexual y éstos son : la presencia de esperma, la contaminación venérea y la fecundación, éstas dos últimas no siempre se presentan. (14)

Las violencias ejercidas en la víctima cuando son de carácter general tienen por objeto vencer su resistencia o acabar con su vida, así como la de satisfacer la pasión sádica. Más raras en las niñas, y más comunes en las vírgenes y mujeres desfloradas que tienen conciencia del acto, son las manifestaciones de equimosis y arañazos que afectan sitios típicos como las manos, muñecas, miembros interiores, boca, cuello, etc.

El diagnóstico de la violación se establece por los vestigios del acto sexual, la infección venérea y la presencia de zoospermos. Los primeros comprenden, la realidad de las relaciones sexuales cuyo signo capital es el desgarró del himen y éste restringe su valor por la existencia de himenes resistentes y por la posibilidad de confundir éstos con formas anatómicas atípicas, asimismo cabe la posibilidad que se rompa dicha membrana por lesiones traumáticas vulvares (caída a

(14) Martínez Murillo, Salvador. - Ob. cit. p. 273.

horcajadas sobre cuerpos duros), lo propio puede decirse de las maniobras onanísticas capaces de romper el himen.

Las infecciones de la vulva (ulceraciones, gangrena) se convierten en causas de error, de tal manera que la contaminación venérea ofrece un valor secundario, ya que no es forzoso que reconozca la violencia como causa, ya que existen diversos modos de infección vulvar accidental, para dar a aquella un valor absoluto.

La presencia de zoospermos es decisiva para diagnóstico de la desfloración de la mujer. En cambio en una mujer casada la persistencia y vitalidad de tales elementos puede crear confusiones.

(15)

La fecundación no fundamenta un criterio diagnóstico, ya que es posible con relaciones puramente externas o vestibulares. Además del caso general pueden ofrecerse los particulares de la violación de niñas, doncella adulta, casada y la múltipara.

(15) Martínez Murillo, Salvador.- Ob. cit. pp. 259 y 275.

En la primera todo depende de la edad y la violencia en el acto desde el desgarró del himen a los grandes destrozos genitales. En la doncella adulta han de tenerse en cuenta las disposiciones anatómicas y resistencia de aquella membrana. Hay ocasiones en efecto (himen semilunar, circular, labiado de colgajos) en que pueden establecerse las relaciones sexuales sin desgarró.

En la mujer casada hay además del desgarró y sus huellas (curumculas, mirtiformas), una serie de modificaciones genitales, tales como son, la relajación vulva-vaginal y el descenso de la horquilla.

La fecha del arentado se deduce, aunque de manera aproximada, por la precisa fecha de cicatrización del desgarró del himen. El plazo es variable, oscilando entre tres a veinte días.

En cuanto a la contaminación venérea, se rige con fecha por la del tiempo de incubación. En la blenorragia se extiende del cuarto al vigésimo día; en el chancro blando del cuarto al octavo y en la sífilis de la tercera a la quinta semana. (16)

En cuanto a la fecundación se fijará la fecha por las reglas generales del embarazo (suspensión de menstruación, modificaciones de la areola mamaria.)

Los tocamientos impúdicos y atentados pederásticos ofrecen huellas diferentes que sirven para caracterizarlos. Recaen por lo común, los primeros en niñas y revisten tipos diversos, como las maniobras digitales o con cuerpos extraños. Igualmente se hallan relaciones sexuales perineales aparte de las formas de rose vestibulovulvar.

Las lesiones de traumatismo genital presenta toda una escalla, desde la de simples rasguños a la de destrozos vaginales. Los cuerpos extraños obran por lo común como causantes en tales casos, otros signos vienen representados por la vulvo-vaginitis con síntomas de dolor, rubicundez, tumefacción y flujo purulento. Aparece de los dos a los tres días y su intensidad depende de la constitución de la niña, la susceptibilidad de la mucosa vulvar y la violencia del atentado. (17)

(17) Martínez Murillo, Salvador.- Ob. cit. p. 266.

Su duración viene condicionada por estos factores y también por la eficacia del tratamiento. Se complica a veces con ulceraciones o gangrena y puede pasar al estado crónico.

En los abusos repetidos pueden observarse un conjunto de modificaciones de los órganos sexuales, tales como la dilatación del orificio himenal, el desarrollo del capuchón del clitoris, el estado marchito de los tejidos.

El diagnóstico del atentado agudo comprende el de los signos comunes, el del caso especial y del de la fecha. Acerca del primero, se concluirá por la violación o los abusos deshonestos cuando sean de excluir las violencias accidentales o traumáticas. En las niñas de muy corta edad las lesiones genitales externas equivalen a abusos por la imposibilidad de la violación.

En las niñas más crecidas, pero de desarrollo genital imperfecto, un desgarró indica una maniobra externa, o sea una tentativa; asimismo, los destrozos vulvovaginales se refieren más bien a maniobras brutales con cuerpos extraños.

Los desgarros himenales atípicos (agujero desinserción) constituyen la señal de maniobras bruscas con cuerpos extraños. En las jóvenes adultas los desgarros del himen proceden de las relaciones sexuales. En cambio los traumatismos graves dependen de la acción de los cuerpos extraños.

La vulva vaginitis, simple consecutiva a los atentados sólo aparece en las niñas de corta edad. Sin embargo, como en ellas es muy frecuente la vulvitis espontánea, el diagnóstico se hace dudoso; además no hay signo diferencial alguno entre una y otra, declarándose ambas con preferencia en niñas, débiles y mal cuidadas.

La contaminación venérea se diagnostica según la enfermedad que la provoque. La blenorragia sólo puede afirmarse por la presencia del gonococo de Neisser, ya que los síntomas clínicos son insuficientes.

A continuación se estudiarán sus relaciones con el atentado dada la frecuencia de la vulvitis blenorragia en la niña. La mucosa vaginal de las niñas posee un efecto, una susceptibilidad para la

implantación gonocócica, fuera de todo atentado. Así se infectan con objetos de tocador, baños, lienzos, termómetros, etc. (18)

La confrontación del acusado y de la víctima puede suministrar un elemento de valor cuando ambos están infectados. Sin embargo, deben establecerse reservas aún en tales condiciones ya por defectos de observación, ya de interpretación.

En primer lugar se obtienen a veces resultados negativos en casos ciertos de contagio. El acusado debe hallarse ya curado de una blenorragia que sufriría cuando el atentado y que no se encuentra ya en el examen.

Asímismo, puede haber tenido o tener aún blenorragia crónica o gota militar. Esto, por lo demás cabe que de buena fé lo ignore el enfermo, como es posible también que pase inadvertida por el Perito.

La contaminación sifilítica, es susceptible de afirmación cuando las manifestaciones primitivas recaen en los genitales externos.

Importa sin embargo, caracterizar la espiroqueta sifilítica y no contentarse con los síntomas clínicos diferenciales de otras enfermedades (herpes, vulvitis simple erosiva, difteria, gangrena.)

La contaminación chancrosa en la niña es una verdadera rareza y su diagnóstico se funda en los caracteres clínicos y el hallazgo del basilo de Ducrey.

En general cabe decir que los abusos deshonestos son raros en las doncellas adultas y carecen de cierto signo. Sólo en los casos extremos se revelan por traumatismos graves genitales o perigenitales.

En los abusos reales, pero ligeros en las niñas, pueden faltar los signos por haber desaparecido las lesiones. Cuando que da reducido a la vulvitis común no podrá afirmarse nada por lo equívoco del proceso.

Sólo es lícito fundamentar el diagnóstico positivo cuando hay lesiones perceptibles, infección venérea o espermatozoos. En cuanto a los atentados crónicos con sus deformaciones genitales, no cabe reconocerlos, ya que los signos son los mismos que en el

onanismo.

El atentado pediátrico constituye un capítulo especial con su etimología, síntomas y diagnóstico. Las víctimas generalmente son niños, mientras que los adultos y viejos son raramente objeto de aquél .

Se distingue del atentado con violencia del crónico o habitual. El primero comprende lesiones traumáticas locales y a distancia, dependiendo las primeras de circunstancias físicas. Se caracteriza por rubincundez, desgarró y deformación del infundíbulo.

Los segundos son a veces profundos y ocupan por lo regular la línea media, cerca del rafe y las puntas de mayor adherencia de la mucosa; el infundíbulo es una retracción anal hacia arriba en forma de embudo de vértice rectal y lados glúteos.

Se ha señalado la parálisis del esfínter como signo del atentado y lo propio se dice de la relajación del orificio. También se describen dolores, ardores y comezón, entre los síntomas subjetivos. En general estos signos desaparecen a los pocos días sin dejar huellas, a no ser que haya cuerpos extraños. Hay que pensar

entonces en el diagnóstico diferencial con el onanismo, los actos criminales y los sucesos accidentales.

La presencia de zoospermos es demostrativa y prueba la realidad del acto violatorio. La contaminación venérea ofrece diversos aspectos según se trate de la blenorragia, el chancro blando o la sífilis.

El valor de la primera para caracterizar el atentado pederástico ha sido muy discutido y aún negado, el chancro blando es sumamente raro, pero cuando existe constituye un valioso signo de diagnóstico; el chancro sífilítico presenta la misma importancia de tal manera que la comparación del sitio de las lesiones sífilíticas entre el acusado y la víctima, pueden proporcionar útiles indicios.

Hay que tener presente, sin embargo, la posibilidad de circunstancias fortuitas y excepcionales que modifiquen el criterio diagnosticado. El examen del acusado puede además por sí solo aportar datos útiles (residuos pilosos, fecal y zoospermos.)

El atentado crónico comprende signos de diagnóstico, como la presencia de deformaciones y la contaminación venérea. Los

primeros abarcan el infundíbulo anal y la relajación del esfínter muscular que puede llegar al prolapso de la mucosa, en cuanto a las deformaciones genitales de la pederastia activa, puede haber alargamiento del glande, y la hipertrofia o hipotrofia peniana.

* * *

CAPITULO SEGUNDO

CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION

Y EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

1.- CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION.

La doctrina nos proporciona una clasificación teórica de los delitos, la cual en nuestro derecho no es íntegra sino parcial por lo que clasificando el delito de violación desde varios puntos de vista, tenemos :

a) EL DELITO DE VIOLACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Se trata de un delito de acción, pues en él no se presentan las formas de omisión y comisión por omisión. Esto es, dada la naturaleza del tipo, o sea la cópula, solamente puede efectuarse la violación por un hacer. De este parecer es González Blanco al expresar que, en orden a la conducta, el delito de violación se clsifica, como de acción. (19)

Por su parte, Vannini, ha establecido este problema: el delito de violación carnal como delito formal, es delito de acción. Es evidente que ninguno puede ser actor del delito de violación por omisión. Pero si no puede hablarse de autores del delito de viola

(19) González Blanco, Alberto.- Ob. cit. p. 140.

ción por omisión, muy bien se puede ser responsable de este delito en calidad de concurrente, por efecto de un comportamiento omisivo,
(20)

También se considera que este delito es unisubsistente o plurisubsistente, esto es, como la violación se consuma con la realización de un solo acto o varios actos, entonces se trata de un delito unisubsistente o plurisubsistente .

b) EL DELITO DE VIOLACION EN ORDEN
AL RESULTADO .

