

N.º 64
RES.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO.**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ARAGON"**

**ESTUDIO JURIDICO PROCEDIMENTAL DEL
DELITO DE VIOLACION.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ALEJANDRA L. CARRASCO

FUENTES

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

México, San Juan de Aragón, 1992



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 está 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.

CAPITULADO

ESTUDIO JURIDICO PROCEDIMENTAL DEL DELITO DE VIOLACION

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES JURIDICOS DEL DELITO DE VIOLACION

1.1 Antecedentes históricos.....	5
1.2 Código Penal de 1871.....	9
1.3 Código Penal de 1929.....	16
1.4 Código Penal de 1931.....	24

CAPITULO II

ESTUDIO JURIDICO DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION

2.1 Concepto.....	30
2.2 Bien Jurídicamente Tutelado.....	33
2.3 Elementos del Tipo.....	39
2.3.1 Cópula.....	39
2.3.2 Sujeto Pasivo y Sujeto Activo.....	45
2.3.3 Utilización de la violencia.....	49

2.3.4	Ausencia de consentimiento o voluntad..	63
2.4	Clasificación en orden al tipo.....	67
2.4.1	En cuanto a su composición.....	70
2.4.2	En cuanto a su metodología.....	70
2.4.3	En cuanto a su independencia.....	71
2.4.4	En cuanto a su formulación.....	71
2.4.5	En cuanto al daño.....	72
2.5	Clasificación de la violación en orden a la conducta.....	73
2.6	Clasificación de la violación en orden al resultado.....	75
2.7	Imputabilidad e Inimputabilidad.....	77
2.8	Culpabilidad e Inculpabilidad.....	80
2.9	Tentativa.....	83
2.10	Violación Impropia, o, Presunta.....	89

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO DEL DELITO DE VIOLACION Y SUS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATRENUANTES

3.1	Averiguación Previa.....	99
3.1.1	Exploración Física.....	99
3.1.2	Análisis de Laboratorio Criminalístico.	106

3.1.3 Examen psiquiatrico de la presunta víctima.....	110
3.2 Requisitos de Procedibilidad.....	112
3.2.1 Código Penal.....	112
3.2.2 Código de Procedimientos Penales.....	115
3.3 Circunstancias Agravantes y Atenuantes.....	117
3.3.1 Circunstancias Agravantes.....	117
3.3.1.1 Violación entre consanguíneos.....	117
3.3.1.2 Violación Tumultuaria.....	123
3.3.1.3 Violación de Impúberes.....	130
3.3.2 Circunstancias Atenuantes.....	135
3.3.2.1 Violación entre Cónyuges.....	135
Conclusiones	142
Bibliografía	146

I N T R O D U C C I O N

Nunca antes, como hasta ahora habíamos tenido la oportunidad - de reflexionar acerca del grave daño que se causa a la víctima de - una violación.

Este trabajo de investigación nos ha otorgado esta oportunidad y con ella la posibilidad de conocer de manera profunda el proble-- ma.

La estructuración de esta investigación fue concebida primera-- mente desde un punto de vista jurídico y, posteriormente en un as-- pecto psicológico.

Dicha estructuración consta de tres capítulos, los cuales a -- manera de introducción pasamos a explicar.

El delito de violación no es nuevo, como sabemos, a través de los siglos se ha venido dando. El hombre en sus inicios por reacción natural y por instinto de conservación y procreación sostenía relaciones sexuales con su sexo opuesto, sin entrafñar, en ese entonces al abuso al sujeto. Sin embargo a través de los siglos, el hombre -- fue adquiriendo consciencia y con ella provocando la aparición de -

tabúes que implicaban entre otras cosas el cubrirse el cuerpo más - que por defensa a las inclemencias del tiempo por aspectos de tipo moral.

Esta situación requería reglamentar, por llamarlo de alguna -- manera, a las relaciones de tipo sexual las cuales fueron aceptadas con el transcurso del tiempo en diferentes etapas, tenemos la poli-gamia, la poliándria y en la actualidad la monogamia; esta última - etapa provocó que de manera más rígida, se reglamentarán dichas re-laciones, castigando a las relaciones que no se ajustarán a la mis-ma.

Esta reglamentación se dió como defensa contra las relaciones sexuales no consentidas, dando origen al que hoy conocemos como de-lito de violación.

Como en este caso, para conocer el origen del delito fue neces-ario establecer un hipotético proceso de aparición; el cual es me-nester para conocerlo en la actualidad, realizar un estudio de su - reglamentación en los Códigos Mexicanos anteriores al actual.

El primer antecedente lo tenemos en el Código de 1871, que fue el primer ordenamiento de carácter penal en nuestro País, el cual - conforme a la doctrina clásica y a la doctrina de aquellos días, no omitió la reglamentación del mencionado delito. A partir de enton--ces ha sufrido constantes modificaciones en su definición, tanto en los Códigos posteriores a este, como el que nos rige actualmente.

El estudio jurídico que requiere el delito de violación, lo hemos desglosado en un capítulo completo. En él analizamos su concepto y sus elementos atendiendo, tanto a la doctrina de los más connotados autores de la materia, como a nuestro Código Penal. Intentamos -- igualmente, realizar una clasificación del tipo, en base a los estudios que se nos proporcionaron en nuestro curso de Derecho Penal.

Un tercer capítulo envuelve tanto aspectos psicológicos, como jurídicos y aún procedimentales, de ahí que encontremos de manera general los pasos que se siguen en el procedimiento de un juicio de este tipo.

Conociendo de manera más o menos profunda la estructura del delito de violación nos atrevemos también a realizar propuestas para reformarlo en las partes que consideramos existen ciertas lagunas.

Dichas propuestas son quizá la parte más importante de nuestro trabajo pues creemos que con todo el artículo 265 y siguientes de nuestro Código Penal, adolecen desafortunadamente de un sin número de errores y deficiencias.

Convenimos en lo difícil que se sabe es la tarea de un legislador; estamos de acuerdo que es materialmente imposible contemplar todas las posibilidades de hechos que en cada delito se pueden dar, sin embargo también pensamos que la legislación no se basa en la mutilación que se realice en los ordenamientos legales que es el --

caso que ha ocurrido con el artículo 265, del Código penal el cual, al principio de esta idea, comentamos a sufrido un sin número de -- reformas que lejos de enriquecerlo, lo han colocado en una situa-- ción de limitada acción, pasando por alto aspectos tan indispensa-- bles como las circunstancias atenuantes, agravantes y una penalidad más severa.

No es nuestra intención, pretender que nuestras consideracio-- nes son las más correctas, o que nuestras propuestas son la solu-- ción, nuestro trabajo más que una crítica a nuestro ordenamiento -- penal, es una propuesta honesta, con la esperanza de que algún día pudiera ser tomada en cuenta.

CAPITULO I

ANTECEDENTES JURIDICOS DEL DELITO DE VIOLACION

1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.

Hablar de la violación requiere de un previo estudio sistemático y ordenado de las instituciones y legislaciones que a través de los siglos se han dado.

Indudablemente, el hombre en su afán de confeccionar un complejo jurídico cada vez más preciso y eficaz, ha recurrido siempre a la práctica y experimentación de los hechos y sucesos que día con día en su historia acontecen. Son innumerables los ordenamientos legislativos, dirigidos a atacar el eterno delito de la violación.

El mismo a través de la historia, ha sido castigado con penas que van desde las más bárbaras y salvajes, hasta aquellas que en la actualidad suenan un tanto extrañas.

El maestro González Blanco nos indica que el delito de la violación 'debió surgir, en consecuencia, al ser sustituida la periodicidad por lo líbido, supuesto que, en estas condiciones, lo que el instinto sexual ganaba en permanencia lo perdía en intensidad, el -

hombre, al no verse obligado a obedecer esa periodicidad conquistó mayor libertad en la elección de la mujer y esta a su vez, dispuso también de un mecanismo inhibitorio más fuerte para rechazar los -- ataques sexuales. Este hecho, a nuestro juicio, se produjo en la -- horda". (1)

Lo anterior muestra que efectivamente, este delito se ha dado desde muy remotas épocas. En las comunidades más primitivas se dieron penas que se caracterizaban por su dureza y severidad, en Egipto, por ejemplo, la violación se castigaba con la castración; entre los Hebreos se aplicaba la pena de muerte o la multa, dependiendo de que la mujer fuere casada o soltera; el Código de Manú, tomaba en cuenta la posición social de la víctima para castigar al violador, pues si aquella era de diferente clase social a la de este, no sufría entonces pena corporal ni sanción alguna.

En Grecia, en cambio, se daban penas extremadamente contradictorias, pues en primera instancia se castigaba al violador con el pago de una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la -- víctima si esta consentía y, en caso contrario se le condenaba a -- muerte, caso extraño lo constituye la Ley de los Sajones, ya que la, pena consistía en una multa, sin embargo, si la víctima concebía un hijo del agresor, la pena a éste le era disminuida, seguramente con objeto de aumentar la población masculina para enfrentar las gue---rras que en aquél entonces eran muy frecuentes.

(1) Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. 4a. ed. México. Ed. Porrúa. 1979. p.135

Por su parte, el Edicto de Teodorico imponía como sanción al violador, si este era noble y rico, además de casarse con la víctima, cederle la mitad de sus bienes. En Inglaterra, Guillermo el Conquistador, impuso como pena la ceguera y la castración.

Había igualmente en aquellos tiempos, la pena de muerte, en algunas de las antiguas legislaciones, entre ellas se contaban la Constitución Carolina y la Lex Julia de Vis Pública. En cuanto al Derecho Canónico, se le consideraba violación, en el caso de que hubiera desfloración y cuando fuera contra la voluntad de la mujer.

El antecedente jurídico de nuestra legislación, es decir, la legislación española, a través del Fuero Juzgo, castigaba al culpable, si era hombre libre, con cien azotes y se entregaba como esclavo a la mujer que violaba; si éste era siervo sencillamente se le quemaba; en ambos casos se les prohibía al agresor y a la víctima contraer matrimonio bajo la advertencia que de hacerlo, quedarían en calidad de siervos y tendrían que heredar todos sus bienes a los parientes más cercanos. El Libro Viejo de Castilla castigaba al ofensor con la pena de muerte. Finalmente el Fuero Real, equiparaba la violación con el rapto, dando como pena la muerte. (2)

En nuestras comunidades primitivas los castigos no eran menos bárbaros. Los aztecas se caracterizaban por su crueldad al aplicar sanciones a las faltas penales, en el caso de la violación, el

(2) González Blanco, Alberto. Op. Cit. p. 137.

agresor era condenado a la pena de muerte, mediante el salvaje método del estacamiento, el cual, consistía en introducir una gran estaca afilada en uno de sus extremos, en el ano del violador. (3)

1.2 CODIGO PENAL DE 1871.

Las evoluciones de los Códigos y el adelanto en la legislación penal, presupone un avance y desarrollo en las ideas, a medida que estas sean más ambiciosas, más exactas, más luminosas. En los Códigos en que se condensan estos progresos encontramos las instituciones del Derecho Positivo, los principios y aspectos jurídicos, así como una mejor organización judicial en la administración de justicia.

Lo anterior nos indica, debido a que en este capítulo analizaremos los más importantes estatutos penales, que a partir de 1871 - se han dado en nuestro país.

Es incuestionable la importancia que reviste el conocer los -- antecedentes jurídicos del delito de violación.

Es el Código de 1871, un ordenamiento que sin duda provocó en su tiempo gran aceptación. Su vigencia inició el 1º de abril de - 1872 en el Distrito Federal y en el territorio de la Baja California, éste Código tomó como modelo al Código Penal Español de 1850,

el cual poseía una correcta y exacta redacción, así, nuestro Código resultó ser de no menor calidad.

Encontramos, en el Código de 1871, que su composición es de -- 1152 artículos de los cuales uno es transitorio, fue decretado por el Congreso y promulgado por el Presidente Benito Juárez.

Se dice que entre sus muy escasos defectos, su suma extensión es el que más resalta y, es debido al inusual número de artículos -- con que cuenta. No obstante, este hecho demerita, sólo en mínima -- parte, su calidad.

No deja de ser curioso, por otra parte, que a pesar de su ca-- rácter de provisional con que fue promulgado, se mantuvo vigente -- hasta 1929.