En la actualidad la clasificación en delitos de peligro y delitos de lesión, tiene una gran importancia. Estos últimos son los que aparecen con más frecuencia en las legislaciones penales y en ellos aparece la lesión de un determinado bien jurídico como por ejemplo : la muerte en el homicidio, las heridas en las lesiones, etc. El otro grupo, delitos de peligro, sólo exigen que se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido por la ley. (21)

(20) Vannini. - "Quid Juris ? Il Delitto di Violenza Carnale". - T. III. - pp. 10 - 13, Milano, 1949.

(21) Castellanos Tena, Fernando. - "Lineamientos Elementales del Derecho Penal." - 8a. ed. Porrúa, 1974. - p. 137 .

Así pues, el concepto de peligro significa la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado.

El delito de violación en consecuencia y atendiendo a esta clasificación es un delito de lesión, y no de peligro, por lo que al realizarse la cópula violenta, se lesiona al bien jurídico tutelado por el Derecho.

c) EL DELITO DE VIOLACION EN ORDEN
AL TIPO.

En orden al tipo el delito de violación es :

a) Autónomo e independiente, ya que tiene vida propia puesto que no se deriva de ningún otro, ni entra en la integración otro tipo de delito. (22)

b) Fundamental o básico, en cuanto a la primera parte del artículo 265 del Código Penal para el Distrito, porque el tipo no contiene ninguna circunstancia, que implique agravación o atenuación de la pena, por lo que hace a la parte final del citado artículo es

completado cualitativo de violación, cuando se establece que si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de cuatro a diez años de prisión. (23)

2.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

Tanto desde el punto de vista legal, como de la doctrina jurídica, se encuentran reconocidos y protegidos, los bienes jurídicos sexuales, los cuales se han dado en llamar " Seguridad Sexual " , y " Libertad Sexual " .

Pero antes de establecer el concepto de estos bienes de naturaleza sexual, y de conocer qué bien jurídico se tutela en el delito de violación, es conveniente tener una noción de lo que debe entenderse por bien jurídico.

a) CONCEPTO DE BIEN JURIDICO.

El concepto de bien jurídico, adquiere mayor trascendencia, a partir de que Ihering, revoluciona la temática de la concepción finalista del derecho.

Tuvo su génesis en Alemania cuando en el año 1834, y por conducto de Birnbaum, ingresa al campo del derecho, iniciándose desde ese momento una nueva orientación científica de profunda repercusión en el campo penal. La doctrina de ese entonces, en Alemania siguiendo a Feuerbach, concebía al delito como la violación de un derecho subjetivo.

Pero a partir de la nueva orientación creada por Ihering, se consideraba que el concepto del derecho subjetivo no era noción suficientemente comprensiva, ya que existen varios e importantes intereses tutelados por el derecho a los que les corresponde un tal derecho .

De esta manera se encuentra el objeto del delito y de la protección jurídica en los bienes de la vida .

Existe un concepto de bien jurídico, que se define como " el interés jurídicamente protegido " . El concepto de bien jurídico, es común a todo el campo del derecho, pero dentro de la materia penal, tiene una importancia especial, no porque la función del derecho penal sea otorgar la tutela jurídica, sino por su especial forma de otorgarla, por medio de la amenaza y de la ejecución de la pena .

De lo anterior, tenemos que éste puede presentarse como objeto de protección de la ley o como objeto de ataque contra el que se dirige el delito, y no debe confundirse con el objeto de la acción, que pertenece al mundo sensible. Para la comprensión de esto, podemos seguir el ejemplo del caso del robo, en éste el objeto de la acción es el objeto substraído, en cambio el objeto de protección es la propiedad.

El concepto de bien jurídico, dentro del campo de lo penal, cumple un papel importante, ya que nos demuestra y nos dá a conocer con exactitud la función del orden jurídico penal; facilita la comprensión de los tipos penales, y nos dá la base para la exposición sistemática de la parte especial, y en la práctica nos facilita la correcta interpretación y aplicación de la ley.

b) EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL
DELITO DE VIOLACION.

Ya con anterioridad habíamos dicho que los bienes sexuales de la persona son :

- i) La libertad sexual.
- ii) La seguridad sexual.

Siendo el concepto de libertad sexual el que nos interesa, pues éste es el bien jurídico que se tutela en el delito de violación, podemos definirlo de la manera siguiente :

" Es la libertad que tiene todo sujeto para realizar actos sexuales en la forma y con la persona que desee " . Pero esta libertad de amar sexualmente no sólo descansa en la libre voluntad de mantener con otro relaciones sexuales, sino también, en la capacidad psíquica del individuo para válidamente manifestar dicha voluntad, en orden a las indicadas relaciones; siendo en el primer caso, libertad efectiva y en el segundo libertad potencial. (24)

c) DIVERSAS OPINIONES SOSTENIDAS EN
RELACION AL BIEN JURIDICO PROTEGIDO
EN EL DELITO DE VIOLACION.

Existen diversas opiniones de autores en relación al bien jurídico que se tutela en el delito en estudio, por lo que es necesario conocer dichas opiniones para llegar a conocer el verdadero bien jurídico que se protege, y al respecto tenemos :

(24) Jiménez Huerta, Mariano.- Ob. cit. p. 216.

Eusebio Gómez, sostiene que el bien jurídico lesionado en el delito de violación, es la honestidad, es decir, el pudor individual, agregando que la violación implica, desde luego, un ataque a la libertad sexual, pero no es ella el bien jurídico que se lesiona, sino el sentido de pudor que reviste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad. (25) El concepto anterior fué basándose muy probablemente en el derecho penal argentino, pero en el nuestro es total mente inaceptado.

Para Frías Caballero, el bien jurídico tutelado es el pudor individual como sinónimo de honestidad, y , subsidiariamente, la libertad sexual. (26)

González Roura, sostiene que no puede considerarse como deshonesto, a la mujer que ha sido víctima de una violación, ya que su voluntad no ha concurrido al acto y por lo tanto, no hay razón para incluir a ese delito en los delitos contra la honestidad, ni tampoco dentro de los delitos contra la libertad, en atención a

(25) "Tratado de Derecho Penal." T. III. Buenos Aires, 1946, p.p. 87 - 88 .

(26) " El Proceso Ejecutivo del Delito ". Ed. Bibliográfica Argentina. 1958, p. 268 .

que la intención del sujeto activo se encamina a obtener la cópula y no, a atacar la libertad. (27)

Para Fontan Balestra, el bien jurídico lesionado por la violación, es la libertad individual, en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual. (28)

En el derecho positivo mexicano el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito es la libertad sexual, contra lo que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (violencia física, vis), o bien por el empleo de amagos, contreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen, o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, metus) . Por lo que con la violencia física o moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que no ha querido, lesionándose así el derecho personal de elección para realizar sus actos sexuales.

(27) " Derecho Penal " . T. III. Buenos Aires, 1955, p. 104.

(28) " Delitos Sexuales " . Ed. De Palma. Buenos Aires, 1956. p. 41 .

Tenemos entonces que en el delito de violación, se lesiona primordialmente la libertad sexual de la persona, sin distinción de sexo; si es mujer puede estar desflorada o no estarlo, ser casada o soltera, incluso ser una prostituta, ya que ni la edad, ni la calidad de la persona hacen variar el concepto legal del tipo del delito, pues lo que protege la norma penal, es como ha quedado dicho, la libertad de la persona en su aspecto sexual.

Los tribunales han establecido "el delito de violación no protege la virginidad, ni la honestidad sino la libertad sexual"; que "el bien jurídico protegido por el legislador al estatuir el delito de violación, es la libertad sexual de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofendida no hubiese sido virgen, no excluye de responsabilidades al sujeto activo de la infracción". "Siendo la violación un delito que atenta contra la libertad y seguridad sexual, la forma en que la víctima pueda oponer resistencia, el yacimiento requiere facultad de defenderse para frustrar el ataque y no habrá tal posibilidad, si por alguna razón o circunstancia, la parte ofendida no pudo oponer resistencia al yacimiento, debido a la debilidad mental que presentaba, o sea que si biológicamente podría ser púber, mentalmente tenía edad infantil" .

(Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, XII. p. 180. Segunda Parte.)

" 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, sea por la fuerza material en el cuerpo del sujeto pasivo, anulando así su resistencia, o bien por el empleo de amagos o constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves, por lo que se le impide resistir, independientemente del hecho de que el uso de esa violencia no haya dejado huellas materiales en el cuerpo de las ofendidas " .

(Semanario Judicial de la Federación, cb. p. 829

Quinta Epoca.)

3.- FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE VIOLACION.

El momento de la plena ejecución de la acción violatoria de la norma penal puede ofrecer dos distintas formas :

La tentativa y la consumación.

a) La tentativa.

La tentativa requiere la ejecución de actos idóneos e inequívocos. Existe por la ejecución incompleta de un delito, o sea, en

tanto la ejecución no se ha realizado por completo.

Esto puede ocurrir, bien porque el agente suspenda los actos de ejecución y consumación del delito (delito intentado o tentativa inacabada), o bien porque el agente realice todos los actos de ejecución que han de producir el resultado, no ocurriendo ésto por causas externas, imprevistas o fortuitas (delito frustrado) o tentativa acabada. (29)

En el delito frustrado; el hombre no sólo emplea todos los medios que la experiencia constante ha demostrado que resultan idóneos para la obtención efectiva del daño, sino que además tiene la certidumbre y previsión física de que tal daño ha de verificarse, quiere ésto y realiza todos aquellos que de acuerdo con las leyes conocidas de la naturaleza, puedan producir la consumación del delito; por lo tanto, aunque por cualquier impedimento imprevisto e inevitable que sobrevenga, éi no obtenga el efecto pernicioso, sin embargo es reo, por haber perfeccionado el acto en cuanto de él dependía. Y referente a la tentativa inacabada, cualquiera que haya

(29) Castellanos Tena, Fernando. - Ob. cit. p. 289 .

sido la causa que detuvo la mano del culpable a la mitad de la ejecución del delito o en los límites del último acto, es cierto que le faltó realizar los otros varios actos físicos o uno último que, sin embargo, eran necesarios; en el delito frustrado por el contrario, realiza todos estos actos; ejecuta todos los que dependían, por consiguiente pueden serle imputados como actos todos aquellos que en la tentativa simple fueron iniciados; de tal suerte, estos establece una diferencia del hecho entre la tentativa simple y el delito frustrado.

La distinción entre tentativa inacabada y delito frustrado, hoy en día tiene una gran relevancia, toda vez que se toma en cuenta tanto al delito, como la temibilidad del sujeto activo, que es el núcleo de los problemas de la tentativa; y de aquí la nueva fuerza que trae consigo la distinción entre tentativa inacabada por propio desistimiento (desistimiento espontáneo de la tentativa) y la inacabada por causas independientes a la voluntad del sujeto (desistimiento condicionado) esta acreditativa de una temibilidad mayor, la otra menor.

" Asimismo, en cuanto a la frustración, pueden distinguirse entre la propia, en la cual se realizan todos los actos de ejecución,

pero el resultado no se consuma por causas ajenas (vg. administrar venenos a una persona, pero dada la intervención médica la cual impide el deceso) y la impropia o imposible, en que, realizándose también todos los actos de ejecución, el resultado es imposible por una radical imposibilidad. (vg. aplicar un abortivo a una mujer no embarazada) . En ambos casos la temibilidad del sujeto es la misma; el resultado se frustra por diversas circunstancias. A la frustración impropia se le llama también delito imposible" . (30)

Del texto del precepto legal vigente (artículo 12 Código Penal para el Distrito) se colige en primer lugar que los actos han de ser unívocos, no equívocos, y por medio de ellos habrá el inicio de la ejecución.

En segundo lugar encontramos que dada la amplia redacción del citado precepto, caben las siguientes tentativas punibles :

1. - La tentativa inacabada, por causas ajenas a la voluntad del agente; es el comienzo de ejecución, puesta en acción por los medios para la consumación de un delito.

2. La tentativa acabada (delito frustrado), en la que por su definición misma, la frustración no puede tampoco reconocer su causa en la voluntad del agente.

La segunda parte del artículo citado dice que, para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiese llegado en la ejecución del delito; lo que corrobora lo dicho con anterioridad en el sentido de que el legislador admite que la tentativa punible puede presentar diversos grados no solo, el de la tentativa inacabada.

Es de gran importancia observar que el legislador de 1931 fundó la figura de la tentativa en causas ajenas a la voluntad del agente, y no señaló punibilidad a la tentativa espontáneamente desistida. Sobre esta cuestión debe establecerse que la tentativa inacabada cuando es por desistimiento propio, no es punible de acuerdo al artículo 12 del Código Penal vigente para el Distrito.

Concluyendo; la tentativa inacabada por autodesistimiento no es punible. La inacabada por causas ajenas a la voluntad del agente y la acabada o frustración sí son punibles.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación admite la tentativa en el delito de violación al establecer " que si el acusado ejecuta una serie de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de violación y causas ajenas al infractor le impidieron la consumación de su propósito, comete el delito de violación en grado de tentativa."

(Semanario Judicial de la Federación LIV p. 1996,
Quinta Epoca.)

" Conforme a los artículos 265 y 266 del Código Penal para el Distrito, comete el delito de violación el que, por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona, sea cualquiera su sexo; y de conformidad con el artículo 12 del mismo ordenamiento, hay tentativa punible cuando se ejecutan hechos encaminados directamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto. "

Ahora bien, si se comprueba que el acusado ejecutó actos que tendieron a efectuar la cópula con una niña menor de nueve años, la violencia se desprende del hecho que la ofendida dada su edad, no podía resistir a los actos ejecutados en ella; y si del dictamen médico legal consta que la ofendida, presenta equimosis en los órganos genita

les e igualmente se justifica que el acusado no logró llegar al fin de sus deseos por causas ajenas a la voluntad, como la de haber sido sorprendido en el momento, aquél es reo del delito de violación en grado de tentativa, y la sentencia que así lo declara no es violatoria de garantías.

(Semanario Judicial de la Federación LI, p. 150
Quinta Epoca .)

" Si el delito de lesiones se evidenció y fué el medio de que se valió el sujeto activo para consumir el acto tentado de violación en la ofendida, ya que al oponerse la golpeó en diversas partes de su organismo, pero el agente desistió de su propósito por una causa ajena a su voluntad, toda vez que al pasar un tercero lo impidió, de ahí que en estricta técnica existió violación en grado de tentativa " .

(Semanario Judicial de la Federación, XVIII, p. 721,
Sexta Epoca .)

En otra ejecutoría, el máximo tribunal sostiene " Que si sólo existe el desgarramiento del perineo, no puede tenerse por comprobado el cuerpo del delito, pero sí, la violación en grado de tenta

tiva, ya que el acusado ejecutó todos los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de dicho delito, y si no se consumó fué por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. "

(Semanario Judicial de la Federación LI, p. 2916,
Quinta Epoca .)

Si los médicos legistas encontraron desgarramientos incompletos en el himen de la ofendida, pero que no permiten la introducción del órgano sexual masculino, se llega al conocimiento de que en el caso, se trata de un delito de violación.

(Semanario Judicial de la Federación XII, p. 89,
Segunda Parte, Sexta Epoca .)

" Habrá violación en grado de tentativa, si del examen de los medicos de prueba, se concluye con certeza que el inculpado realizó actos encaminados directa e inmediatamente a obtener por medio de la violencia física la cópula con la ofendida, no lográndose la consumación del acto, por causas ajenas a la voluntad del agente activo."

(Semanario de la Federación LXII, p. 65, Sexta Epoca
Segunda Parte.)

Evidentemente, en el delito de violación, puede darse la tentativa inacabada, la acabada o frustración, así como el delito imposible. Es decir considerando el concepto de cópula en sentido lato " cualquier forma conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, habrá tentativa cuando exista un inicio o total ejecución, y no se realiza la introducción del órgano masculino en el orificio vulvar o en otro, por causas ajenas a la voluntad del agente. Es indudable que el comienzo de ejecución, o sea la tentativa inacabada, se efectúe con la vis absoluta o compulsiva. De tal manera que desde el momento de usar la violencia o la amenaza real, la tentativa ha comenzado. Frías Caballero expone que cuando son utilizados los medios de hipnotismo, embriaguez, narcóticos, etc., por el agente activo con el propósito de llegar por estos medios a la realización de la cópula, la tentativa surge tan luego el agente pasivo ha sido reducido a cosa inerte, puesto que están anulando la libertad de determinación sexual, la cual representa el bien jurídico tutelado por la ley. " (31)

(31) Ob. cit. p. 282.

Coligese de lo anteriormente dicho que el momento del " inter criminis " : tentativa, abarca desde que se realiza la violencia hasta los actos ejecutivos anteriores a la introducción del órgano sexual masculino en el orificio vulvar o anal, debiéndose aplicar la punibilidad de la tentativa el artículo 63 del Código Penal para el Distrito que establece que a los responsables de tentativa punible, se les aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, del mencionado Código hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario. (32)

Según criterio de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando el inculpado tenía la intención de copular con una menor, esta intención no es punible, como tampoco lo es el hecho de haberle dicho que quería estar con ella y para tal efecto hubiese tenido intención de tirarla al suelo, pues estos actos no son ejecutivos del delito, pues aunque son unívocos porque revelan la intención del sujeto, no son actos ejecutivos, sino actos preparatorios no punibles, por lo que la sentencia reclamada cuando exista esta circunstancia, por el delito de violación en grado de tentativa es violatoria. (33)

(32) Porte Petit Candaudap, Celestino. - Ob. cit. p. 73.

(33) Semanario Judicial de la Federación, XLVI, p. 34. Sexta Epoca, Segunda Parte.

b) LA CONSUMACION.

Un delito consumado es " aquél en el que todos sus elementos consumativos, según el modelo legal, se encuentran reunidos en el hecho realizado " .

Porte Petit nos dice : "El delito de violación se consuma, cuando se realiza la cópula por los medios descritos en el tipo." (34)

En opinión de Eusebio Gómez, " La verificación de la cópula completa, no es necesaria para que la violación quede consumada, si se ha producido el acceso carnal." (35)

En nuestro derecho no se define el delito consumado lo que es lógico, pues cuando la acción causa el efecto, el delito se consumó.

Refiriéndonos a la consumación en el delito de violación, se admiten para tenerlo por consumado dos sistemas :

(34) Ob. cit. p. 66 .

(35) " Derecho Penal Argentino." T. III. p. 343. Buenos Aires, 1947.

- a) El materialista, que exige como condición necesaria la penetración del órgano masculino en el femenino, aunque la cópula sea imperfecta y
- b) El racionalista, que exige el simple contacto o aproximación, pues atiende preferentemente a las consecuencias morales de la acción del agente. (36)

En nuestra legislación, dada la redacción del artículo 265 del Código Penal para el Distrito, es evidente que, para tener debidamente consumado el delito de violación por lo que a la cópula se refiere, no se requiere ni siquiera la introducción plena del miembro viril, menos una cópula perfecta (la inmissio seminis) , sino que es suficiente la conjunción carnal, imperfecta de las partes sexuales, a condición de que haya introducción del pene en vaso idóneo o no idóneo. Es decir la violación se consuma cuando se realiza la cópula por los medios descritos en el tipo.

Los tribunales han establecido " El delito de violación se integra por la violencia y no requiere la existencia del desfloramiento ni de lesiones corporales, dado que basta la coacción física o moral que produzca la realización de la cópula contra la voluntad de la ofendida " .

(Semanario Judicial de la Federación 666, Quinta Epoca .)

" La cópula, primer elemento de la violación, queda demostrada tratándose de, por la prueba de que una desfloración reciente, es decir, por la ruptura del himen causada por el choque traumático sexual recibido " .

(Anales de Jurisprudencia, XIII, p. 236.)

CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE
VIOLACION.

En relación a los elementos que constituyen el delito de violación, diversos autores opinan desde su personal punto de vista; así tenemos que para Mariano Jiménez Huerta los elementos del delito en estudio son : la cópula y la violencia física o moral. (37)

Para Eugenio Cuello Calón son : un hecho de yacimiento, que sea ilícito y la voluntad de yacer. (38)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto : Las constitutivas de este delito, son : el ayuntamiento, que éste se verifique por medio de la violencia física o moral y que el agente pasivo no preste su voluntad; las señales de violencia que presente dicho agente pasivo, si no se comprueba que fueron el resultado de actos para vencer su falta de voluntad, no pueden ser elemento para considerar que existe el delito. El dictamen pericial no puede comprobar, en manera alguna, la falta de voluntad del ofendido; por otra parte es evidente que la definición del delito requiere la falta de voluntad cuando principia el acto, aún cuando después venga el arrepenu

(37) "Derecho Penal Mexicano." Ob. cit. p. 251.