Al respecto el maestro Carrancá y Trujillo, en su tratado de -- Derecho Penal Mexicano expone: "la fundamentación clásica del Cód--igo se percibe claramente. Conjuga la justicia absoluta y la utili--dad social. Establece como base de la responsabilidad penal, la mo--ral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad. -- Cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes, dandoles -- valor progresivo matemático, reconoce excepcional y limitadísima--- mente el arbitrio judicial, señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la ley. La pena se caracteriza por su nota aflictiva, tiene carácter retributivo. se acepta la pena de -- muerte y, para la de prisión, se organiza el sistema celular. No -- obstante, se reconocen algunas medidas preventivas y correcciona---

les. Por último, se formula una tabla de probabilidades debida para los efectos de la reparación del daño por homicidio". (4)

De lo anterior podemos deducir, ciertamente, que se trata de un Código sumamente completo, y de un alto cuidado en su redacción, además de poseer un carácter innovador, ya que en él aparecen por vez primera dos importantes novedades para su tiempo: una "el delito intentado", el cual en la actualidad conocemos como delito imposible; la otra, consistía en la llamada "libertad preparatoria" equivalente en nuestros días a la libertad condicional, constituyendo esta innovación para su tiempo un notable progreso.

No en vano fueron parte de la Comisión creadora del proyecto hombres como Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano, Manuel M. de Zamacona, etc., ilustres juristas que con visión pionera, de manera audaz lograron crear un proyecto tan justificablemente elogiado.

Con respecto al delito de violación, tema que nos ocupa, éste Código lo contempla en los artículos que van del 795 al 801, los cuales, con el objeto de conocer su estructura, pasamos a transcribir y posteriormente a realizar un pequeño comentario de los mismos:

Artículo 795.- Comete el delito de violación: el que por

(4) Derecho Penal Mexicano, Parte General. 15a. ed. México. Ed. Porrúa. 1986. p. 126.

medio de la violencia física o moral, tiene cópula con -- una persona sin la voluntad de esta sea cual fuere su sexo.

En este artículo encontramos la definición que se daba al delito de violación. Parece un tanto redundante pues habla de una --- violencia física o moral, lo que hace suponer que el empleo de estas se da con motivo de una resistencia por parte de la víctima, -- por lo que la expresión "sin la voluntad de esta" se consideró posteriormente reiterativa.

En la actualidad, se ha eliminado el elemento de la voluntad, pues se consideró que efectivamente el uso de la fuerza física o -- moral presume la falta de voluntad y consentimiento evidente de la víctima.

Artículo 796. - Se equipara a la violación y se castigará como ésta: la cópula con una persona que se halle sin --- sentido, o que no tenga expedito el uso de su razón, aunque sea mayor de edad.

Las diversas hipótesis de los casos de equiparación del delito de violación son manifestadas de una manera más específica en este precepto. Difiere en la actualidad el mismo, pues en la legislación vigente se equiparan a la violación casos, que en su texto son muy genéricos, es decir, el ordenamiento vigente estima: "que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delic---

tuosa", lo que deja entrever que cualquier situación que ponga en desventaja a la víctima ante el agresor será considerada como violación. Por su parte, el Código de 1871, consideraba, de un modo más restringido, la inconciencia de la víctima o la falta del uso de su razón aunque fuere mayor de edad, esta situación limita en gran forma el campo de acción del delito de violación.

Artículo 797.- La pena de la violación será de seis años de prisión y multa de segunda clase, si la persona ofendida pasare de catorce años.

Si fuere menor de esa edad el término menor de la pena será de diez años.

Artículo 798.- Si la violación fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones, se observarán las reglas de la acumulación.

Artículo 799.- A las penas señaladas en los artículos 794, 796, 797 y 798 se aumentarán:

Dos años, cuando el reo sea ascendiente, descendiente padrastro y madrastra del ofendido; o la cópula sea contra el orden natural.

Un año cuando el reo sea hermano del ofendido; o fuere su tutor, su maestro, criado o cometiere la violación abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón o ministro de algún culto.

Artículo 800.- Los reos de que se habla en la fracción -- tercera del artículo anterior, quedarán inhabilitados -- para ser tutores; y además podrá el juez suspender desde uno a cuatro años en el ejercicio de su profesión, al -- funcionario público, médico, cirujano, comadrón, dentista o maestro que hayan cometido el delito abusando de sus -- funciones.

Artículo 801.- Cuando los delitos de que se habla en los artículos 795, 796 y 797, se cometan por un ascendiente o descendiente; quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido, y de la patria potestad res--- pecto de todos sus descendientes.

Si el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no podrá heredar a éste.

La penalidad varía en el Código de 1871, casi de la misma forma que en la actualidad, salvo algunas diferencias, las cuales a -- continuación se exponen:

En el Código actual se manifiesta, al igual que en los casos -- de equiparación, los casos en los que se agrava la pena de manera -- muy general, se eliminan por tanto especificaciones no necesarias. En la actualidad se habla sólo de los ascendientes, del tutor, del padrastro y del amasío de la madre; mientras que en el anterior ordenamiento se habla de los mismos y del hermano, el maestro, criado, etc. Este mismo ordenamiento menciona de manera concreta las -- profesiones de las personas que en un momento dado, abusando de sus

funciones cometieran el ilícito; actualmente sólo se utilizan las expresiones "empleo público" y "profesión", para considerar a todas las personas que en estas encuadren.

Por otra parte, la expresión "contra el orden natural", que el antiguo reglamento manifiesta, el actual Código, le da especial importancia y lo expresa de manera más concreta al establecer que "se sancionará con prisión de uno a cinco años al que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al - - miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual - - fuere el sexo del ofendido". (5)

(5) *Ibidem* p. 138.

1.3 CODIGO PENAL DE 1929.

Sí el Código de 1871 resultó ser una obra considerada como - - excelente, el Código que lo sustituyó en 1929 fue, por el contrario considerado como mucho muy inferior a aquél.

Lamentables fueron, indudablemente, las innumerables fallas y defectos que en aquellas épocas y aún en la actualidad los trata--- distas le atribuyen al Código Penal de 1929. Efectivamente, este -- ordenamiento acusa falta de proporciones: un defectuoso y descuidado estilo, además el casuismo empleado no es el adecuado, así como graves fallas de técnica.

Sin embargo, de algún modo es comprensible esta situación ya - que remontándonos a aquellos días, observamos que México había sido sacudido por el movimiento revolucionario. En esta época, desde antes de la Revolución se trato de reformar el Código de 1871. La - - obra más seria, de las surgidas durante esta etapa, fué el proyecto de 11 de junio de 1912 presentado por la Comisión compuesta por - - Miguel S. Macedo, Victoriano Pimentel y Manuel Olivera Toro, los -- cuales trabajaron durante cerca de diez años, celebrando sesiones y recabando las opiniones del foro mexicano por medio de amplia en--- cuesta entre los funcionarios judiciales de toda la República. El -

proyecto conservó el núcleo del sistema y de las disposiciones del Código de 1871, incorporando a él los nuevos preceptos y las nuevas instituciones, cuya admisión era exigida por el estado social del país. Sin embargo, estos trabajos no recibieron aprobación legislativa pasando a ser inactuales.

El Código de 1929 resultó ser parte de los innumerables cambios que en las legislaciones mexicanas, que en aquellos días, se dieron.

Fue precisamente, en el año de 1929 cuando el entonces Presidente de la República Emilio Portes Gil, con base en las facultades que el Congreso de la Unión le confirió, en el decreto de 9 de febrero de 1929, expidió el Código Penal de 30 de septiembre de 1929, entrando en vigor el 15 de diciembre del mismo año. (6)

La Comisión encargada de realizar el proyecto, estuvo presidida por José Almaraz y Luis Chico Goerne, los cuales crearon un proyecto exorbitantemente largo, ya que contaban con 1233 artículos más 5 transitorios.

Siendo Almaraz su principal defensor reconoce, sin embargo, su mediana calidad al afirmar que es un Código de transición y como tal plegado de defectos y sujeto a enmiendas importantes. No obs--

(6) Carrancá y Trujillo, *Regl. op. cit.* p. 128

tante, afirma, por otra parte, haber roto con los antiguos moldes - de la escuela clásica y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo - que inicia la lucha conciente contra el delito a base de defensa -- social o individualización de sanciones. (7)

"Los principios filosóficos" de la obra, fueron expuestos por Luis Chico Goerne, durante una serie de conferencias pronunciadas - en febrero de 1929. Afirma, en cuanto al método, que el Código era una obra referente al delincuente, porque al punto de vista teóri-- co, es la sanción sobre el criminal la única útil, la única justa y la única científica. Esto es, que esta ley propone la defensa so--- cial, pues en su artículo 68 dice que "el objeto de las sanciones - es : prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, aplicando a cada tipo criminal los procedi--- mientos de educación adaptación o curación que su estado y la de--- fensa social exijan". (8)

De igual manera, este Código adopta la fórmula de responsabi-- lidad social o legal establecida por los positivistas italianos, lo mismo acontece con las "circunstancias que excluyen la responsabi-- lidad"; no así, con el "estado psíquico" anormal de "orden patoló-- gico", excepto cuando esta sea de un modo "pasajero".

Aparentemente este Código, pretende fundarse en la doctrina de

(7) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. V. I. 3 ed. México, Ed. Lozada p. 1244

(8) Idem.

la peligrosidad subjetiva, ya que su artículo 32 al texto dice: "A todo individuo que se encuentre el estado peligroso, se le aplicará una de las sanciones establecidas en este Código para la defensa -- social. Se considerará en estado peligroso: a todo aquel que sin -- justificación legal cometa un acto de los conminados con una san--- ción en el Libro II, aún cuando haya sido ejecutado por imprudencia y no consiente o deliberadamente". Decimos que aparentemente se --- funda en esa doctrina, puesto que el citado artículo no establece - un límite concreto a la acción judicial, dejando en consecuencia un amplio margen de arbitrio judicial. (9)

Como se ha establecido, por otra parte, éste Código es de una manera casuística, lleno de definiciones positivas y negativas, de requisitos por afirmación y por negación, de fórmulas graduales de la pena y. en su intento de preverlo todo, inhabilita con hechos - lo que sólo enuncia con palabras. (10)

En lo que toca a su aspecto técnico, desde sus primeros artí-- culos, se hace este Código acreedor a la consura, y es que supera - por mucho al proyecto italiano de Ferri y al Código Español de 1828 en el excesivo número de circunstancias modificativas que impiden - el arbitrio del magistrado. Sumando las distintas causas modifica-- tivas de responsabilidad, arrojan el total de 20 atenuantes y 51 -- agravantes, a más de otras varias contenidas en el Libro Terce- - - ro. (11)

(9) Jiménez de Asúa, op. cit. p.1246

(10) Idem.

(11) Ibidem p. 1248

Los preceptos dirigidos al delito de violación los encontramos plasmados en los numerales 860 al 867 de la citada Ley.

Artículo 860.- Es exactamente igual al artículo 795 del Código de 1871 en el cual se da el concepto del delito de violación.

Artículo 861.- Se equipara a la violación y se sancionará como tal: la cópula con una persona que se haya sin sentido o que no tenga expedito el uso de la razón, aunque sea mayor de edad.

Este artículo, con respecto al 796 del anterior Código, esta en esencia, redactado del mismo modo, que aunque cambian algunas palabras, no alteran la interpretación de los mismos.

Artículo 862.- La sanción de la violación será hasta de seis años de segregación y multa de 15 a 30 días de utilidad, si la persona ofendida fuere púber; sino lo fuera, la segregación será hasta por diez años.

Artículo 863.- Si la violación fuere precedida o acompañada de otros delitos, se observarán las reglas de acumulación.

Artículo 864.- A las sanciones señaladas en los artículos

852, 853, 856 y 862, se aumentarán:

I. De dos a cuatro años, cuando el reo sea ascendiente, padrastro, madrastra o hermano del ofendido, o cuando la cópula sea contra el orden natural;

II. De uno a tres años, si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido o fuere su criado, asalariado, tutor o maestro, o cometiere la violación abusando de sus funciones como médico, cirujano, comadrón, ministro de algún culto, funcionario o empleado público.

Artículo 865.- Los reos de los que habla la fracción II del artículo anterior, quedarán inhabilitados para ser tutores o curadores y, además, podrá el juez suspender hasta por cuatro años en el ejercicio de su profesión al funcionario público, médico, cirujano, dentista, ministro de algún culto o maestro que haya cometido el delito abusando de sus funciones.

Artículo 866.- Cuando los delitos de que hablan los artículos 851, 857 y 860, se cometan por un ascendiente o descendiente, quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y a la patria potestad respecto de todos sus descendientes, e inhabilitado para ser tutor o curador.

Si el reo fuere hermano, tío, o sobrino del ofendido, no podrá heredar a éste ni ejercer, en su caso la tutela o curatela del ofendido.

Lo prevenido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 3293 y 3294 del Código Civil.