(38) "Derecho Penal." 13^a. ed. Bosch, 1972. p. 578.

timiento, pues de no darse esta interpretación a los preceptos legales relativos, éstos resultarían antijurídicos y contrarios a la naturaleza, porque se castigaría a la víctima de un engaño, o cuando menos de un arrepentimiento, del cual no es culpable, y porque la naturaleza del acto debilitó el libre albedrío, y hace imposible suspender aquél, cuando el paciente manifiesta su falta de voluntad o su arrepentimiento.

(Semanario Judicial de la Federación XXV, p.p. 1133-1134
Quinta Epoca .)

" Los elementos constitutivos del delito de violación consisten en : la cópula, entendiéndose ésta como cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella; con persona de cualquier sexo, en ausencia del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción y con la concurrencia de la violencia física y moral, es decir ya sea que el sujeto activo concorra a la fuerza material para anular la resistencia de la parte ofendida " Vis absoluta ", que la amenace de males graves que la intimiden " Vis compulsiva " , logrando así realizar el ultraje. "

(Semanario Judicial de la Federación XLIII, p. 95, Sexta
Epoca, Segunda Parte.)

" Para la integración del delito de violación no es necesario probar la castidad y honestidad de la ofendida, elemento que corresponde al delito de estupro, sino que por el contrario acreditar :

- a) Violencia física y moral del sujeto activo.
- b) Para tener cópula con una persona.
- c) Que sea sin la voluntad de ésta, cualquiera que sea su sexo, en la inteligencia de que si el sujeto ofendido fuere menor de catorce años, se entenderá por existente la violación, aún cuando aparezca que prestó su voluntad para la cópula."

(Semanario Judicial de la Federación, XLIII, p.p. 95-96,
Sexta Epoca, Segunda Parte.)

El criterio anterior seguido por la H. Suprema Corte incurre en el error de incluir como elementos del delito de violación a la violencia física y moral, y la cópula realizada sin la voluntad del ofendido, creando así una redundancia, pues en el ejercicio de la fuerza física o moral va implícito la falta de consentimiento de la víctima.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito, ha establecido : el delito de violación se integra por tres distintos elementos; uno primero material, la consumación de la cópula, otro segundo de igual naturaleza y que consiste en el empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacciones morales, siendo necesario a este respecto que el empleo de los segundos se traducen frecuentemente en una fuerza de carácter moral, en virtud de la intimidación que produce en la víctima. Hay finalmente un tercer elemento, que la cópula realizada con violencia se verifique en ausencia de la voluntad de la víctima.

(Anales de Jurisprudencia, XIII, p. 236)

De lo anterior deducimos que el delito de violación contiene los elementos de todo delito (conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad) . Por otra parte la doctrina nos proporciona su aportación, y conjuntamente con el precepto legal del artículo 265 del Código Penal vigente que dice : " Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho

años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa de cuatro mil a ocho mil pesos " ; se colige de lo anterior que los elementos son los siguientes :

- 1) Una acción de cópula violenta.
 - a) Cópula normal.
 - b) Cópula anormal.

- 2) Que esa cópula se efectúe en persona de cualquier sexo.
 - a) Sujeto activo.
 - b) Sujeto pasivo.

- 3) El empleo de violencia física o violencia moral.
 - a) Cópula por medio de la vis absoluta.
 - b) Cópula por medio de la vis compulsiva.

PRIMER ELEMENTO.

1.- ACCION DE COPULA VIOLENTA.

En la violación, la conducta típica se integrará por el acceso carnal o cópula, la cual constituye el elemento objetivo, siempre y

cuando, esta se realice mediante el empleo de la violencia, en cualquiera de sus formas.

Según el diccionario de la Academia, cópula significa atadura, ligamento de una cosa con otra, en sentido estricto y etimológico es sinónimo de unión. (39)

El verbo cópula del latín copulare, en su carácter jurídico reflexivo, indica unirse o juntarse carnalmente, pudiéndose notar que esta conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o el modo como se opere. Aplicando las anteriores nociones al lenguaje relativo a la conducta sexual, resulta que por cópula deberá entenderse todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna.

Ya Jiménez de Asúa ha dicho que el verbo activo con que se expresa el núcleo del tipo, no reviste a veces, indicios de antijuricidad, sino se pone en relación con el medio. " El acceso carnal es una función ajena al derecho punitivo sino va acompañado de violencia o de fraude " . (Salvo hipótesis de menor de edad de la víctima.) (40)

(39) González Blanco, Alberto. - Ob. cit. p. 146.

(40) Jiménez de Asúa, Luis. - " Tratado de Derecho Penal".
T. III. 2a. ed. Buenos Aires, 1958, p. 810.

Con relación al elemento objetivo de la violación la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho " para que exista el delito de violación, se requiere el hecho de acceso carnal con persona de uno o de otro sexo, que es lo que constituye la maternidad de este delito."

(Semanario Judicial de la Federación LXXX, p. 5274.

Quinta Epoca.)

a) COPULA NORMAL O ANORMAL.

Fisiológicamente la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, previas las condiciones sicológicas; lo que implica necesariamente una actividad viril normal o anormal. De esta manera concluimos que en su acepción erótica, la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la vía vaginal; y a los anormales, sean éstos homosexuales masculinos de varón a mujer, pero en vasos no idóneos.

El Código penal vigente para el Distrito en su artículo 265 que dice " al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo admite que

la cópula puede ser normal (vagina) como por la vía anormal (empleo del ano y la boca), pues el legislador al aceptar la posibilidad de la cópula anormal no establece restricción al respecto .

La H. Suprema Corte sostiene " el artículo 249 del Código Penal de Tamaulipas, sanciona a que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta sea cual fuere su sexo " .

En virtud de esta expresión cabe entender que la especie criminosa de que se trata puede configurarse tanto en presencia de relaciones homosexuales como heterosexuales, puesto que el vocablo cópula sólo significa, gramaticalmente, según el diccionario de la lengua española, unirse o conjuntarse carnalmente.

(Semanario Judicial de la Federación CIV, p. 479,
Quinta Epoca .)

En mi opinión se debe seguir este criterio, que considera que la cópula puede ser normal o anormal, ya que el legislador

lo está aceptando, tal como lo demuestra la lectura del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito.

b) CONCEPTO DE COPULA NORMAL.

De la misma manera que para el estupro, en la violación la unión o ayuntamiento que presupone la cópula, ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo, ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral. Dada la redacción del artículo 265, no hay margen alguno a la duda de que tanto cópulas normales, como anormales quedan comprendidas en la descripción típica.

La cópula existe en el momento en que se produce la introducción aunque fuere incompleta, del órgano viril en la abertura vulvar, anal u oral sin que sea preciso se efectúe la inmisio seminis, ni en la cópula normal que se produzca la rotura del himen o desfloreamiento.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido "En el delito de violación", el elemento cópula debe tomarse en su más amplia asepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, con eyaculación o sin ella y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aún cuando no haya llegado a realizarse completamente" "La cópula que la ley exige en la tipificación del delito de violación, no requiere la plena consumación del acto fisiológico, ya que para integrar dicho elemento constitutivo es suficiente el solo ayuntamiento carnal, aún cuando no haya eyaculación" .

(Semanario Judicial de la Federación, p. 300,
Sexta Epoca.)

SEGUNDO ELEMENTO.

- 2) QUE ESA COPULA SE REALICE EN PERSONA
DE CUALQUIER SEXO.

Desde el punto de vista de los posibles protagonistas activos y pasivos podemos establecer las siguientes hipótesis verosímiles en el delito de violación .

- a) Cópula de hombre a mujer, por la vía natural.
- b) Cópula de hombre a mujer, por vía contra natura, es decir, en vasos no idóneos fisiológicamente para el concúbiteo.
- c) Cópula homosexual masculino, de varón a varón.

Se excluye la posibilidad en el delito, el acto homosexual femenino, de mujer a mujer, porque en el frotamiento lésbico no existe cópula pues hay ausencia de introducción sexual, ahí se configuraría el delito de atentados al pudor o nada.

De las hipótesis enunciadas observamos que existen dos diversos grupos caracterizados; en el primero se considera que la mujer puede ser sujeto pasivo y en el segundo no se establece limitación alguna, pudiendo serlo tanto el hombre como la mujer.

a) SUJETO ACTIVO.

En cuanto al hombre como sujeto activo del delito de violación no hay duda alguna, dado su conformación orgánica.

Por lo que atañe a la mujer como sujeto activo, existen muchas divergencias.

Aún cuando teóricamente es aceptable que la mujer pueda ser sujeto activo de la violación, cuando fuerza o intimida a un hombre para el coito, creemos que en la práctica y en general es el hombre el sujeto activo del delito, pues la cópula sólo queda integrada cuando existe introducción sexual, lo cual implica ineludiblemente un acto viril, sea normal o anormal. (41)

Puede asimismo, existir en un momento dado, una consideración traducida a una excitación por parte de una mujer, como en el caso de una mayor de edad para con un menor, pero en este momento ya se está en una nueva figura delictiva que podría ser la corrupción de menores.

Con relación al sujeto activo en el delito de violación, tenemos la opinión de los siguientes autores :

Eusebio Gómez dice : " Sujeto activo de la violación puede ser no sólo un hombre, sino también una mujer, porque no es absurda la suposición de que una mujer procure tener contacto carnal con un hombre mediante intimidación; tampoco debe excluirse la posibilidad de violencia física de la mujer sobre el hombre

(41) González de la Vega, Francisco.- Ob. cit. p. 285.

con el fin expuesto " . (42)

Cuello Calón manifiesta " Sujeto activo de este delito puede serlo cualquiera, no solo un hombre, sino también una mujer cuando obre en concepto de inductora o cooperadora." (43)

Antónisei nos dice " Que el sujeto activo de la figura criminal de violación puede ser un individuo de uno u otro sexo; aunque normalmente la violencia carnal se consuma de un hombre a una mujer " . (44)

Sebastián Soler, sostiene un argumento distinto y dice " Que si el acceso carnal quiere decir entrada o penetración, la mujer esta imposibilitada para ser sujeto activo " . (45)

En México, Alberto González Blanco se adhiere a este criterio y manifiesta que "El elemento nuclear de la acción descrita en la ley es tener cópula y tener cópula es una conducta activa y agrega

(42) Gómez Eusebio. "Leyes Penales Anotadas." ed. Ediar, S. A. - Buenos Aires, 1953, T. II. pp. 267 - 268 .

(43) "Derecho Penal" Ob. cit. p. 577.

(44) "Manuale di Diritto Penale." Parte Speciale, T. I. p. 360. Milano, 1954 .

(45) "Derecho Penal." Ob. cit. p. 344 .

que " como la cópula consiste en la introducción del órgano sexual en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que, quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir; el hombre."(46)

Otros autores estiman que la mujer puede ser sujeto activo en perjuicio de un hombre solo, en el caso de un desarrollo exagerado del clitoris.