Artículo 867.- Siempre que se persiga un delito de estupro o de violación, se averiguará de oficio si se contagió al ofendido de alguna enfermedad, para imponer al responsable la sanción que sea mayor entre las que correspondan para el estupro o la violación y por el otro delito, agravando la sanción con una circunstancia de cuarta clase.

Al analizar los anteriores artículos observamos que efectivamente, se pretende en exceso cubrir todas las situaciones e hipótesis que el legislador imaginaba. Existe semejanza entre los dos Códigos en cuestión, pero también existen ciertas diferencias. El aspecto más sobresaliente en el ordenamiento de 1929 lo encontramos en el artículo 867, el cual menciona que en los delitos de estupro y de violación, se seguirán de oficio para saber si la víctima ha sido contagiada de alguna enfermedad. Este es uno de los más grandes errores con que cuenta dicho estatuto. Es aberrante la ideología del legislador al pretender que el delito de violación se siga de oficio y no por querrela.

En este mismo artículo se considera en el mismo caso cuando se cause la muerte de la víctima, razonando esta situación suena un tanto inocente la disposición, pues, en el caso de que así se die-

ran las circunstancias, creemos que no se trataría de un delito de violación, sino que se estaría hablando de un homicidio, pasando -- aquí a ser una agravante.

Se trata, como podemos observar de un Código que en su redacción es sumamente redundante y en su casuismo excesivamente preventivo.

1.4 CODIGO PENAL DE 1931.

Las innumerables críticas emitidas en contra del Código Penal de 1929, trajo como consecuencia que se acelerara el nombramiento, por el mismo Portes Gil, de una nueva Comisión Revisora, quien elaboraría el hoy vigente Código Penal de 1931 del Distrito Federal, en materia de fuero común y de toda la República en materia federal.

Conformándose la Comisión Redactora de la siguiente forma:

Por la Secretaría de Gobernación, Lic. José Angel Ceniceros; - por la Procuraduría General de la República, Lic. José López Lira; por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Lic. Alfonso Teja Zabre; por la Procuraduría del Distrito Federal, Lic. -- Luis Garrido; por los jueces, Lic. Ernesto G. Garza.

El citado Código fue promulgado el 13 de agosto de 1931, por el Presidente Ortiz Rubio, en uso de sus facultades concebidas por el Congreso por decreto de 2 de enero, para comenzar a regir el -- día 17 de septiembre de 1931.

Es un Código integrado por 404 artículos de los cuales tres -- son transitorios.

Los objetivos principales a tratar y que posteriormente fueron recogidos por Teja Zabre en la exposición de motivos del propio Código son:

"Ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede - - servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea, - práctica y realizable. La fórmula: -no hay delitos sino delincuentes- debe completarse así: -no hay delincuentes sino hombres-. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es un resultado de fuerzas anti-sociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal en un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y -- como método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal. La sanción penal es -uno de los recursos de la lucha contra el delito-. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; - con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución - -- principalmente por:

a) Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales.

b) Disminución del casuismo con los mismos límites;

c) Individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad);

d) Efectividad de la reparación del daño;

e) Simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales.

Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones:

1.- Organización práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados;

2.- Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a la política tutelar y educativa;

3.- Completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.);

4.- Medidas sociales y económicas de prevención". (12)

No se trata de un Código ajustado a cualquiera de las escuelas conocidas, expone Carrancá y Trujillo, que el Código ha dado nacimiento a una "Escuela Penal Mexicana". Su diseño es básicamente pragmático, fundándose en la objetividad mexicana, y por ende en las experiencias y evidencias, para la elaboración final del Código, siendo este un instrumento jurídico de una moderna política criminal aplicada en todo el país.

(12) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. p. 1254.

Las reformas sufridas por los artículos 265 y 266 del Código Penal de 1931, han sido insuficientes para la disminución del delito materia que nos ocupa, modificaciones que como veremos a continuación hacen más rigurosa la represión.

Es conveniente señalar que los artículos referentes al delito de violación en su inicial redacción tuvieron una penalidad no tan severa, podríamos pensar, que esto se debe a que en aquellos días no había una población exageradamente alta, quedando redactados - - como se transcribe:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de - - esta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de 1 a 6 años de prisión. Si la persona ofendida, fuere impúber, la pena será de 2 a 8 años.

Artículo 266.- Se equipará a la violencia la cópula con - persona privada de razón o de sentido, o cuando por en--- fermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir.

No hubo sin embargo, una completa aceptación en la composición de estos artículos, provocandose una constante demanda por el aumento de la penalidad, así como un perfeccionamiento en su escritura, suprimiendo definitivamente la expresión: "...sin la voluntad de esta...", por considerarse obvio al existir una violencia -- física o moral.

El tan aclamado aumento de la penalidad, así como la ampliación de los artículos 265 y 266 del Código Penal, no se hizo esperar, integrándose una serie de reformas a los artículos mencionados, estableciéndose, por ende, penalidades más severas, y una serie de elementos constitutivos con los cuales el delito de violación puede quedar tipificado con la presencia de cualquiera de ellos.

Quedando la redacción de los preceptos actualizados:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Se sancionará con prisión de uno a cinco años al que introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 266.- Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquiera otra causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad.

Artículo 266bis.- Cuando la violación fuere con interven-

ción directa o inmediata de dos o más personas, las penas previstas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una mitad.

Además de las sanciones que señalan los artículos -- que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de -- prisión cuando el delito de violación fuere cometido por ascendiente contra su descendiente por este contra aquel, por el tutor en contra de su pupilo, por el padrastro o -- amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. -- En los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho a here-- dar al ofendido.

Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profe-- sión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el -- ejercicio de dicha profesión.

CAPITULO II

ESTUDIO JURIDICO DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION

2.1 CONCEPTO.

Indudablemente es el delito de violación el más grave de los delitos sexuales. Los tratadistas, a través de los años, han enunciado de manera constante, una serie de doctrinas y estudios acerca del mismo.

El concepto en sí implica la necesidad de estudiar cada uno de sus elementos. Estos difieren uno del otro en relación al concepto que del delito da cada autor, y también a la definición que cada legislación otorga al mismo.

Con relación a este, Porte Petit nos dice que por violación -- propia debemos entender "a la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsi- - -- va". (13)

(13) Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. México. Ed. Jurídica Mexicana. -- 1966. p.12.

Por otro lado, Soler indica que el delito de violación "es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante - - violencia real o presunta". (14)

Frias Caballero en cambio, enuncia que "hay delito de violación con la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo en el orificio vulvar y anal sin ningún ulterior resultado". (15)

Este último concepto no contempla ni a la violencia física ni a la moral, aspectos que Soler, Porte Petit y los siguientes autores dan importancia relevante.

Carlos Luis Pérez estima, de modo más técnico, que es "la - - acción que domina toda resistencia, a través de audaces empeños teniendo como consecuencia la explosión de lo lúbrico que busca satisfacerse imperativamente". (16)

Por su parte Maggiore establece que la violación consiste "en obligar a algunos a la unión carnal por medio de la violencia o - - amenaza". (17)

En tanto Fontán Balestra considera a la violación como "el - -

(14) Derecho Penal Argentino. T III. 3a. ed. Buenos Aires. Ed. Argentina. 1956. p. 280.

(15) Ibidem. p. 281.

(16) Tratado de Derecho Penal. T IV. Bogotá. Ed. Temis. 1971. p. 430.

(17) Cit. por Celestino Porte Petit. Op. Cit. p. 11.

acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima". (18)

Carrara, por otro lado, define a la violación como "el conocimiento carnal de una persona ejercido contra su voluntad mediante el uso de la violencia verdadera o presunta". (19)

A diferencia de los anteriores conceptos y aún a diferencia de nuestro mismo Código, nosotros preferimos conservar y contemplar el aspecto de la falta de voluntad, pues a riesgo de sonar reiterativo consideramos que la falta de voluntad es un aspecto fundamental para que se de el multicitado delito de violación.

Es entonces, en nuestro concepto, la violación, el acto carnal ejecutado en persona de cualquier sexo en contra de su voluntad y mediante el uso de la violencia física o moral.

Creemos que el elemento falta de voluntad es fundamental, pues en el caso de nuestro Código, resulta muy ambigua la frase "al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo...", ya que no es de desconocerse que existen personas que gustan de realizar la cópula o el acto sexual con algunas dosis de violencia física sin que esto implique violación alguna.

(18) Cit. por Celestino Parte Patil. Op. Cit. p. 11

(19) Programa de Derecho Criminal. V II. 3a. ed. Bogotá. Ed. Temis. 1973. p. 237.

2.2 BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO.

Sabido es, que en todo aspecto jurídico, la doctrina sostiene criterios diferentes. Tal es el caso del bien jurídicamente tutelado en el delito de violación.

Estos criterios, Porte Petit los engloba en las siguientes -- tesis:

- 1.- "Los que estiman como bien jurídicamente tutelado la libertad sexual de cada persona.
- 2.- Los que entienden como bien jurídicamente protegido la libertad individual.
- 3.- Los que estiman que el bien jurídicamente protegido, en el delito de violación es la honestidad, es decir el pudor individual.
- 4.- Dentro de este grupo, se encuentran los que consideran que el bien jurídico protegido por este delito no es la libertad sexual y, que el objeto de la tutela penal es la inviolabilidad carnal". (20)

Con respecto a la primera de las anteriores teorías, González de la Vega sostiene: "el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra

(20) Op. Cit. p. 35.

la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación ya sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido anulando su resistencia, o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psicológicos amenazas de males graves que, por la intimidación que producen, para evitar otros daños, le impiden resistir. Tanto en la -- violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia -- erótica". (21)

Jiménez Huerta apoya en el mismo sentido indicando: "el objeto jurídico protegido en la violación es el derecho que al ser humano -- corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad -- elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o -- agrado". (22)

González Blanco ubicándose en la misma línea añade además que "el objeto jurídico protegido en el ilícito que estamos estudiando es la libertad sexual, en virtud de que los medios violentos que se emplean para obtener la cópula impiden a la víctima determinarse -- libremente". (23)

Por su parte Jorge H. Moras opina que el objeto jurídico pro--

(21) Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, 2da. ed. México, Ed. Porrúa, 1973, p. 382.

(22) Derecho Penal Mexicano, I III, 4a. ed. México, Ed. Porrúa, 1982, p. 268.

(23) Op. Cit. p. 147.

'tegado en la violación es la libertad sexual como una forma concreta de libertad individual". (24)

Marcela Martínez Roaro se inclina a favor de la misma teoría - indicando: "El bien jurídico protegido en el delito de violación es la libertad sexual, ya que lo que el legislador tomo en cuenta para tipificar el delito de violación fue la agresión que el sujeto pasivo sufría sobre su libertad cuando era limitada en su manifestación sexual; cuando se le coartaba en dicha libertad, obligándosele material o moralmente a copular con quien no desea hacerlo". (25)

Fontán Balestra, por su parte, asume otra postura, ya que se - inclina decididamente hacia la libertad individual como bien jurídico tutelado por el delito de violación, argumentando que: "el - bien jurídico lesionado por la violación es la libertad individual en cuanto cada quien tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual y prescindir de ella si así le place". (26)

Jorge H. Moras aún cuando por un lado se inclina hacia la libertad sexual, acepta intrínsecamente a la libertad individual al - concebir a aquella como una forma concreta de esta.

Eusebio Gómez difiere de todos los anteriores y expresa que --

(24) Los Delitos de Violación y Corrupción. Buenos Aires. Ed. Edier. 1971. p.242.

(25) Delitos Sexuales. 3a. ed. México. Ed. Porrúa. 1985. p.242

(26) Manual de Derecho Penal. T I. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1951. p. 88

"la violación implica desde luego un ataque a la libertad sexual, - pero no es ella el bien jurídico que con este delito, se lesiona -- sino el sentimiento de pudor que resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad". (27)

Carrara, igualmente situa a la violación carnal dentro de la - categoría de los delitos que atacan el pudor individual.

Frias Caballero piensa que el bien jurídico tutelado es el pudor individual como sinónimo de la honestidad.

Manfredini, autor italiano, aún cuando acepta la doctrina del Código Italiano, en el sentido de ser la libertad sexual o el derecho a la libertad de disposición carnal, el bien jurídico tutelado por la ley, en este caso expresa que "tal derecho tiene su origen - en la necesidad de garantizar la elección sexual por las exigencias de la vida de relación y define la tesis de que el pudor tiene una función biológica de defensa de la elección sexual". (28)

En base a lo anterior, podemos observar que la mayoría de los autores se inclinan definitivamente por considerar a la libertad -- sexual como el bien jurídico tutelado en el delito de violación.