Concluyendo, considero como dije al principio, que aunque generalmente y en la práctica es el hombre el sujeto activo del delito, teóricamente, también lo puede ser la mujer mediante la violencia física, puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto al hombre venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la maniobra fisiológica realizada, máxime cuando dentro del concepto cópula queda comprendida la fellatio in ore .

(46) Ob. cit. p. 162 .

b) SUJETO PASIVO .

A diferencia del estupro en que la acción criminal debe recaer en mujer casta y honesta menor de dieciocho años, en la violación el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin distinción alguna, pues el artículo 265 de nuestra legislación penal así lo declara " tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo " .

En cuanto a la edad o desarrollo fisiológico, el estado civil y a la conducta anterior del sujeto pasivo no se establece limitación alguna. De tal suerte que las condiciones del sujeto pasivo son indiferentes para la integración del tipo, varones o mujeres, casada, vírgen, soltera; jóvenes o adultos, de vida sexual deshonesto o impúdica. Pero estas circunstancias servirán para la individualización de la pena de acuerdo con los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito .

Esta total indiferencia obedece a que cualquier sujeto puede sufrir la unión carnal impuesta por medios coactivos o impositivos, atacándose de esta manera, aparte de su seguridad, la libertad de determinación en materia erótica .

Así mismo la cópula debe realizarse con una persona viva excluyéndose por tanto el animal o cadáver, pues si la cópula se efectuara en un cadáver se integraría el delito previsto en la fracción II del artículo 281 del Código Penal para el Distrito. (47)

Así, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido " que la ausencia de recato o de honestidad de la ofendida, es indiferente para la integración del delito de violación " .

(Boletín de Información Judicial de la Federación CIII.
p. 438, Quinta Epoca .)

Para quienes estiman benigna la sanción señalada en el Código Penal para el Distrito, para la violación, son importantes las reflexiones de Pacheco sobre este particular " la violación puede hacerse en una mujer casada, soltera o viuda, doncella o en una mujer pública." ¿ No debería haber alguna diferencia en las sanciones de acuerdo a los intereses, derechos que al respecto se hieren ? '

¿Debe la ley garantizar del mismo modo contra esos

(47)

Establece que se impondrá de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 50 a 1,000 pesos, al que profane un cadáver o restos humanos de vilipendio, mutilación, obscenidad o brutalidad.

brutales arrebatos a una prostituta, que a una vírgen, a la que vive en holgura, que la que se dedica a sus hijos en el hogar? (48)

En mi opinión personal, creo que la ley penal es correcta pues el bien jurídico objeto de la tutela penal es el de la " libertad sexual del ofendido y no su pudor u honestidad ", y no porque un sujeto no tenga pudor o castidad, ha perdido su derecho a la libre determinación en materia erótica y ha dejado también de merecer la protección legal contra actos lúbricos que le sean impuestos sin su anuencia; pues la falta de pudor no implica la desaparición de su libertad sexual.

TERCER ELEMENTO

3) EL EMPLEO DE : VIOLENCIA FISICA O VIOLENCIA MORAL .

Para que la cópula o acceso carnal, integre la conducta típica en la violación, es preciso que en su realización medie la violencia. (49)

(48) " El Código Penal Concordado y Comentado " T. III. Sexta ed. Madrid. p. 127 .

(49) González Blanco, Alberto. - Ob. cit. p. 151 .

La violencia son los medios que se emplean para vencer la resistencia de la víctima, cuando ésta es psíquica y físicamente capaz de oponerla y permitir al sujeto activo realizar la cópula con ella.

Unas veces el sujeto activo del delito para doblegar la voluntad contraria a su víctima, ejerce sobre ella la violencia física (vis) o violencia moral (metus) ; caracterizándose la primera en que los medios de comisión obran directamente sobre el cuerpo de la víctima, y la segunda, en que son de naturaleza intimidatoria.

Violencia, registra el diccionario, es la fuerza o ímpetu en las acciones; la fuerza con que a uno se le obliga a realizar lo que no quiere. La fuerza es la violencia que se hace a otro, con intención de causarle daño en su persona, o en sus cosas, no pudiendo defenderse de ella.

a) COPULA POR MEDIO DE LA VIS ABSOLUTA.

Referido el concepto anterior al delito de violación diremos que es el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la cópula en contra de su voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física ha

de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima y, por tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica .

El empleo de la fuerza material (vis) hace revestir al delito un carácter muy grave por el extremo peligro que acarrea, ya que el brutal ímpetu de la acción ofende intensamente la libertad personal o la integridad corporal.

En cuanto a la resistencia, que es el elemento objetivo de la fuerza, Francisco Carrara exige que sea seria y constante, entendiendo por seria que sea realmente verdadera, es decir no sea en gañosa y por constante, que se mantenga desde que se inicien los ac tos violentos hasta su terminación, (50) considero que la exigencia de Carrara es absurda y exagerada, pues basta que haya evidencia de que la víctima opuso resistencia para evitar la violación, sin que ten ga que probarse que ella se mantuvo desde que se iniciaron los actos violatorios hasta la consumación .

(50) Programa de Derecho Criminal. (Traducción de José Ortega Torres) Ed. Temis, Bogotá, 1958. T. II. (parte especial) , pp. 254 - 255 .

Por su parte Pacheco dá su opinión, siendo ésta más general y dice " La violación no se presume, la fuerza no es el principio común de los actos entre hombre y mujer, lo es el consentimiento " . " No es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos " . La ley no exige tanto. Sobre todo, al igualar la violencia física con la intimidación, ha dado bien claro a entender la idea que la dirige. No debía buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores colosos de fuerza o de poder. Resultando que la resistencia fué verdadera y que se emplearon los medios capaces de sujetar, de inutilizar, de amenazar a una persona común, la violación está justificada. (51)

La Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que " la fuerza ha de ejecutarse sobre la misma persona que se viola, y ha de ser constante, pues si aquélla cede al que violentamente intente poseerla, no puede considerarse víctima de violación " .

(Semanario Judicial de la Federación, LX, p. 768,
Quinta Epoca .)

(51)

" El Código Penal Concordado y Comentado " .- T.
III. Ob. cit. p. 126 .

Es de interés recordar el caso que señala Vannini, cuando la violencia fuera dirigida a un fin diverso del de la comunión carnal y el culpable se valiese enseguida de la incapacidad física de la mujer para unirse carnalmente con ella. " Así como la solución que le da, en el sentido de que " " en este caso el hecho sería doloso " . (52)

En la comisión de este delito, el empleo de la fuerza física puede traer como consecuencia la comisión de otros delitos, ya que la violencia física empleada se caracteriza porque se constriñe físicamente al ofendido para realizar en él, la fornicación y siempre implica acciones compulsivas ejecutadas materialmente en el cuerpo del protagonista pasivo para superar o impedir su resistencia muscular; estas imposiciones pueden consistir en simples maniobras como amordazamiento, sujeción y atadura de la víctima, o la comisión de ataques corporales, integradores, además de la violación otras infracciones como golpes, lesiones, disparo de arma de fuego, entre otros.

(52) " Quid Iuris ? T. II.- Delitto de Violenza Carnale " . Ob. cit. p. 15 .

Y por último, dada la importancia de este elemento, " Violencia Física " , es oportuno recordar, que entre los procedimientos de violencia usados por el actor y la cópula debe existir una relación causal, o sea entre la fuerza y la cópula en otras palabras es indispensable que la fuerza sea la causa determinante del vencimiento de la víctima y del logro de la cópula no aceptada .

De todo lo antes dicho en relación a este elemento, considero que por ausencia de la liga causal y sin perjuicio de la posible existencia de otros delitos, no se integra el delito de violación en los casos en que la víctima, después de haber sido golpeada y humillada por afán morboso, acepte el ayuntamiento, o cuando el maltrato tenga lugar después de realizada la cópula, esto es, que dicho elemento es determinante para la existencia de este delito, y que para que se configure es necesario que dicha fuerza este en relación causal con el vencimiento del sujeto pasivo .

b) COPULA POR MEDIO DE LA VIS COMPULSIVA .

Otro de los medios exigidos para que pueda tipificarse el delito es la vis compulsiva o violencia moral, la cual existe cuando el delincuente amaga o amenaza a una persona con un mal grave, pre

sente o inmediato, capaz de intimidar al sujeto pasivo.

El profesor Ure, al hacer referencia a la violencia moral, exige que el daño objeto de las amenazas o amagos, además de ser grave e inmediato, sea determinado para que la víctima esté en condiciones de apreciarlo en toda su magnitud. (53)

El legislador contempla la vis compulsiva, la cual no anula precisamente la total posibilidad de elección, pero que actúa en ella en forma tan grave que la víctima se ve obligada a sufrir en su persona el mal que realmente no ha querido, para evitar otros males que estima como mayores y de los que se ve amenazado en sí mismo o en persona ligadas a él.

Al aplicar al delito de violación lo dicho con antelación, resulta que la violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños y amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causen en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir el ayuntamiento que en realidad no ha querido.

(53) " Los Delitos de Violación y Estupro ".- Ed. Ideas, Buenos Aires, p. 17.

No es necesario que el amago de tales amenazas o daños se refieran directamente al sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues éste puede intimidarse con el anuncio de que los males recaerán en persona de su afecto .

Comparando los efectos de la coacción moral y de los amagos físicos, los autores citan el caso de violación de Lucrecia, la cual no se venció ante la amenaza de muerte por parte de Sexto Tarquino, sino que se doblegó ante el temor de la deshonra, pues Tarquino le dijo que si no se entregaba a él, la mataría y después colocaría el cuerpo desnudo de un esclavo a su lado, para que el pueblo creyere que había sido muerta cuando estaba consumando el más repugnante adulterio .

Estimo que debemos considerar como Vis Compulsiva, la exteriorización del sujeto pasivo de un mal inminente presente o futuro capaz de constreñirlo para realizar la cópula .

Así como también que la gravedad del miedo y lo fundado e irresistible del temor, son valores variables en cada caso concreto que deben ser examinados por el juez, teniendo en cuenta el carácter intimidativo de la amenaza y la naturaleza más o menos débil del amenazado .

VIOLACION ENTRE CONYUGES. - En la doctrina se ha discutido sobre la posibilidad de existencia de violación entre cónyuges, existiendo diversidad de opiniones al respecto.

Sin embargo, una de las opiniones más aceptadas es de que el marido que copula con una mujer contra su voluntad y aún empleando la violencia física o moral, no comete el delito de violación, pues está en ejercicio de un derecho, y sólo se configuraría este delito cuando pretendiera realizar actos contra - natura, al igual que la resistencia vencida de la mujer que se opone al débito conyugal, en razón de conocer una enfermedad contagiosa del cónyuge.