Nuestro criterio igualmente se anexa al anterior, pues no pode-

(27) Tratado de Derecho Penal. T III. Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores. 1940. p. 47.

(28) Cit. por Alberto, González Blanco. Op. cit. p. 143.

mos considerar a ninguna de las tres restantes teorías en vista de las siguientes consideraciones:

1.- Considerar a la honestidad o pudor individual como bien -- jurídicamente tutelado nos parece erróneo, pues como González Roura sostiene y con razón, que no puede considerarse como deshonesto a la mujer que ha sido víctima de violación, ya que su voluntad no ha concurrido al acto, y por lo mismo no hay razón para incluir a la violación en el grupo de los delitos contra la honestidad... Efectivamente, no es la honestidad a la que se ataca con el acto carnal coercitivo, sino evidentemente es la libertad sexual de la víctima.

2.- Por otra parte hablar de un término "libertad individual" resulta ser hasta cierto punto ambiguo, y es que el atentado contra la libertad individual de las personas se da en ese delito y en muchos más por eso es que a cada uno de ellos se atribuye el bien jurídico tutelado de manera más precisa. En este caso nos parece que el término libertad sexual es mucho más preciso que "libertad individual".

3.- Apoyando lo anterior, nuestros Tribunales han establecido que el delito de violación no protege la honestidad ni la virginidad, sino la libertad sexual; "el bien jurídico protegido por el -- legislador, al establecer 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 responsabilidad al sujeto activo de la violación". "El bien jurídico objeto de la tutela penal

en el delito de violación, concierne esencialmente a la libertad -- sexual contra el ayuntamiento impuesto por la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que el sujeto activo realiza el acto sexual, bien por la fuerza material del pasivo anulando así su resistencia bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves, por lo que se le impide resistir, independiente--- mente del hecho de que el uso de esa violencia, no haya dejado huellas materiales en el cuerpo de las ofendidas, ya que ella puede -- existir sin dejar vestigios". (29)

Es en resumen, a nuestro parecer, el bien jurídicamente tute-- lado en el delito de violación, la libertad sexual, ya que el derecho a todo ser humano corresponde el de copular con la persona que más le agrade y que libremente escoja, no así con quien no fuese de ese agrado.

(29) Semanario Judicial de la Federación cv, p. 829-830 quinta época.

2.3 ELEMENTOS DEL TIPO.

Al igual que en el punto anterior, los elementos que conforman al tipo en el delito de violación, se encuentran sometidos a constante debate y polémica, pues son diferentes los criterios que al respecto existen.

Sin embargo, ajustándonos a nuestra legislación, desprendemos los siguientes elementos; los cuales de ningún modo se ajustan íntegramente a los mencionados por los diferentes autores.

2.3.1 COPULA.

Para poder entender el concepto de cópula, antes que nada debemos analizar su constitución etimológica, la cual proviene de la palabra copulare que significa "atar, o, ligar una cosa con otra". (30) Llevando esta noción a un plano relativo a la conducta sexual, debemos entender por cópula todo ayuntamiento o conjunción carnal entre las personas vivas.

(30) González Blanco, Alberto. Op. Cit. p. 146.

Semejante a este concepto es el emitido por González Blanco, quien considera a la cópula como el acto que consiste en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la otra persona. (31)

No obstante lo anterior existen igualmente tratadistas que por las materias que manejan, en la perspectiva de un concepto a otro cambia, tal es el caso de Arturo Baledón Gil y José Torres Toriја - profesores de medicina forense, quienes desde un punto de vista fisiológico, afirman que por cópula debe entenderse en forma exclusiva el ayuntamiento sexual que se da entre varón y mujer, precisamente por la vía vaginal, o sea, el coito normal. (32)

González de la Vega difiere de esta opinión, pues a través de un estudio más bien gramatical, indica que "por cópula deberá entenderse todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas sin distinción alguna. Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril normal o anormal, pues sin esta no puede, con propiedad, decirse que ha habido copulativa conjunción carnal". De tal forma que en su acepción general, "la acción copular comprende a los ayuntamientos normales, de varón a mujer precisamente por la vía vaginal y, los anormales, sean estos homosexuales masculinos o sean de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural". (33)

(31) Op. Cit. p. 118.

(32) Ibidem p. 149.

(33) Op. Cit. p.383.

Por otra parte, comenta con relación al acto homosexual femenino que este no puede equipararse a la cópula "porque en el frotamiento lesbico no existe propiamente fenómeno copulativo, o, ayuntamiento dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril". (34)

Con respecto a las opiniones emitidas por los anteriores médicos, González Blanco indica: no cabe duda que el concepto expuesto por los doctores Torres Torija y Baledón Gil es el que fisiológicamente corresponde a la cópula. Sin embargo, no es este el concepto que le asigna nuestro Código Penal, desde el momento en que el artículo 265 determina que la violación puede ser realizada en persona de cualquier sexo, lo que significa que tácitamente admite la cópula contra natura y lo mismo se acepto por el legislador de 1871 al considerar como una de las circunstancias agravantes de la pena fijada para este delito, que la cópula fuere contra el orden natural.

"Se admite por lo general, que la cópula puede ser ejecutada -- por la vía normal (vagina) como por la vía anormal (empleando el -- ano o la boca), con respecto a esta última se acepta casi sin discusión la que se efectúa por el ano, en atención seguramente a la configuración anatómica que tiene, y a que posee glándulas de proyección erógena, pero en cambio se discute la posibilidad de que la cópula puede ser realizada por la boca (fellatio in ore) o aún me--

(34) González de la Vega, Francisco. Op. Cit. p. 383.

diando la violencia manifiesta o presunta". (35)

Respecto a esta última situación Eusebio Cómez, quien presenta mayor oposición para aceptarla, nos dice que en la "fellatio in ore falta propiamente el acceso carnal que requiere la violación". (36) Estima a ese acto, más bien, como un abuso deshonesto y no como un acto violatorio propiamente dicho.

Por el contrario, Soler sí admite esa posibilidad, pues dice - que aún cuando el sentido tradicional de la expresión acceso carnal descarta la posibilidad de considerar como violación los actos en forma oral, mientras no importe unión sexual, conjunción o penetración normal, no se requiere en su concepto, bastando tan sólo que haya penetración". (37)

Fontán Balestra asume la misma posición añadiendo: "La conjunción carnal no debe ser interpretada como un criterio biológico, -- sino jurídico, y así entender por conjunción carnal, toda actividad directa de la libido natural o no, en la que intervengan los órganos genitales del actor que pueda representar el coito en una forma equivalente del mismo, pero superior a la masturbación; y por ende al sostener que debe interpretarse el término acceso carnal en su -- más amplia extensión, sin referirlo exclusivamente a las dos formas

(35) González Blanco, Alberto. Op. Cit. p. 149.

(36) Op. Cit. p. 86.

(37) Cit. por Alberto, González Blanco. Op. Cit. p. 150.

más comunes en que se manifiesta, es decir, la vaginal y anal". (38)

Según Jiménez Huerta, en una opinión diferente a las anteriores la cópula que constituye la violación "es el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal, pues -- de ello se deduce claramente y sin lugar a dudas del artículo 265 - del Código Penal vigente". (39)

Mas completo, indudablemente, es el concepto de José Ignacio - Garona que define el acceso carnal (entiendase cópula) como "la penetración del órgano masculino en la cavidad natural de la víctima, con el propósito de practicar el coito o un acto que lo reemplace, siendo indiferente la penetración siendo parcial o total, que se -- produzca o no la desfloración, que llegue o no a la seminatio (eyaculación) y, en consecuencia que haya o no goce genético; enten--- diendo por cavidad natural toda aquella que no fuere producida artificialmente". (40)

Nuestros Tribunales, por su parte, en innumerables jurisprudencias han manifestado que para la consumación del acto sexual o cópula y por ende del delito no es necesario que esta no sea con--- cluida, es decir, que es suficiente la introducción del miembro viril aunque no se alcance eyaculación alguna. "El elemento cópula a

(38) Op. Cit. p. 17.

(39) Op. Cit. p. 275.

(40) Cit. por Marcala Martínez Rosero. Op. Cit. p. 26.

que se refiere el artículo 265 del Código Penal, queda tipificado - independientemente de que la misma haya quedado total o parcialmente consumada fisiológicamente. No puede existir confusión, pues, -- entre los términos cópula consumada y delito consumado". (41)

"En el delito de violación no es requisito indispensable que el acto se agote fisiológicamente si existió introducción sexual -- al". (42)

Por otra parte, los mismos Tribunales con relación al concepto más exacto de cópula indican: "En el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal normal o anormal -- 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". (43)

Bajo este orden de ideas, nosotros nos inclinamos a considerar a la cópula como el acto sexual por medio del cual se da la introducción viril normal o anormal, sin que necesariamente se tenga que llegar a un momento culminante como lo es la eyaculación.

(41) Semanario Judicial de la Federación, quinta época tomo CI p.p. 1544, 1545.

(42) Semanario Judicial de la Federación, sexta época volumen XVI segunda parte, p.263

(43) Semanario Judicial de la Federación, sexta época volumen XII segunda parte, p.89

2.3.2 SUJETO PASIVO Y SUJETO ACTIVO.

Los sujetos del tipo son aquellos que intervienen de manera directa en la constitución del delito. En este caso, podemos hablar de la existencia de dos sujetos: a) sujeto activo y; b) sujeto pasivo.

No es este el caso de excepción en cuanto a polémica, pues resulta igualmente discutida la idea exacta o por lo menos consensual de cada uno de los sujetos.

Efectivamente, la discrepancia de criterios sugiere, a final de cuentas, un sin número de casos, de los cuales todos en su momento presumen ser sujetos activos o sujetos pasivos.

Sin embargo, hemos de apreciar que en primera instancia el sujeto pasivo no requiere de mayores controversias, pues apegándonos a nuestro Código Penal, encontramos la expresión: "... de cualquier sexo...". con la que se indica la calidad impersonal del sujeto, porque no se requiere determinada condición para la víctima.

De lo anterior se deduce fácilmente que el sujeto pasivo resulta en definitiva ser la persona que resiste la agresión.

No podemos considerar de ninguna manera como sujeto pasivo - - aquella que no cubra este requisito, es decir, que no sea el sujeto agredido. El problema no existe propiamente en el hecho de determinar si efectivamente el sujeto pasivo es la persona agredida, el -- conflicto se da al establecer cuales son las personas que podemos - encuadrar en esta situación. No obstante, a diferencia del sujeto - activo, definir el sexo del sujeto pasivo no representa mayor complicación, pues en este caso tanto el hombre como la mujer dadas -- sus características fisiológicas, pueden ser víctimas de una violación.

Con respecto al sujeto activo, este representa un mayor cúmulo de reticencias, por parte de los tratadistas, como para unificar -- criterios.

Primeramente debemos considerar que si entendemos al sujeto -- pasivo como la persona agredida contrario a esto debemos comprender entonces que el sujeto activo es la persona que comete la agresión.

Al respecto existen dos corrientes divergentes que nos tratan de explicar quien puede ser sujeto activo:

La primera no representa mayores problemas, establece que el - hombre es el único que puede ser sujeto activo en este delito, considerando que si la conducta consiste en copular, lógico es pensar que quién la lleva a cabo tiene el papel del sujeto activo en la relación sexual.

La segunda corriente presenta un problema, en que se pretende hacer pensar que el sujeto activo en la violación, puede ser una -- mujer.

Soler apoya decididamente a la primera teoría cuando establece tajantemente "el sujeto activo del delito de violación es solamente el hombre". (44)

Respaldando este criterio se añade que el requisito para que - alguien sea considerado como sujeto activo de este delito, es la -- realización de una conducta llamada cópula, es decir, llevar a cabo la penetración de un órgano sexual viril en otro cuerpo, descartando por tanto a la mujer, puesto ,que carece de dicho organo.

Esta teoría, arroja además tres hipótesis que intentan determinar la calidad del sujeto activo:

1. "Cópula de hombre realizada sobre mujer por vía normal.
2. Cópula de hombre realizada sobre mujer por vía anormal.
3. Cópula de hombre realizada sobre hombre por vía anormal.

Bajo estas hipótesis, no cabe la mujer como sujeto activo, por la imposibilidad de introducción del órgano viril. Por otra parte - no puede el hombre ser sujeto pasivo siendo la mujer el activo, --- porque la realización de la cópula requiere de una actividad viril que exige del hombre determinado estado fisiológico en sus organos

(44) Op. Cit. p. 284.

sexuales, y de la cual la mujer carece". (45)

Con respecto a la segunda teoría Eusebio Gómez expresa que no debe excluirse la posibilidad de utilización de violencia física de mujer sobre el hombre para llegar al fin expuesto.