Sebastián Soler dice : " No existe violación cuando media débito conyugal, pero por lo mismo, el matrimonio no excluye la posibilidad de violación; ya que ésta puede producirse por actos contra - natura que no sean debidos. Puede también haber oposición, legítimamente fundada en la necesidad de evitar el contagio de un mal. Vencer esa resistencia constituiría violación " . (54)

Raúl Carrancá y Trujillo estima de igual manera, al decir " No es constitutivo del delito, el coito del marido con su cónyuge, sin el consentimiento de ésta y aún empleando la violencia, pues ello es un ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima: en cambio sí cabe esta especie de violación, cuando el marido pretende la cópula en conjunción anormal o contra - natura " . (55)

De opinión contraria es Eusebio Gómez quien dice : "Los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación en la hipótesis planteada, invocan el argumento de la licitud con la cópula emanada del derecho a lo mismo que al marido pertenece. Tiene su fundamento en la institución del matrimonio y a sus modalidades responde. Pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar la enunciada. Lo que sus defensores han debido demostrar, es que contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercer un derecho, cuando le es negado por la mujer. Esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. Por res-

(55) "Código Penal Anotado."- 3a. ed. Porrúa, 1971, p. 658.
Nota 870 .

peto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia física o moral, tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación" . (56)

Porte Petit opina que dada la relación marital, los cónyuges tienen una recíproca obligación sexual y consiguientemente, cuando uno de ellos realiza la cópula por medio de la fuerza física o moral, no ataca la libertad sexual, porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose entonces el delito de violación. (57)

Considero de manera personal que el acto sexual realizado por medio de la vis absoluta a la vis compulsiva, en contra de la esposa renuente, sí integra el delito de violación porque el marido carece de derechos para imponerle la cópula por medios violentos.

La mujer tiene frente al marido libertad sexual, el consentimiento dado por ella al contraer matrimonio para cohabitar no es un consentimiento férreo, sin libertad en cuanto al momento y circunstancias.

(56) Ob. cit. pp. 122 - 123 .

(57) Ob. cit. p. 53 .

Jurisprudencia.- Nuestros tribunales han establecido :

" El Código Civil, al referirse al matrimonio, no menciona en forma expresa, como una obligación de los contrayentes lo sexual; pero siendo uno de los fines el matrimonio, la reproducción de la especie, los cónyuges están obligados en todo caso a aquéllos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa, quedando por consiguiente, excluidas las cópulas de carácter anormal, aquéllas en que intervenga el uso de anticonceptivos y las cópulas con enfermos que padecen males transmisibles, porque estos ayuntamientos serían ilícitos, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro, Aún en el supuesto de que la cópula se verifique por la vía normal, si se exige en forma violenta existirá el delito de violación, pues siendo el matrimonio un contrato, el cumplimiento del mismo debe ser exigido sin que se autorice para ello el empleo de la violencia".

(Anales de Jurisprudencia, XXXIV, p. 523.)

Por último, es importante observar con relación a este tercer elemento y de la lectura del texto legal del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual establece " al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años", que dicho Código no incurre en el error técnico en el que caen algunos de los ordenamientos penales de los Estados de la República, que emplean en la redacción del texto legal del delito de violación , "sin la voluntad de ésta", pues ahí existe redundancia en la ley al establecer que la cópula se obtenga por medio de la "violencia física o moral y sin la "voluntad" de la ofendida" .

Por lo tanto, bastaría decir que el acceso carnal se obtenga por medio de la violencia física o moral, pues esta fuerza implica necesariamente la ausencia de voluntad de la víctima .

Por lo expuesto, creo necesario que los Códigos Penales de los Estados de Aguascalientes, Colima, Chihuahua, Yucatán, entre otros, que incurren en ese error técnico, deben hacer las reformas pertinentes para que no exista redundancia ni confusión en el precepto regulador de este delito .

* * *

CAPITULO CUARTO

ANALISIS DE LA VIOLACION
FRAUDULENTA .

1) DELITO EQUIPARADO A VIOLACION .

Considero conveniente que antes de iniciar el análisis legal del delito que nos ocupa en este capítulo, que es el de violación por fraude, exponer brevemente la figura delictiva conocida en la doctrina como "delito equiparado a violación" pues el estudio de que del se haga nos será de gran utilidad, ya que una de las circunstancias o estados en que puede encontrarse una persona al momento de ejecutarse el acto violatorio y que el legislador consideró para crear el precepto legal, es el sueño, dicho elemento, con seguridad fué asimismo considerado por el legislador para tipificar el delito de violación fraudulenta en las legislaciones penales de algunos estados de la República Mexicana, pues es aceptable que una persona dormida, pueda ejecutar determinados actos sin darse cuenta de ello, de tal suerte, es comprensible que el legislador estimará inciertamente que una mujer en estado onírico, puede en un momento dado incurrir en el error de confundir a su marido o concubino, con otra persona, llegando a tener acceso carnal con ésta .

El delito equiparado a violación, consiste en la acción de copular con personas que están incapacitadas para resistir ya física o psíquicamente el acto que se realiza en su persona. Es evidente,

que esta hipótesis no entraña el uso de la violencia física o moral, elemento que constituye la esencia del delito de violación, sino que el legislador equiparó a aquélla con los estados o situaciones en que el sujeto pasivo puede encontrarse en el momento de ejecutarse en su persona la violación, estados que le impiden repeler el ataque .

Nuestra legislación penal en el artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal describe el delito equiparado a violación así :

" Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa."

De lo anterior, deducimos que los elementos de este delito son :

- 1) Una acción de cópula .
- 2) Que esa cópula recaiga en :
 - a) Sujeto pasivo menor de 12 años .
 - b) En persona que no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales .

- c) En persona que por cualquier otra causa
no puede resistir el ataque.

1) En cuanto a la cópula es aplicable el concepto de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los sujetos activos y pasivos pueden ser el hombre como la mujer .

- 2) a.- Cópula efectuada con persona menor de 12 años.

Hay violación, cuando se copula con persona menor de 12 años, pues la ley establece con carácter general que el consentimiento prestado por un menor de dicha edad carece de validez jurídica, habida cuenta de que quién lo otorga no está en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y en consecuencia la cópula con él tenida, encierra un ataque contra su libertad sexual. (58)

b.- Persona que no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales .

Cuando el sujeto pasivo padece enajenación mental, sea

(58) Jiménez Huerta, Mariano.- Ob. cit. p. 265.

en forma patológica de sus facultades volitivas o de estado psiquiátrico de inconsciencia. Esta demencia le impide conocer y darse cuenta del acto que se realiza en su cuerpo. (59)

Para la integración no interesa que el enfermo mental preste su consentimiento, éste se estima que está viciado, de tal manera que carece de valor para considerar como lícita la conjunción carnal. Es evidente, que cuando la cópula se realiza estando el enfermo mental en estado lúcido (enfermos mentales intermitentes) , no puede equipararse a la violación, pues en este momento el demente no está privado de razón .

c). - Causas que impiden al sujeto pasivo resistir .

El artículo 266 equipara también a la violación, la cópula con persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de resistir la conducta delictiva. Las situaciones que pueden presentar

(59) González de la Vega, Francisco. - Ob. cit. p. 399 .

se son de naturaleza transitoria, en las que el sujeto pasivo pierde momentáneamente su aptitud cognoscitiva, por causas traumáticas, fisiológicas o patológicas, de tal suerte que le privan de conocer y resistir el acto que se realiza en él.

Entre las causas de origen patológico podemos mencionar a los desvanecimientos, síncope, etc. ; las de origen fisiológico como el sueño y el sonambulismo. (60)

Con respecto a la violación realizada con persona que se encuentra sonámbula, debemos aclarar que resulta sumamente difícil, pues aunque evidentemente en este estado la víctima puede realizar sin conciencia determinados actos, estos son generalmente simples, pero es poco probable que pueda llevarse a cabo el coito sin que el sujeto pasivo vuelva a la conciencia. Considero con mayor razón la imposibilidad de efectuar la cópula con persona que se encuentra dormida, pues seguramente el acto que se pretende realizar en ella la

(60) Jiménez Huerta, Mariano. - Ob. cit. p. 266 .

despertaría, salvo en el caso en que se haya o le hayan suministrado somníferos, enervantes, o en otras circunstancias especiales.

Los actos en que la posibilidad de resistir es originada por el sujeto activo, mediante actos dolosos, son de mayor importancia e interés para el derecho penal, por la gran peligrosidad que entraña el hecho de crear estados de inconsciencia provocados por anestésicos, afrodisíacos, narcóticos o bebidas embriagantes, pues éstos producen la privación del sentido a las personas a quienes se les suministran en sobredosis, provocando generalmente alteraciones o trastornos psíquicos por intoxicación. (61)

Concluyendo, considero que respecto a la cópula realizada con sujeto pasivo menor de 12 años, y con persona que se encuentre en estado de enajenación mental, el legislador fué acertado al equiparar esta conducta al delito de violación, pues aunque en la ejecución no se está haciendo uso de fuerza física o moral, se equipara

(61) Jiménez Huerta, Mariano. - Ob. cit. p. 266.

M-0018253

esta fuerza al estado en que se encuentra la víctima, estado que es aprovechado dolosamente por el violador y que le impide repeler el ataque .

En cuanto a la violación realizada con persona que se haya dormida, definitivamente fué errónea la apreciación del legislador al equipararla a la violación propia, pues resulta ingenuo pensar que el sujeto en quien se realiza la fornicación no logre despertar, salvo en los casos que he citado en páginas anteriores .

Del análisis legal del delito equiparado a violación, se observa que uno de los estados en que puede encontrarse el sujeto pasivo y que le impide resistir el acto violatorio es el sueño, elemento de vital importancia para el análisis del delito materia de esta Tesis, ya que la apreciación e interpretación que se haga de él nos será de gran ayuda para determinar si fué precisa la apreciación del legislador al equiparar la conducta fraudulenta al delito de violación .

2) LA VIOLACION FRAUDULENTA EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.

Se considera como medio fraudulento idóneo por falta de conciencia del hecho en el delito de violación, el caso en que aprovechándose de la obscuridad de la habitación, la salida del marido, el semi-sueño de la víctima u otras circunstancias propias, un hombre se introduce en el lecho de la mujer de otro, consintiendo ella el coito en la creencia de que es matrimonial o concubinario.

Haciendo referencia a este delito en tiempos pasados, encontramos que bajo el imperio del Código Italiano de 1869 la jurisprudencia consideró como delito, la conjunción carnal con persona que no se encontrase en situación de resistir por medios empleados por el sujeto activo.

En Francia sin disposición expresa se ha declarado por la casación, que es responsable del delito de violación el que aprovechándose del semi-sueño de una mujer, penetra en el lecho

fraudulentamente y yace con ella haciéndola creer que es su marido.