Es cierto, que la cópula es, uno de los elementos que tipifican el delito de violación sin embargo, el precepto no menciona que necesariamente el hombre deba ser quien ejerza la violencia sobre la mujer para lograr la misma. La mujer, insistimos, también puede ejercer la violencia física, por ejemplo sobre un niño, quien pese a su condición de infante, no deja de pertenecer al sexo masculino. Con esto queremos decir reafirmando lo dicho que efectivamente la mujer puede ser sujeto activo, que puede lograr, en un momento dado mediante amenazas o mediante la misma fuerza física que un menor -- penetre en ella.

No obstante el anterior razonamiento, nos es difícil aceptar la calidad de la mujer como sujeto activo dada la ya reiterada situación de la cópula que requiere necesariamente de la penetración viril para su configuración.

Es pues, entonces, que como la mujer no puede tener cópula de manera activa, no puede ser por tanto sujeto activo quedando sujeto a esta característica exclusivamente el hombre.

(45) González de la Vega, Francisco. Op. Cit. p. 394.

2.3.3 UTILIZACION DE LA VIOLENCIA.

Un tercer elemento del delito de violación lo constituye la -- violencia física y la violencia moral.

Ambas constituyen el elemento coercitivo indispensable para -- lograr el objetivo de la violación.

Estos conceptos se encuentran integrados en dicho delito en -- todos los países y en todas las épocas. El uso de la violencia o -- intimidación es pues el medio necesario para conseguir el acto sexual.

Con respecto a la violencia física, el maestro González de la Vega la define como: "la fuerza material que para cometer un delito se hace a una persona". (46)

Es evidente que esta definición no es aplicada exclusivamente al delito de violación, sino que deja abierta la posibilidad para - aplicarla a otros delitos.

(46) Op. Cit. p. 391.

Referida al delito de violación la violencia física consistirá en la "fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir. El empleo de la fuerza material (vis) hace revestir al delito de 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". (47)

En un sentido jurídico la violencia física es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar. La violencia es pues el aniquilamiento de la libertad en la persona contra quien se emplea.

Para el jurista Francisco Garrara, "existe violencia verdadera en todos aquellos casos en que la voluntad contraria de la víctima se hizo impotente por medio de la fuerza física".

Agrega que la violencia debe ser ejecutada "sobre la persona y precisamente sobre la persona misma de la que se quiere abusar, no habrá violencia carnal cuando se violentasen las cosas para llegar a la mujer anente, ni cuando se usare contra personas diversas. -- Que para que pueda valorarse la fuerza material como suficiente pa-

(47) González de la Vega, Francisco. Op. Cit. p. 391.

ra vencer la voluntad opuesta de la víctima la resistencia debe ser seria y constante". (48)

Por su parte Porte Petit nos indica: "para que exista la vis absoluta o violencia física deben darse los siguientes requisitos:

- 1.- La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo.
- 2.- La fuerza debe de ser suficiente para vencer la resistencia del sujeto pasivo.
- 3.- La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria y constante o continuada". (49)

De lo anterior se desprende que dicha violencia debe ser capaz de sobrepasar o anular la voluntad de la víctima.

Es importante mencionar también el concepto de Jiménez Huerta quien la considera como "la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo a efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca". (50)

Abunda más al respecto Cuello Calón recordando que desde los antiguos jurisconsultos se atendía a cuatro presunciones para determinar la existencia de la violación, tales cuestiones son las siguientes:

(48) Op. Cit. p. 252.

(49) Op. Cit. p. 15.

(50) Op. Cit. p. 259.

a) Que la resistencia de la víctima fuera constante y siempre igual.

b) Que entre la fuerza del agresor y de la agredida, existiera evidente desigualdad.

c) Que la agredida demandara auxilio.

d) Que la mujer presentara en su cuerpo huellas y señales que atestiguaran el empleo de la fuerza. (51)

En la actualidad, nos dice Porte Petit, "la ley no exige la -- presencia de huellas materiales o lesiones corporales, pues basta -- para tal efecto la coacción física o moral que conduzcan a la realización de la cópula por parte del infractor y la falta de voluntad del sujeto pasivo..." (52)

Es cierto, pues dichos elementos resultan ser muy superficia-- les y poco aplicables, y es por ello que igualmente nuestros Tribunales en alguna de sus tesis establecen que "para comprobar la violencia no se requiere la presencia de lesiones corporales sino únicamente la prueba de que hubo coacción física o moral para llegar a la cópula por parte del infractor y falta de voluntad de la ofendida". (53)

Con respecto a la idea que se tiene de la violencia física, en

(51) Derecho Penal. I II. 13ª. ed. Barcelona. Ed. Bosh. 1972. p.484.

(52) Op. Cit. p. 133.

(53) Semanario Judicial de la Federación. quinta época tomo LXXXI indice, p. 6766

relación a la corpulencia física entre el agredido y el agresor, no nos parece aceptable la idea de que para que exista dicha violencia la desproporción de físicos; o desproporción de anatomías se incline en favor del agresor, es decir, no es necesario que el delin---
cuenta deba ser una persona de mayor peso o corpulencia que la víctima, Pues aún cuando sea de manera inversa el agresor puede recurrir a otros elementos como son: cualquier tipo de armas, con los que amague a la víctima por muy corpulenta que esta sea. Es obvio que para determinar esta situación se deben tomar en cuenta las - - circunstancias particulares de cada caso en concreto para poder - - comprobar si se empleo violencia física o no.

Por otra parte Eusebio Gómez, nos indica que "la violencia que ejecuta el agresor, no basta que la mujer se haya limitado a decir no quiero, dejando después que el hombre satisfaga su deseo sin - - oponerle resistencia; esto no basta por una doble razón, en primer lugar, porque el juez quedará siempre con la duda de si aquella mujer oponiéndose con la voz se prestaba con el cuerpo, quiso o no el acto abseno; y en segundo lugar porque el imputado, frente a la actitud contradictoria asumida por la mujer respecto a sus tentati - - vas, bien podría alegar que no creyó usar la violencia, sino al - - contrario, ser grato a la mujer". (54)

No acorde a esta idea Pacheco indica "no es indispensable que haya hecho una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos --

(54) Op. Cit. p. 101.

todos sus esfuerzos. La Ley no exige tanto. Sobre todo al igualar con la violencia física la intimidación, ha dado bien claro a entender la idea que dirige. No debía buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores colosos de la fuerza o el poder. Resultando -- que la resistencia fue verdadera y que emplearon medios capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrentar a una persona común, la violencia esta justificada". (55)

Nos parece, después de este breve estudio, que la violencia -- física es aquella fuerza material aplicada en el cuerpo de la víctima, suficiente para obligar su resistencia y contra su voluntad -- imponer la relación sexual.

(55) Cit por Jiménez Huerta, Mariano. p.263.

VIOLENCIA MORAL.

Un segundo medio de imposición en relación a una violación lo encontramos en la violencia moral, la que a diferencia de la violencia física no requiere del uso de la fuerza material sino tan sólo basta para constituirla el empleo de amenazas o amagos que el agresor ejerza sobre la víctima para que de este modo obtener el acceso carnal.

Ambas violencias, en cada uno de los casos constituyen un elemento necesario para tipificar el delito de violación. "El delito de violación se configura no sólo imponiendo la cópula mediante el empleo de la violencia física, sino también cuando se emplea la violencia moral y la parte ofendida no opone resistencia al acto sexual ante las graves amenazas de que es objeto". (56)

Para González Blanco la violencia moral consiste "en las amenazas o amagos graves que el sujeto activo emplea para intimidar a la víctima y lograr en esas condiciones el acceso carnal, pero a condición que sean serios y constantes. Esta forma de violencia, aún cuando coloca a la víctima en la disyuntiva de optar por su en-

(56) Porte Petit, Celestino. Op. Cit. p. 134.

trega sexual o sufrir las consecuencias de su negativa, a diferencia de lo que sucede en la violencia física, no impide la resistencia.

La violencia moral, viene a ser un simple medio de naturaleza eminentemente objetiva, en tanto que la intimidación es un estado de constricción del ánimo en el sujeto pasivo, de índole eminentemente subjetiva. En otras palabras, la violencia moral, por sí sola, no es elemento constitutivo del delito, sino que únicamente alcanza esta condición en el caso de que intimide. De otra forma, no existiría relación de causa a efecto entre la violencia y la obtención de la cópula". (57)

Completando lo anterior, González de la Vega agrega: "cuando el delincuente amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla. La intimidación aniquila la libertad, su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o llevar a ella una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenace o se finja en la imaginación. Así como la violencia física domina en el cuerpo de la víctima y lo priva del ejercicio de sus miembros o movimientos, la intimidación destruye y produce análogos efectos en la fuerza física. La fuerza moral no anula precisamente la total posibilidad de elección, pero actúa en ella en forma tan grave que la víctima se ve obligada a -- sufrir se efectúe en su cuerpo el mal que en realidad no ha queri--

(57) González Blanco, Alberto. Op. Cit. p. 155.

do, para evitar otros males que estime como mayores y de los que se ve amenazada en sí misma o en personas ligadas a ella.

Al aplicar lo anterior al delito de violación, resulta que la violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir el -- ayuntamiento que en realidad no ha querido. No es necesario que el amago de males o amenaza de causar daños se refieran directamente -- al sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues este puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males recaerán en personas de su afecto". (58)

Indica Porte Petit que: "por violencia moral debemos entender la exteriorización que hace al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula". (59)

Ure, exige además, "que el daño objeto de las amenazas o amagos, además de grave e injusto, sea determinado para que la víctima esté en condiciones de apreciarlo en toda su magnitud; la que en el posible supuesto de que fuera irrealizable, carecería de eficacia -- intimidatoria; pues ningún efecto podría producir aquel que ya se -- hubiera realizado; y dependientemente de la voluntad del amenazante". (60)

(58) Op. Cit. p. 394.

(59) Op. Cit. p. 25.

(60) Cit. por Alberto, González Blanco. Op. Cit. p. 155.

De modo muy escueto y ambigüo, Mariano Jiménez Huerta cita a Finzi quien define la violencia moral como "energía física simplemente enunciada.

Lo anterior va dirigido a un objetivo que consiste en inutilizar, a través de amenazas la voluntad de la persona con quien se pretende tener acceso carnal". (61)

Es evidente que el anterior concepto es infinitamente vago --- pues a diferencia de González Blanco, deja una amplia estela de imprecisiones ya que el pensar tan sólo en una "energía física simplemente enunciada" supone únicamente la idea de la amenaza del empleo de la fuerza material: aspecto que es solamente una pequeña parte que constituye lo que es propiamente la violencia moral.

La violencia moral no se limita únicamente a la intimidación --- proveniente del empleo de la fuerza material, nos parece que la --- violencia moral alcanza igualmente al temor de la víctima de ser --- objeto de imposición psicológica, respecto a faltas que esta hubiere cometido y de las cuales podría ser delatada. También implica no tan solo los daños a su persona sino también los daños de que pudieran ser objeto los seres que ama.

De esto último se desprenden dos interrogantes:

(61) Jiménez Huerta, Mariano, Op. Cit. p. 263.

1.- ¿Puede extenderse la violencia a terceras personas?

2.- ¿Hay posibilidad de configurar la violencia, cuando esta se ejerce sobre las cosas?

Respecto a la primera cuestión Eusebio Gómez manifiesta: "la violencia que se hace a la víctima en relación a males graves que pudieran llevarse a cabo a terceros relacionados con la misma, tiene como finalidad intimidar a la víctima, la libertad de esta resulta coartada, no por la violencia en sí, sino por el efecto emotivo que le produce, y este efecto es precisamente lo que constituye la violencia moral, y en cada paso deben comprobarse el género de vinculación que existe entre la víctima y el tercero sometido a la violencia, así como la intensidad del afecto que los liga, para estar en condiciones de poder precisar si el efecto emotivo se justifica". (62)

Alfredo Achaval afirma que la violencia moral consiste "en lograr actitudes, circunstancias y aún medios de anulación de la capacidad de actuar o de reaccionar con fuerza ante la acción del agresor". (63)

En su análisis correspondiente González Blanco y González de la Vega, dejan ver igual inclinación por este supuesto.

(62) Op. Cit. p. 106.

(63) Cit. por Kvitko, Luis Alberto, La violación. México, Ed. Trillas, 1986. p. 27.

Otros autores como Ure, admiten, también como verdadera y --- propia violencia, la que se ejerce en contra de un tercero.