Un fallo dice "que el crimen de violación consiste en el hecho de yacer con una mujer contra su voluntad, ya provenga la falta de su consentimiento de la violencia física o moral que se ejerció sobre ella, ya de otro medio que consistía en cubrirla o sorprenderla para conseguir sin la voluntad de la víctima el objeto que se propuso el autor del acto; que de los hechos provocados resulta que el sujeto activo valiéndose de engaños y artificios con el objeto de hacerse pasar por su marido se ha introducido en el cuarto y en el lecho de la mujer de éste, y aprovechándose del semi-sueño en que se hallaba sumida ha logrado yacer con la expresada mujer que estaba tan distante de concebir sospechas de que no era su marido la persona con quien cohabitaba" .

En nuestra legislación penal del Código de 1931, para el Distrito, lo mismo que los anteriores no tipificaron el delito de violación por fraude o engaño.

Es en la creación del Código de Defensa Social Veracruzano en su artículo 209 párrafo 2º, en que se tipifica esta figura delictiva la cual establece :

"Se impondrá la misma sanción establecida por el artículo anterior (violación propia), al que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido o concubino y tuviere con ella cópula" .

El mencionado artículo fué reproducido en el precepto 198, párrafo 2º del actual Código Penal de 1948 del mismo Estado de Veracruz, sustituyendo únicamente el término "concubino por concubinario" .

Ulteriormente el proyecto del Código Penal de 1949 para el Distrito, en el artículo 257 estableció "Se impondrá la pena prevista en el artículo 255 (violación propia) a quien abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubino, tuviere cópula con ella" .

Por lo que respecta a los Estados de la República Mexicana :

a) El Código Penal de Aguascalientes, en su artículo 238 dice "se impondrá la misma sanción establecida en el artículo anterior (violación propia), al que se aproveche del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubinario y tuviere con ella cópula" .

b) El Código Penal de Michoacán, en el artículo 244 preceptúa "se impondrán las penas previstas en el artículo anterior (violación propia), a quien abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubino, tuviere cópula con ella."

c) El Código Penal de Tamaulipas reza "se impondrá la pena prevista en el artículo 243 (violación propia) a quien abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubino, tuviere cópula con ella" .

d) El Código Penal de Guerrero en su artículo 231 establece "Al que abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubino, tuviere cópula con ella, se le impondrá sanción de tres a seis años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos" .

e) El Código Penal de Sonora en su artículo 244 preceptúa "se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o

concubino, tuviere cópula con ella" .

3) SUGERENCIA DE QUE LOS PRECEPTOS QUE
REGULAN EL DELITO DE LA VIOLACION
FRAUDULENTA, SEAN DEROGADOS.

Considerando lo establecido en los anteriormente citados Códigos Penales, en lo que a la violación fraudulenta se refiere, hagamos un breve análisis legal de esta figura delictiva, para concluir si fué aceptada la apreciación del legislador, al considerar la conducta fraudulenta como delito de violación, o es necesario sugerir que los preceptos legales que la regulan sean derogados .

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

Como se ha dejado claramente establecido en páginas anteriores, el delito de violación por fraude ha sido tipificado en forma sustancial (en cuanto a sus elementos), en las legislaciones penales de varias de las entidades federativas, por lo que a efecto de determinar cuáles son los elementos que integran este delito, citaremos sólo uno de los artículos que lo regulan y así tenemos que el artículo 244 del Código Penal Michoacano establece:

"Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior (violación propia), a quien abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubino, tuviere cópula con ella".

De la redacción de la norma legal, se deduce que los elementos del delito de violación por fraude son :

- 1) Acción de cópula
 - a) Cópula normal o anormal.
 - b) Concepto de cópula normal.

- 2) Que la cópula se realice sólo en persona de sexo femenino.
 - a) Sujeto activo.
 - b) Sujeto pasivo.
- 3) Existencia de error de parte del sujeto pasivo.
- 4) La cópula impuesta se realiza con la ausencia de violencia física o moral.
 - a) Concepto de la cópula por medio de la fuerza física.
 - b) Concepto de la cópula por medio de la fuerza moral.

PRIMER ELEMENTO.

- 1) Acción de cópula.

Ya con anterioridad, al analizar los elementos constitutivos del delito de violación propia, habíamos dicho de la cópula, de acuerdo al diccionario de la Academia Real de la Lengua Española, significa: unión o ligamento de una cosa con otra.

En su carácter jurídico y proyectándolo a lo sexual significa, unirse carnalmente, sólo que a diferencia a lo que ocurre en la violación propia en la cual este significado se aplica para entender por cópula todo ayuntamiento o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna; la violación fraudulenta presenta una innovación, la cual expondremos al analizar los sujetos pasivos y activos que intervienen en la integración de este delito, innovación que trae consigo la limitación al significado de la cópula, pues de acuerdo a la redacción de los artículos legales que la regulan, por cópula debe entenderse, todo ayuntamiento entre personas de sexo distinto.

a) Cópula normal o anormal.

Lo que caracteriza a la cópula, es la necesaria introducción sexual, concluyendo por tanto, que por cópula debemos entender en el delito de violación por fraude a los ayuntamientos sexuales de varón a mujer por la vía normal (vagina) o anormales, es decir, por vasos no idóneos (ano, boca) .

Lo anterior, en virtud de que mientras en la violación propia, dado los preceptos legales, son admisibles las conjunciones carnales homosexuales masculinas; en el delito de violación fraudulenta y de acuerdo al artículo 244 del Código Penal de Michoacán, que establece : " Se impondrán las penas a quien abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubino, tuviere cópula con ella " , acepta que la cópula puede ser por la vía normal (vagina), como por la vía anormal (ano, boca), pero solo entre personas de distinto sexo, excluyéndose por tanto, las conjunciones homosexuales, sean masculinas o femeninas.

b) Concepto de cópula normal .

Se tiene por existente la cópula, cuando se ha llevado a cabo la introducción del órgano viril en la vagina, en el ano o en la boca, aunque ésta sea incompleta y sin que sea precisa la eyaculación, sin embargo, de conformidad con la redacción del artículo 244 del Código Penal del Estado de Michoacán, existe una restricción que es, que la cópula realizada sólo sea entre personas de sexo opuesto, pudiendo ser ésta normal o anormal, pues ambas quedan comprendidas dentro del tipo legal .

SEGUNDO ELEMENTO.

- 2) Que la cópula se realice sólo en persona de sexo femenino .

De conformidad a lo establecido en el multicitado artículo 244 del Código Penal Michoacano, y desde el punto de vista de los posibles sujetos activos y pasivos que pueden intervenir en el delito de violación fraudulenta, podemos establecer las siguientes hipótesis :

- a) Cópula de hombre a mujer, por la vía vaginal.
- b) Cópula de hombre a mujer, en vasos no idóneos fisiológicamente para el concubito (ano, boca .)

Se excluye la posibilidad : en este delito de las relaciones homosexuales, tanto masculinas como femeninas, ya que el precepto es bien claro al establecer " Se impondrán las penas a quien abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubino, tuviese cópula con ella. "

a) Sujeto activo .

A diferencia de lo que ocurre en el delito de violación propia, que no determina quién o quienes pueden ser los sujetos activos y pasivos, ya que el precepto que lo regula establece : " Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo"; en la violación fraudulenta sí se establecen de manera clara y precisa, pues el artículo 244 del Código Penal de Michoacán al preceptuar "Se impondrán las penas, a quien abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubino, tuviese cópula con ella", nos está indicando sin lugar a dudas que el sujeto activo del delito que nos ocupa, es el hombre, caracterizándolo que es el poseedor del órgano viril capaz de realizar la introducción sexual.

b) Sujeto pasivo .

En la violación por fraude el sujeto pasivo es invariablemente la mujer, pues en la hipótesis prevista en los artículos que la regulan, ella incurre en el error de confundir a su marido o concubino, con una persona desconocida, la cual se aprovecha de este

error llegando a copular con la mujer .

TERCER ELEMENTO .

3) Existencia de error de parte del sujeto pasivo.

De conformidad a lo preceptuado en el artículo 244 del Código Penal del Estado de Michoacán que reza así : "Se impondrán las penas a quien abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubino, tuviese cópula con ella"; es de estimarse a este elemento de vital importancia, pues resulta evidente que el legislador al crear el tipo, equiparó inciertamente para efectos de la sanción, el error en que puede incurrir una mujer, al confundir a su marido o concubino con otra persona, con la violencia física o moral, elemento nuclear del delito de violación propia .

De acuerdo con el diccionario de la Academia Real de la Lengua Española, el error es la apreciación incierta o falsa de la realidad.

Ahora bien, para que esta hipótesis pueda cumplirse, es necesaria la existencia de ciertas circunstancias especiales, siendo

do, si se aceptan las más factibles, la obscuridad de la habitación y el semi-sueño.

Considero, que ninguna de estas circunstancias pueden hacer el que una mujer incurra en el error previsto, en el tipo. En la primera de ellas porque aún en el caso de que inicialmente y es tando obscura la habitación, la mujer no pueda apreciar con certeza la persona que comparte su lecho, no puede concebirse que exista una esposa que pueda confundir los movimientos y las caricias de su marido, con las del intruso, al grado de consentir la cópula .

Respecto al semi-sueño de la aparente víctima, habíamos expuesto en páginas anteriores, al referirnos al delito equiparado a violación, que este estado es de una naturaleza transitoria, de origen fisiológico, en el que el sujeto pasivo pierde momentáneamente su aptitud cognosativa, de tal suerte que puede realizar o dejar que se realicen en su persona ciertos actos simples, sin darse cuenta de ello, pero es absurdo pensar que pueda aceptar que un sujeto que no es su marido o concubino la posea .

Con respecto a lo anterior, debemos aclarar que es muy diferente la situación prevista en el precepto legal que tipifica la violación fraudulenta, con el caso en que una mujer se suministre o le suministren sobredosis de somníferos u otros, de tal manera que ni aún el acto violatorio sobre su persona la despierte, pues allí no está incurriendo en ningún error, pues los actos que consintió evidentemente fueron en completo estado inconsciente y por consiguiente se coartó su libertad sexual, configurándose por tanto, el delito equiparado de violación .

Concluyendo, considero que la situación prevista en los tipos legales que regulan el delito de violación por fraude, es incierta y absurda, pues es evidente y razonable que ni el sueño, ni la astucia, ni el ardid pueden llegar a provocar error en la mujer, al grado de que se entregue sexualmente a una persona ajena al vínculo matrimonial o concubinario .

CUARTO ELEMENTO .

- 4) La cópula impuesta se realiza con ausencia de violencia física o moral .

Creo pertinente, que para poder apreciar más claramente que en la cópula que se realiza en el delito en estudio no se emplea la fuerza física o moral, exponer brevemente lo que ya con anterioridad, al estudiar el delito de violación propia se había expuesto de manera amplia, con referencia a lo que debe entenderse por cópula por medio de la violencia física o moral.

Con anterioridad se había dicho que para que la cópula, integre la conducta típica en la violación, es necesario que su realización sea mediante la violencia física o moral. De igual manera al analizar el delito equiparado a violación, se estableció que existen ciertas circunstancias o estados en que una persona puede encontrarse en el momento de realizarse en su cuerpo la violación, y que le impiden resistir el ataque, circunstancias o estados que el legislador consideró para equipararlas para efectos de la sanción,

a la violencia física o moral .

Por violencia debe entenderse los medios empleados para vencer la resistencia de la víctima; algunas veces el sujeto activo para lograr su propósito ejerce sobre el sujeto pasivo la violencia física, que son los medios de comisión ejercidos directamente sobre su cuerpo y otras ocasiones ejerce la violencia moral, cuya característica es que son medios de carácter intimidatorio .

- a) Concepto de la cópula por medio de la fuerza física.

La fuerza es, la violencia que se hace a otro, con la intención de causarle daño en su persona o en sus cosas; de tal manera que aplicando este concepto al delito de violación se puede decir que es el uso de la fuerza material sobre el sujeto pasivo con la intención de imponerle la cópula .

- b) Concepto de la cópula por medio de la fuerza moral .

Otro de los medios que exige el tipo legal, para que pueda integrarse el delito de violación, es la fuerza moral o vis compulsiva, la cual existe cuando el violador amaga o amenaza a la víctima con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla, y que consecuentemente le impiden resistir el concúbiteo que no ha querido.

De lo expuesto con anterioridad, es comprensible y claro que de acuerdo con los artículos 198 párrafo 2º , 238, 231, 244, 214 de los Códigos Penales de los Estados de Veracruz, Aguascalientes, Guerrero, Michoacán y Sonora respectivamente, que tipifican el delito de violación fraudulenta, este adolece del Cuarto Elemento, que constituye la esencia del delito de violación y que es la violencia física o moral de que se vale el sujeto activo para imponer la cópula a su víctima; único que la razón y la lógica aceptan para estimar involuntaria la cohabitación. Colígese de lo anterior, que en la hipótesis prevista en los preceptos citados en el que una mujer

pueda por error confundir a su marido o concubino con otra persona, llegando a copular con esta última, no existe propiamente la violencia, ni tampoco debe ni puede equipararse a ella para efectos de la sanción.

En conclusión, considero que una vez analizados en el Capítulo III de este trabajo de investigación, los elementos que integran el delito de violación propia y confrontando a éstos con los de la violación fraudulenta, resulta evidente que la tipificación de esta conducta delictiva es errónea, por la ausencia de la violencia física o moral impuesta a la mujer para obtener de ella la cópula.

Por lo tanto, sugiero que dado el proyecto de una legislación penal común, tanto para el Distrito Federal, como para los Estados de la República Mexicana, se deroguen las normas legales que regulan este delito.

* * *

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El Código Penal Vigente para el Distrito Federal adolece de un error técnico al denominar el Título Décimo quinto " DELITOS SEXUALES " por ser una expresión totalmente impropia, pues mira solo a la naturaleza de la conducta realizada, por lo que considero en primer lugar se excluyan de este título los delitos de rapto, incesto y adulterio y que en la denominación de dicho Título se atienda al bien jurídico tutelado, debiéndose emplear como denominación la de " DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y LIBERTAD SEXUAL " por ser ésta denominación más técnica ya que la simple enunciación nos indica el bien jurídico que se tutela. De esto resulta que el delito de violación comprendido dentro del Título propuesto quedaría perfectamente clasificado ya que el bien jurídico que se protege en este delito es la libertad sexual .

SEGUNDA. - El Bien Jurídico Tutelado en el delito de violación es "LA LIBERTAD SEXUAL" ya que el violador realiza su conducta empleando la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando de esta manera su resistencia, o bien por el empleo de fuerza moral que se traduce en constreñimientos psíquicos o amenazas que producen en la víctima intimidación lo que le impide resistir a la realización de la cópula. Por lo que, con la violencia física o moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que no ha querido, lesionándose así el derecho personal de elección para realizar sus actos sexuales .

TERCERA. - Respecto al concepto de violación contenido en el artículo 265 del Código Penal Vigente para el Distrito, que a la letra dice : " Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo se le

aplicarán, se puede observar que dicho Código no incurre en el error técnico de algunos Códigos Estatales que emplean en la redacción del texto legal del delito de violación "Sin la voluntad de ésta" , pues al realizarse la cópula con violencia física o moral se entiende que se realiza sin el consentimiento del ofendido. Por lo anterior, creo necesario que los Códigos Penales de las Legislaturas de Aguascalientes, Colima, Chihuahua, Guerrero, Yucatán entre otros, que incurren en ese error técnico en el precepto regulador del delito de violación, deben ser objeto de modificación excluyéndose la frase " Sin la voluntad de ésta " , pues de esta forma se evitará redundancia que existe en los términos "Violencia física o moral" y " Sin la voluntad de ésta " .

CUARTA.- La esencia del delito de violación es el empleo de la violencia física o moral para realizar en el cuerpo del ofendido el acto violatorio. De tal suerte que de acuerdo con los Códigos Penales de Veracruz, Aguascalientes, Guerrero, Michoacán y Sonora, que tipifican la conducta fraudulenta como violación y confrontando a esta con la violación propia podemos decir de manera determinante que dicha figura delictiva no puede considerarse violación, pues ella adolece del empleo de la fuerza física o moral para obtener de la víctima la cópula.

Por tal motivo sugiero se deroguen los preceptos reguladores de esta figura delictuosa.

* * *

BIBLIOGRAFIA

- 1) "TRATADO DE DERECHO PENAL" T. III
Gómez, Eusebio. - Cía. Argentina de Editores,
S. R. L.
Buenos Aires, 1940.
- 2) "DERECHO PENAL ARGENTINO" T. III
Solier, Sebastián. - Tipográfica Editora Argentina.
1ª . Reimpresión Total.
Buenos Aires, 1951.
- 3) "LEYES PENALES ANOTADAS" T. II
Gómez, Eusebio. - Ediar, S. A. Editores.
Buenos Aires, 1953.
- 4) "DERECHO PENAL" T. II (Parte Especial)
Cuello Calón, Eugenio. - Bosch Casa Editorial.
Décima Tercera Edición, 1972.
- 5) "ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE
VIOLACION"
Porte Petit Candaudap, Celestino. - Editorial
y Litografía Regina.
Segunda Edición, 1973.
- 6) "DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL
DERECHO POSITIVO MEXICANO"
González Blanco, Alberto. - Editorial Porrúa, S. A.
Tercera Edición, 1974.
- 7) "DERECHO PENAL MEXICANO" T. III
Jiménez Huerta, Mariano. - Editorial Porrúa, S. A.
Segunda Edición, 1974.
- 8) "DERECHO PENAL MEXICANO" (Los Delitos)
González de la Vega, Francisco. -
Editorial Porrúa, S. A.
Décima Edición, 1970.
- 9) "DERECHO PENAL MEXICANO" T. I
Jiménez Huerta, Mariano. -
Editorial Porrúa, S. A.
Primera Edición, 1972.

- 10) "LÍNEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL"
Castellanos Tena, Fernando. -
Editorial Porrúa, S. A.
Octava Edición, 1974.
- 11) "MEDICINA LEGAL"
Martínez Murillo, Salvador Dr. -
- 12) "CODIGO PENAL ANOTADO"
Carrancá y Trujillo. -
Editorial Porrúa, S. A.
Tercera Edición, 1971.
- 13) "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL"
Carrara, Francisco. -
(Traducción de José Ortega Torres)
T. II. (Parte Especial)
Editorial Temis, Bogotá, 1958.
- 14) "EL CODIGO PENAL CONCORDADO Y
COMENTADO"
Pacheco. - T. III
Sexta Edición, Madrid.
- 15) "LOS DELITOS DE VIOLACION Y ESTUPRO"
Ure. - Editorial Ideas, Buenos Aires.
- 16) "EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO"
Frías Caballero.
Editorial Bibliográfica, Argentina, 1958, p. 265.
- 17) CODIGO PENAL del Distrito Federal y de los
Estados de Veracruz, Aguascalientes, Guerrero,
Tamaulipas, Sonora y Michoacán.

* * *

T E M A R I O

PROLOGO.

CAPITULO PRIMERO.

CONCEPTO Y GENERALIDADES DEL DELITO DE
VIOLACION.

- 1) Concepto legal del delito de violación.
- 2) Etimología de la palabra violación.
- 3) Generalidades del delito de violación.
- 4) Antecedentes históricos del delito de violación.
- 5) La violación desde el punto de vista
médico - legal.

CAPITULO SEGUNDO.

CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION Y
EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

- 1) Clasificación del delito de violación.

M-0018253

- a) El delito de violación en orden a la conducta .
 - b) El delito de violación en orden al resultado.
 - c) El delito de violación en orden al tipo.
- 2) El bien jurídico tutelado.
- a) Concepto del bien jurídico.
 - b) El bien jurídico tutelado en el delito de violación.
 - c) Diversas opiniones sostenidas en relación al bien jurídico protegido en el delito de violación.
- 3) Formas de aparición del delito de violación.
- a) La tentativa.
 - b) La consumación.

CAPITULO TERCERO.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE
VIOLACION.

PRIMER ELEMENTO.

- 1) Acción de cópula violenta.
 - a) Cópula normal o anormal.
 - b) Concepto de cópula normal.

SEGUNDO ELEMENTO.

- 2) Que esa cópula se realice en persona de cualquier sexo.
 - a) Sujeto activo.
 - b) Sujeto pasivo.

TERCER ELEMENTO.

- 3) El empleo de violencia física o moral .
 - a) Cópula por medio de la vis absoluta.
 - b) Cópula por medio de la vis compulsiva.
 - c) Violación entre cónyuges.

CAPITULO CUARTO.

ANALISIS DE LA VIOLACION FRAUDULENTO.

- 1) Delito equiparado a violación.
- 2) La violación fraudulenta en la Legislación Penal Mexicana.
- 3) Sugerencia de que los preceptos que regulan el delito de la violación fraudulenta, sean derogados.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

PRIMER ELEMENTO.

- 1) Acción de cópula.
 - a) Cópula normal o anormal.
 - b) Concepto de cópula normal.

SEGUNDO ELEMENTO.

- 2) Que la cópula se realice sólo en persona de sexo femenino.
 - a) Sujeto activo.
 - b) Sujeto pasivo.

TERCER ELEMENTO.

- 3) Existencia de error de parte del sujeto pasivo.

CUARTO ELEMENTO.

- 4) La cópula impuesta se realiza con ausencia de violencia física o moral.
 - a) Concepto de la cópula por medio de la fuerza física.
 - b) Concepto de la cópula por medio de la fuerza moral.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.