Reafirmando lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación indica: "la violencia moral se caracteriza por la amenaza de grave e inminente peligro en la persona de la ofendida, en su reputación o intereses o bien contra un tercero, cuando con ello causen una fuerte coacción sobre el ánimo de aquella, como la amenaza de matar a un ser querido". (64)

Carrara, por el contrario, se refiere a este problema diciendo: "la fuerza ejercida sobre los terceros no tiene efecto ninguno sobre la mujer, ni físico ni moral y sería un gravísimo error hablar de violencia carnal, cuando aquella haya consentido libremente". (65)

Acordes con este último razonamiento, diremos que la violencia debe aplicarse directamente a quien se trata de doblegar, porque si se ejerce violencia contra un tercero totalmente ajeno a la víctima esto no es suficiente para infundir miedo, a menos que el tercero sea un familiar, es decir, que mientras más allegada sea de la persona con quien se pretende tener acceso carnal, será más fácil que se doblegue ante las pretenciones del delincuente.

Es importante mencionar que debe de tratarse de un mal próximo

(64) Cit. por Celestino, Porte Petit. Op. Cit. p. 46.

(65) Op. Cit. p. 241.

casi inmediato, porque en el supuesto de que no se tratara de una amenaza presente esta perdería su fuerza intimidatoria por el factor tiempo.

Esto se complementa con lo dicho por González de la Vega al -- establecer que la violencia moral se da cuando "el delincuente amague o amenace a una persona con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidar". (66)

Por lo que se refiere a la segunda hipótesis González Blanco -- opina: "no creemos en tal posibilidad, si se tiene en cuenta que -- esta como hemos dicho, debe ser ejercida sobre la víctima para que pueda establecerse la relación directa de causa a efecto entre la -- violencia y la obtención de la cópula, lo que no quiere decir, por supuesto, que no pueda existir la violencia moral". (67)

La violencia debe recaer sobre alguno o varios de los bienes -- jurídicos protegidos, siempre y cuando representen gran valor, porque resultaría increíble que alguna persona se hiciera llamar víctima de este delito, cuando la amenaza fuera dirigida hacia objetos materiales que tuvieran algún valor estimativo para ella, o bien, -- cuyo valor adquisitivo fuera mínimo.

Por otra parte, el hecho de que el agresor haga destrozos ma--

(66) Op. Cit. p. 394.

(67) Op. Cit. p. 158.

teriales para poder llegar a alguien, y cometer este delito, no da pauta para que se considere aniquilada la voluntad y la supuesta -- víctima deba acceder a satisfacer los deseos de aquél.

2.3.4 AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO O VOLUNTAD.

La ausencia de voluntad o consentimiento en el delito de violación representa, indudablemente, una grave omisión, por parte de los legisladores, en la redacción actual del artículo 265.

Es innegable la necesidad de aclarar el sentido que implica esa falta de voluntad. Es comprensible que se trata de una oposición por parte de la víctima al acto que se intenta perpetrar en su persona. Esa falta de voluntad o consentimiento se traducen en medios de defensa que la víctima opone para no sufrir en su cuerpo el acto carnal de manera coercitiva.

Complementada a estos medios aparece la resistencia que es factor preponderante en la integración de ese elemento. Es, no obstante, un elemento de difícil valoración.

Este polémico elemento se encontraba contemplado en la redacción original del artículo 265 del Código Penal de 1931, en el cual se asentaba:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de es-

ta, sea cualfuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere im-
púber, la pena será de dos a ocho años.

Sin embargo, en el año de 1966 importantes reformas aplicadas al mencionado artículo, por cuestiones de una supuesta reiteración en el mismo, mutilaron de manera grave al texto original, ocasionando con ello una redacción que resulta ser incompleta, quedando el nuevo artículo de la siguiente manera:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Decíamos que resulta incompleto este último texto, pues es evidente que el acceso carnal que se obtenga por medio de la violencia física no implica necesariamente la ausencia de voluntad del ofendido, dado que puede darse la relación sexual con violencia física y con pleno consentimiento de los sujetos.

Carlos Luis Pérez afirma que: "el consentimiento es un elemento de orden psíquico, cuyo origen es difícil de precisar, pero que es tan importante como el hecho material de someter por la violencia". (68)

(68) Op. Cit. p. 440.

"La ausencia de voluntad exige que la resistencia sea constante y de la misma intensidad que la violencia, sin tomar en consideración que en muchas ocasiones la oposición puede ser no sólo quebrantada sino anulada a consecuencia de la impresión o el miedo que la víctima experimente con motivo de la agresión de que se le hace objeto, por lo que, al ceder en esos casos, no puede sostenerse que no exista la resistencia para dar por consentido el acto, -- sin que resulte fácil por otra parte poder determinar el grado de la resistencia, pues en su desarrollo intervienen factores de diferentes órdenes, como son la edad y las condiciones físicas de la víctima, las cuales deberán ser tomadas en cuenta en cada caso concreto para valorarla". (69)

Jiménez Huerta maneja este elemento de una manera tácita pues hace referencia a la edad de la víctima, en este caso, menor de doce años, debido a que un sujeto pasivo de esta edad no cuenta con la capacidad suficiente para consentir un acto de esta naturaleza.

Apoyando este razonamiento la Ley Penal establece, con carácter general, que el consentimiento prestado por un menor de dicha edad carece de toda validez jurídica, habida cuenta de que quien lo otorga no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y, en consecuencia, la cópula con él tenida encierra un ataque contra la libertad sexual, en virtud del principio de que todo hecho realizado sobre una persona sin su voluntad váli-

(69) González Blanco, Alberto. Op. Cit. p. 159.

da. encierra un atentado contra su libertad.

Justificamos el estudio de este elemento en nuestro trabajo de investigación, por la necesidad que existe de reconsiderar la importancia de dicho elemento para volver a la redacción original del artículo mencionado.

La sola presencia de la voluntad física o moral, reiteramos, no nos parece suficiente para integrar el tipo del delito. Creemos que la ausencia de voluntad es el punto diferencial en relación a otras conductas y en las que aún y cuando exista violencia existe también consentimiento por parte de las personas que se sirven de ellas.

2.4 CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

Se considera al tipo como la descripción legal de una conducta.

"Se ha estimado que el antecedente de la noción de tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, usado en Leyes y Códigos de ascendencia latina y del cual perdura en algunos hasta nuestros días. Aunque primitivamente el desenvolvimiento del concepto no se apartó del ámbito procesal, el cual se identificó con la prueba material del delito, posteriormente se le dió significado diverso, -- confundiendo con el objeto material del mismo o con el hecho descrito en la Ley, llegandose, en algunos casos, a fundir tal concepto con el de tipicidad". (70)

Múltiples son las definiciones dadas en torno al tipo. Pavón - Vasconcelos opina: "El tipo legal, dándole connotación propia jurídico-penal, es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta en la que en ocasiones se suma su resultado, apuntada como -- delictuosa al conectarse a ella una sanción personal". (71)

(70) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, 5 ed. México. - Ed. Porrúa 1962. p. 260.

(71) *Ibidem* p. 265.

Por su parte Jiménez de Asúa lo define como "la abstención --- concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley - como delito". (72)

Para Ignacio Villalobos el tipo es "la descripción del acto o hecho injusto antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo". (73)

Anota Mezger "el tipo en el propio sentido jurídico-penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal". (74)

Jiménez Huerta lo describe como "el injusto recibido y descrito en la ley penal". (75)

Finalmente, para Castellanos Tena, "el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales". (76)

Todos los anteriores conceptos convienen, en la disposición de actos o hechos que se deducen como antijurídicos, es pues, que se -

(72) Op. Cit. p. 654.

(73) Derecho Penal Mexicano 2a. ed. México. Ed. Porrúa. 1960. p. 258.

(74) Tratado de Derecho Penal. T I. 2a. ed. Madrid. Ed. Alemana. 1955. p. 366.

(75) Op. Cit. P. 42.

(76) Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 23a. ed. México. Ed. Porrúa. 1986. p.167.

entiende al tipo entonces como una creación legislativa, como la -- descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos pe- -- nales. No obstante, el significado del tipo, no ha sido hasta la -- fecha motivo de comunión en los pensamientos de los tratadistas, -- pues, si bien es cierto, que en la actualidad el tipo es por una - - parte la descripción legal del delito, también lo es por la otra, - la descripción de uno de sus elementos, el elemento objetivo, es -- decir, el comportamiento establecido en el hecho.

En el sentido más restringido, limitado al Derecho Penal, el - tipo ha sido considerado como el conjunto de características de to- do delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito.

Ahora bien, la forma típica del delito de violación se encuen- tra descrita en el artículo 265 del Código Penal en el cual se ---- expone:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Texto del cual desprendemos el siguiente análisis:

2.4.1 CLASIFICACION DEL TIPO EN CUANTO A SU COMPOSICION:

Clasificación del delito de violación en orden a su composición, diremos que se trata de un tipo normal, desde el momento en que la descripción jurídica que hace el legislador en el artículo 265 de Código Penal no se atiende a elementos subjetivos ni a valoraciones, sean culturales o jurídicas.

La ley al establecer únicamente elementos objetivos de aprehensión cognositiva material hace referencia a tipos normales para la integración de los delitos, tal es el caso del delito de violación que en su artículo 265 establece "...tener cópula con persona de cualquier sexo...".

2.4.2 CLASIFICACION DEL TIPO EN CUANTO A SU METODOLOGIA:

El delito de violación en cuanto a su metodología constituye un tipo básico, en orden a que sus elementos integrantes son indispensables o esenciales de otros tipos legales.

Anota el profesor Mariano Jiménez Huerta "que la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado forja una categoría común, ca-

paz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos". (77)

Se dice también que los tipos básicos son aquellos capaces de integrar la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código, tal es el caso del delito de violación, enunciado en el título décimo quinto denominado delitos sexuales, en su capítulo primero siendo básico al considerarse: "Atentados al Pudor, Estupro y -- Violación".

2.4.3 CLASIFICACION DEL TIPO EN CUANTO A SU INDEPENDENCIA.

Clasificar al delito de violación atendiendo a su independencia no representa mayor problema, en el entendido de que se trata de un tipo autónomo.

La autonomía la adquiere al no depender de otro tipo penal para existir, es decir, tiene vida por si sólo.

2.4.4 CLASIFICACION DEL TIPO EN CUANTO A SU FORMULACION.

Se trata de un tipo de formulación casuística alternativamente formado, en virtud de que el legislador no prevee una circunstancia única.

(77) Op. Cit. p. 96.

Se establecen en él, una pluralidad de hipótesis, la realización de diversos actos para cometer el ilícito, de tal suerte que el tipo se conforma con cualquiera de las hipótesis, no siendo necesario para la integración del delito el concurso de todos los -- previstos.

7.4.5 CLASIFICACION DEL TIPO EN CUANTO AL DAÑO.

Es un tipo de daño en cuanto define la disminución o destrucción del bien.

El bien jurídico objeto de la tutela penal en el tipo de daño referente al delito de violación es la libertad sexual al sancionarla: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula...".

2.5 CLASIFICACION DE LA VIOLACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Por conducta debemos entender: "El comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito". (78)

Los delitos son conductas humanas en donde la voluntad es manifestada en un hacer, es decir, en hechos que se exteriorizan. Siendo la violación un delito de acción, debido a que es un comportamiento positivo; en los que se viola una ley prohibitiva.

Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto. (79)

Reafirmando lo anterior Vannini establece: "El delito de violación carnal, como delito formal, es un delito de acción. Es evidente que ninguno puede ser autor de este delito por omisión". (80)

Es pues, la violación en orden a la conducta:

a) Un delito de acción en el cual la conducta típica se inte--

(78) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 149.

(79) Op. Cit. p. 416.

(80) Cit. por Celestino Parte Petit. Op. Cit. p. 27.

gra en la conjunción carnal o cópula, siempre y cuando esta se realice mediante el empleo de la violencia, sea esta física o moral, es por tanto, dada la naturaleza del núcleo del tipo que este delito sólo puede cometerse mediante acción por parte del agente activo, puesto que no es posible una realización omisiva, en virtud de que la cópula no se puede llevar a cabo con un no hacer.

Esta figura delictiva impone un deber jurídico de abstención, mismo que se infringe por un hacer del sujeto consistente en tener cópula con persona de cualquier sexo por medio de la violencia, -- contraviniendo de esta forma una norma prohibitiva.

b) Es un delito unisubsistente o plurisubsistente, pues la -- realización de esta conducta delictiva puede fraccionarse en diversos actos o llevarse a cabo en uno solo.

"Como la violación se consuma con la realización de un sólo -- acto o varios, se trata de un delito unisubsistente o plurisubsistente". (81)

(81) Porte Petit, Celestino. Op. Cit. p. 27.

2.6 CLASIFICACION DE LA VIOLACION EN ORDEN AL RESULTADO.

Es el delito de violación en orden al resultado un delito formal, en virtud de que se agota el tipo penal en el movimiento corporal, no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado externo.

Trátase de un delito de mera conducta, en virtud de que el tipo se integra por la realización de la cópula violenta; es decir, por un hacer sin resultado material, sin modificación en el mundo exterior.

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 265 de nuestro Código Penal, para la configuración del delito de violación no se requiere una mutación en el mundo exterior, o sea que no se exige un resultado material. El texto legal, únicamente señala la conducta y los medios por los cuales esta puede ser realizada. Es por ello que se trata de un delito formal o de mera conducta, de cuya realización se desprende solamente un resultado jurídico". (82)

Es conjuntamente, un delito de lesión porque causa un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la

(82) Porte Petit, Celestino, Op. Cit. p. 29.

norma violada; ya que al realizarse la cópula violenta, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

El concepto de este ilícito entraña, como ya se había indicado una puesta en peligro de la libertad sexual de la víctima, inclusive de su afectación personal por la utilización de la fuerza o males intimidatorios para la obtención de la cópula.

En cuanto a su consumación se trata de un delito instantáneo - ya que la violación se perfecciona con la realización de la conducta, esto o no, compuesta de varios actos o movimientos.

Se atenderá a la unidad de acción, si con ella se consuma el delito no importa que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota para que sea instantáneo.

2.7 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

Para que el sujeto activo sea culpable, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades.

"Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y querer, de determinarse en función de aquello que conoce. Por eso a la imputabilidad se le debe considerar como soporte o cimiento de la culpabilidad y no como elemento del delito.

La imputabilidad es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción, en pocas palabras, la podemos definir como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal". (83)

Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores al tiempo de la acción, del mi-

(83) Castellanos Tana, Fernando. Op. Cit. p. 217.

nimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado.

Al respecto Carrancá y Trujillo menciona: "será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo -- jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad humana". (84)

La imputabilidad, es pues, la capacidad de querer y entender, así como las condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor al momento de ejecutar la cópula violenta. Siendo la inimputabilidad el aspecto negativo de la imputabilidad.

"Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". (85)

Se puede dar la hipótesis de que el sujeto activo al ejercer la acción típica, padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, siempre y cuando el agente no haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

(84) Op. Cit. p. 227.

(85) Castellanos Tona, Fernando. Op. Cit. p. 223.

Porte Petit indica: "El sujeto activo debe tener capacidad de culpabilidad, originándose una hipótesis de inimputabilidad, en este delito, cuando exista en el sujeto activo un trastorno mental - transitorio. No se puede negar que, en cuanto a las acciones libres en su causa, puede darse el delito de violación, pero naturalmente cuando el sujeto se ha colocado dolosamente en el estado de inimputabilidad para cometer la violación, pues si su conducta ha sido -- dolosa, pero únicamente para colocarse en ese estado, sin querer -- realizar la cópula o bien, se ha colocado culposamente en tal estado, no puede responder del delito de violación, porque ésta infracción sólo puede cometerse dolosamente". (86)

Apoyando lo escrito por Porte Petit nuestro Código Penal en su artículo 15 fracción II establece como causa de inimputabilidad:

"Padecer el inculgado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le -- impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

(86) Op. Cit. p. 57.

2.8 CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

Anteriormente dijimos que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto -- para entender y querer en el campo penal, corresponde ahora, extender una noción sobre culpabilidad.

"Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica sino además culpable". (87)

Para Cuello Calón la culpabilidad se da "cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle -- jurídicamente reprochada". (88)

Al referirse a este punto Jiménez de Asúa menciona: "Es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de -- reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró". Continúa diciendo: "En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad -- como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (89)

(87) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. p. 233.

(88) Op. Cit. p. 290.

(89) Op. Cit. p. 444.

Por su parte, Porte Petit define la culpabilidad como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto". (90)

Para Villalobos, "la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la cópula".(91)

La forma de culpabilidad existente en este delito, es sin duda, el dolo, en el sentido de que interviene la voluntad consciente dirigida a la obtención del acceso carnal.

"Si para que exista la violación debe realizarse la cópula por medio de la violencia física o moral, es innegable que tiene que concurrir el dolo directo, ya que no se concibe la existencia de tales medios sin la concurrencia de esta forma de culpabilidad. En cuanto al dolo eventual pensamos que no puede presentarse, a virtud de que la exigencia de los medios físicos o morales implican el querer desde el inicio de la cópula". (92)

Ayudando lo anterior González Blanco afirma: "Desde luego, la

(90) Op. Cit. p. 49.

(91) Op. Cit. p. 283.

(92) Porte Petit, Celestino, Op. Cit. p. 59.

violación por su naturaleza, es de aquellos delitos que exigen una forma dolosa de la culpabilidad, traduciéndose el dolo en la voluntad del sujeto activo de efectuar la cópula con persona de uno u otro sexo, mediante fuerza física o moral y ausencia de voluntad de la víctima o aprovechándose de las condiciones especiales de esta". (93)

Ahora bien, mientras la imputabilidad es la capacidad de querer y entender, de ser responsable penalmente; la culpabilidad es el reproche, es el actuar dolosamente, es decir, es la conducta realizada voluntaria y conscientemente.

La inculpabilidad, como aspecto negativo de la culpabilidad en el delito de violación puede presentarse en el caso de:

a) "Error de ilicitud, para quienes consideren que cabe el ejercicio de un derecho con relación a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, realizada por uno de los conyuges por medio de la vis absoluta o compulsiva. Es decir, cuando se llevará a cabo la cópula, por cualquiera de los medios mencionados, con una mujer creyéndola su cónyuge, pues estaríamos frente a una eximente putativa, al creer el cónyuge que existía a favor suyo una causa de licitud.

b) No exigibilidad de otra conducta". (94)

(93) Op. Cit. p. 165.

(94) Porte Petit, Celestino. Op. Cit. p. 62.

2.9 TENTATIVA.

Entendemos por tentativa, los actos ejecutados, encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

La doctrina adopta diferentes criterios al hablar de tentativa en el delito de violación.

Sobre este particular existen dos criterios:

- 1.- Aquel que sostiene que puede darse la tentativa en el delito de violación.
- 2.- El que no la admite en dicho delito.

Respecto a la primera cuestión González Blanco opina: "Por sus características el delito de violación no descarta la posibilidad de la tentativa, y esta existirá cuando el sujeto activo de principio a la ejecución directa de los actos que configuran el delito -- sin llegar al resultado que debía producirse, por causas ajenas a su voluntad". (95)

(95) Op. Cit. p. 172.

La violación es el delito en el cual puede perfectamente darse la tentativa. Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que, para -- calificar el hecho como tentativa, se debe establecer que "el pro-- pósito" del agente era el acceso carnal, que es elemento sine qua-- non del delito, y no simplemente un torpe desahogo, cosa no infre-- cuente, que hace encuadrar al hecho como atentado al pudor. Los ac-- tos de tentativa verdadera se caracterizan aquí por un fin especí-- fico. Generalmente existirá tentativa calificada, pues para llegar a la violación es preciso realizar actos impúdicos en sí mismo de-- lictivos.

Indica Fontán Balestra: "La mayoría de los autores admite la - tentativa en el delito que nos ocupa, sin que ello implique la po-- sibilidad de identificación de esa figura con la del atentado vio-- lento al pudor.

El elemento diferencial entre uno y otro delito, es el carác-- ter subjetivo; si el autor tuvo el propósito de llegar a la cópula pero no llegó a consumarla por circunstancias ajenas a su voluntad, habrá habido tentativa. En cambio, si el agente pudo haber llegado al acceso carnal y no lo hizo, ya fuera por ser más limitada su in-- tención o por desistimiento voluntario, sólo habrá habido atentado al pudor". (96)

"La determinación de si el hecho constituye tentativa de vio--

(96) Op. Cit. p. 222.

lación presenta escasas dificultades, por las semejanzas que presenta con el abuso deshonesto. Los actos externos en ambos delitos son los mismos (como arrojar a la víctima sobre el lecho o sobre el suelo, levantar sus vestidos, etc.), pero, se diferencian entre sí, en que en la tentativa de violación los actos realizados se encaminan al acceso carnal, existe ánimo de yacer, mientras que los constitutivos de los abusos deshonestos no aspiran a tal fin, la finalidad de estos hechos esta en ellos mismos. Por lo tanto para que los actos impúdicos realizados sobre una mujer, o sin su consentimiento, pueden ser calificados de tentativa de violación debe probarse cumplidamente en el culpable el ánimo de yacer.

Autores de este delito son no solamente los que yacen con la víctima, sino también los que cooperan al yacimiento por los actos simultáneos (sujetar a la víctima, taparle la boca para evitar demanda de auxilio, etc.) cuando por alguna causa ajena a ellos no concluyen el acceso carnal". (97)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación admite la tentativa, al establecer que "si el acusado ejecuta una serie de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de violación y causas ejenas al infractor le impidieron la consumación de su propósito, comete el delito de violación en grado de tentativa". (98)

(97) Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. p. 595.

(98) Semanario Judicial de la Federación, LIV, p 1996 quinta época.

"Conforme a los artículos 265 y 266 del Código Penal vigente - en el Distrito Federal, comete el delito de violación el que, por -- medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona, sin la voluntad de esta, sea cual fuere su sexo, y se equipara..., y de conformidad con el artículo 12 del propio Código, 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 agente. Ahora bien, si se comprueba que el acusado ejecutó actos que tendieron a verificar la cópula con una 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 en el dictámen médico legal consta que la ofendida presenta - -- equimosis en los órganos genitales e igualmente se justifica que el acusado no logro llegar al fin de sus deseos, por causas ajenas a - su voluntad, como la de haber sido sorprendido en el momento de - - consumir los hechos, aquel es roo del delito de violación en grado de tentativa, y la sentencia que así lo declara, no es violatoria - de garantías". (99)

" Si el delito de lesiones se evidenció y fue el medio de que se valió el sujeto activo para consumir el acto tentado de viola--- ción en la ofendida, ya que al oponerse la golpeó en diversas par--- tes 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". (100)

"Si sólo existe el desgarramiento del periné, no puede tenerse por comprobado el cuerpo del delito de violación, pero sí el de tentativa de violación, ya que el acusado ejecutó todos los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de dicho delito, y si no se consumó, fue por causas ajenas a la voluntad del agente". (101)

"En delitos de esta índole (violación) la declaración de la ofendida, corroborada por un testigo presencial, es suficiente para tener comprobada la existencia del delito de tentativa de violación". (102)

"Si los médicos legistas encontraron desgarraduras incompletas en el hímen 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 tentado de violación". (103)

"Es correcto declarar la culpabilidad del quejoso como autor del delito de tentativa de violación, si la cópula se trató de imponer al sujeto pasivo no se consumó por causas ajenas a su voluntad, que es la que caracteriza a la tentativa de violación como de-

(100) Semanario Judicial de la Federación, XVIII, p. 771, quinta época.

(101) Semanario Judicial de la Federación, LI, p. 2916, quinta época.

(102) Semanario Judicial de la Federación, XXXIII, p. 110 sexta época.

(103) Semanario Judicial de la Federación, XII, p. 89, sexta época.

lito inacabado". (104)

"Habr  violaci3n en grado de tentativa, si el examen de los -- m3dicos concluyen con certeza que el inculpado realiz3 actos enca-- minados directa e inmediatamente a obtener por medio de la violen-- cia f3sica o moral la c3pula con la ofendida, no lográndose la con-- sumaci3n del acto por causas ajenas a la voluntad del agente acti-- vo". (105)

Respecto a la segunda cuesti3n, la II. Suprema Corte de Justi-- cia de la Naci3n sostiene: "El delito de violaci3n no admite grados ya que, o se consuma o los actos ejecutados por el agente del deli-- to revisten el carácter de preparatorios, caso en el cual se casti-- gan únicamente como atentados al pudor". (106)

(104) Semanario Judicial de la Federaci3n, LV, p. 73, sexta 3poca.
(105) Semanario Judicial de la Federaci3n, LXII, p. 65 sexta 3poca.
(106) Semanario Judicial de la Federaci3n, XXV, p. 1117, quinta 3poca.

2.10 VIOLACION IMPROPIA O PRESUNTA.

Nuestro Código Penal enmarca la posibilidad de la existencia de un modo diverso de violación presunta que el artículo 266 del mismo Código define a la manera siguiente:

Artículo 266.- Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad de resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia la pena se aumentará en una mitad.

El texto anterior nos ofrece, en su análisis, una serie de reflexiones y elementos que se resumen en los siguientes:

- 1.- Una acción de cópula.
- 2.- Que esta cópula recaiga:
 - a) En una persona menor de doce años;
 - b) En persona que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse en sus relaciones sexuales;
 - c) En persona que por cualquier causa no este en posibilidad de resistir la conducta delictuosa; y
- 3.- El conocimiento del estado de la víctima o al menor en su

culpable ignorancia.

Por lo que respecta al primero de estos elementos es comprensible, que para poder hablar de violación, se requiere el acto de copular que se traduce en el acto carnal.

Hemos tratado con anterioridad, de manera más o menos profunda los aspectos que abarca este polémico elemento y por tanto en este punto pasaremos por alto su estudio.

En relación a la cópula ejercida sobre una persona menor de doce años el elemento de la voluntad adquiere trascendencia importante, ya que el consentimiento que se otorga carece de toda validez jurídica. en vista de que a esa edad aún no existe la posibilidad de producirse voluntariamente en su vida sexual.

Al respecto Eusebio Gómez indica: "Esta presunción es absoluta. En esta primera edad los estímulos carnales son todavía ignorados o confusos, o de todas maneras si son excitados no pueden encontrar en la falta de madurez fisis-psíquica de la persona, contra-estímulos suficientes fuertes y educados. Por eso la ley impone a todos el deber absoluto de abstención". (107)

La ignorancia de la edad de la víctima no puede ser invocada como excusa por el sujeto activo. En cambio el error respecto de la misma circunstancia excluiría el elemento intencional, es decir, la

(107) Op. Cit. p. 91.

voluntad de tener cópula con persona menor de doce años.

Eusebio Gómez por otra parte opina acertadamente la importancia de determinar adecuadamente la edad del sujeto pasivo en estos casos. El nos refiere lo siguiente: "Lo que motiva divergencias es determinación del límite de edad. Se dice que no es raro el caso de que niños menores de doce años exterioricen marcada tendencia a la actividad sexual. En ello se funda la teoría de que no obstante la fijación del límite expresado, debería librarse al arbitrio judicial la potestad de establecer, en cada caso, si las condiciones de la víctima autorizan, o no, la presunción de violencia. Cualquiera comprende los peligros que entrañaría la adopción de este criterio, en el cual no se consultan, por cierto, las exigencias de una real protección a la infancia". (108)

Complementando el anterior comentario debemos resaltar la diferencia que existe entre unos infantes con otros, esto es debido a que la pubertad o impubertad del sujeto varía según los climas y -- las condiciones humanas, pasando a ser más que un problema jurídico un problema psico-fisiológico.

En caso de existir duda sobre la edad del sujeto pasivo, no -- podrá disminuirse la responsabilidad criminal del agente activo, ni mucho menos eliminarla, porque no sólo tal acto sexual constituye -- un ataque de extrema gravedad para quien lo reciente, por las con--

(108) Ídem.

secuencias que originan en la moral del menor, en su vida corporal y en su conducta, sino también porque perjudican el derecho contra la persona, que lo mismo sufre y padece con atentados cometidos - - contra la integridad de su vida material o de su salud, que con - - atentados cometidos contra la integridad de su vida moral.

En cuanto al ataque sufrido por persona que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales debemos, ante todo establecer, dos situaciones: La primera cuando el ataque se realiza a persona privada de razón o de sentido. La segunda, cuando el sujeto pasivo no pudiere resistir el ataque por alguna enfermedad.

Con respecto a la primera situación, se incluyen en ella a todas las personas que por cualquier motivo sufran alguna anomalía mental, sea esta congénita o adquirida, permanente o transitoria y las que, no obstante poseer, el pleno goce de sus facultades mentales y físicas, se encuentren excepcionalmente en un estado de inconsciencia, debido a un origen fisiológico o patológico, como serían las afecciones mentales, la inferioridad psíquica, el sueño, la hipnósis, la embriaguez y las alteraciones psicológicas por el uso de afrodisíacos para la excitación sexual.

Una persona puede estar, decíamos, privada de razón o de sentido, a causa de las más diversas causas. La víctima de la violación puede estar privada de razón o de sentido por obra del agente o por causas ajenas a él. La ley no hace, al respecto, distinción -

alguna.

Entre las causas determinantes anteriormente anotadas tenemos a las afecciones mentales, estas se encuentran incluidas en la generalidad de los términos empleados por disposición de la ley. Sin embargo, sería erróneo sostener que cualquier alteración psíquica pueda juzgarse suficiente para fundar la presunción de violencia. Debe tratarse de una alteración que suprima o disminuya en la víctima la posibilidad de poner resistencia.

Afirma Eusebio Gómez con base al Código de su País que "si la capacidad de resistir subsiste, no obstante la alineación, si la -- privación de la razón no anula por entero aquella capacidad, debe -- concluirse que el abuso carnal no alcanzó a constituir una verdadera violencia". (109)

La inferioridad psíquica la menciona el Código Italiano pues -- admite la presunción de violencia en los casos de conjunción carnal con persona que con propias condiciones de inferioridad psíquica no puede resistir.

Nuestro Código, sin embargo, establece que la víctima se debe encontrar privada de razón, o, de sentido, en consecuencia la simple disminución de las fuerzas morales que equivale a la inferioridad psíquica no puede traducirse, conforme a nuestro Código, en la

(109) *Ibidem*, p. 95.

presunción de que esta disminución represente una privación de la razón.

Por otra parte, con respecto al sueño debemos aclarar que el hablar de la razón o del sentido, nos lleva a considerar a ambas como un estado de inconsciencia, estado en el cual, evidentemente encuadra el sueño.

Este estado provoca una amplia controversia en lo que se refiere a la posibilidad o imposibilidad de que una persona dormida resista el acto carnal.

Carrara que estudia conjuntamente el caso del sueño y de la obriedad, dice que uno y otro no constituyen de la violencia sino una mera presunción la cual, a los fines de la agravación del estupro, requiere ser completada con la prueba de voluntad del contrario de ahí que el abuso cometido sobre la obria o sobre la durmiente sólo podrá constituir estupro violento cuando se demuestre, por la prueba positiva de las repulsas precedentes, o por sus posteriores afirmaciones juradas, que si la persona se hubiere encontrado en la plenitud de su entendimiento, dueña de sí misma, no habría consentido de ningún modo. Si la mujer declarase francamente que, aún en la plenitud de sus sentidos, habría, de buena gana, aceptado el acceso carnal, la violencia desaparecería, aunque el hombre creyera haber procedido contra la voluntad de la mujer. (110)

(110) Op. Cit. p. 95.

Otra estimación hecha por Carrara corresponde al hecho que debería distinguirse, siempre en la imputación de la pena, en el caso de la ebriedad y del sueño provocados maliciosamente por el agente o en el caso de que este hubiera aprovechado una ocasión accidental para consumar el ataque. En el primer caso hay abundancia de dolo -- por la incidencia premeditada. Además, las dificultades de la defensa privada por parte de la víctima son mayores. (111)

Según Tardieu, la cuestión de saber si la violación puede ser consumada sin que lo advierta la mujer, no puede presentarse en los casos de violencia cometidos en niñas, sino, casi exclusivamente en los realizados en mujeres núbiles o en mujeres hechas. Por tanto el sueño natural, dice, por profundo que sea no puede ciertamente permitir la desfloración, es decir, un primer ayuntamiento, acompañado siempre de cierto grado de violencia y de dolor. Si se tratase del acto consumado en una mujer dormida ya habituada al acto sexual, no sería imposible admitir que los hechos hayan tenido lugar, sin que lo advierta la paciente.

Rojas asume la misma posición al afirmar lo siguiente: "Si se trata del sueño natural, el hecho debe ser considerado imposible -- tratándose de una persona virgen durmiendo en las condiciones corrientes. Pero puede aceptarse como posible la afirmación de la -- víctima, si se trata de una mujer de vías amplias, multipora, por -- ejemplo, el sueño anormal profundo por gran fatiga". (112)

(111) Idem.

(112) Cit. por Eusebio Gómez. Op. Cit. p. 101.

Finalmente, los médicos legistas en general afirman la imposibilidad de practicar el coito sobre una persona que se encuentre en estado de sueño natural, sin que esta lo advierta. Sin embargo, Eusebio Gómez admite dos conclusiones después de realizar un consenso de médicos legistas que vierten su opinión al respecto:

1.- "El acceso carnal con mujer virgen, durante el sueño natural de la misma, no es posible, porque la maniobras propias de tal acceso han de provocar, necesariamente, la vuelta al estado de vigilia, cesando, entonces la privación del sentido, que es el fundamento de presunción de violencia establecida por la ley. La imposibilidad del acceso importa la imposibilidad de la violación.

2.- El acceso carnal, durante el sueño, a persona habituada a las maniobras de tal acceso puede no determinar la interrupción del sueño, por lo que subsistiría el fundamento de la presunción expresada. La posibilidad del acceso, en este caso significa la posibilidad de la violación". (113)

Con respecto a la hipnosis, esta nos presenta dos hipótesis:

Una que determina un estado de inconsciencia absoluta que impide -- percibir cualquier impresión del mundo exterior. La otra niega que tal estado de inconsciencia absoluta se produzca y afirma que el -- sueño hipnótico ocasiona, simplemente una falta de voluntad.

(113) Gómez, Eusebio. Op. Cit. p. 102.

Estas hipnósis provocan, indudablemente, una gran controversia y es que el poder determinar, de manera científica un estado hipnótico representa la inevitable discusión de su existencia.

El desconocer a fondo la materia nos hace concebir de manera no garantizada la inexistencia de la hipnósis, por tanto, negamos que se pudiera dar esta situación. No se niega, sin embargo, es difícil aceptar su existencia.

En cuanto al estado de ebriedad no se puede hablar de inconsciencia pues si el estado etílico de una persona provoca sueño estaremos entonces hablando de sueño. Si esta persona por otra parte no se encuentra en estado de sueño podrá estar en posición de advertir el ataque y poder oponerse a él.

Naturalmente, la ebriedad de que se encuentre atacado el sujeto pasivo no ha de ser aquella que se traduce en un simple debilitamiento de los poderes inhibitorios. Sólo puede decirse de un ebrio que esta privado de sentido cuando llega a la inconsciencia completa.

Por último, el uso de afrodisiacos para provocar un estado de hiperexcitación sexual, y así lograr la cópula con la víctima no constituye violación. Los afrodisiacos no producen estado de inconsciencia, privación del sentido como lo exige la ley. Rojas cita al respecto, las siguientes palabras de Hofmann: "La excitación de los sentidos que tiene por efecto llevar a la mujer a entregarse --

más fácilmente a su seductor no basta para constituir un crimen. -- Por otra parte, la existencia de verdaderos y propios afrodisiacos es, generalmente negada". (114)

Para concluir, la imposibilidad de que el sujeto pasivo oponga resistencia al ataque sexual puede provenir, indicábamos al principio, de una deficiencia patológica, es decir, anomalías orgánicas - tales como parálisis algunas mutilaciones, que aún por su naturaleza, no afectan la consciencia para darse cuenta del acto sexual, -- pero que producen en ellas la imposibilidad para oponer la resistencia debida.

(114) Cit. por Eusebio Gómez, Op. Cit. p. 102.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO DEL DELITO DE VIOLACION Y SUS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

3.1 AVERIGUACION PREVIA.

3.1.1 EXPLORACION FISICA.

La exploración física que se realiza en la víctima implica la práctica de variados exámenes, tales como el examen ginecológico, - el anorrectal, el fotocolposcópico, toma de muestras y estudio psiquiátrico y psicológico.

Esta exploración requiere de gran cuidado por parte del perito pues resulta sumamente delicada por el estado psicológico o físico que guarde la presunta víctima.

La exploración física no se da de igual modo en aquélla que -- presuntamente fue por vía vaginal o en la que se supone fue por vía anal. Si algo tienen en común es el examen minucioso de las ropas, pues en ambos casos es importante hacer dicho examen para la búsqueda de evidencias, que en un momento dado puedan servir como - -

pruebas contra el presunto responsable.

Así, en dicho examen, se debe establecer primero si se trata de las mismas ropas que la presunta víctima llevaba en el momento de acacer el hecho, o si han sido lavadas o no dichas prendas. Además, se tomará debida nota si se trata de ropas humildes, modestas, o por lo contrario, si son llamativas o provocativas. Se constatará si están íntegras o rotas, limpias o sucias. En su caso, si existen signos microscópicos de existencia de manchas biológicas como esperma o sangre, si hay pelos, manchas de tierra, de pintura, etc.

Ante dicho hallazgo, las ropas se deberán enviar al laboratorio criminalístico, con la finalidad de realizar los estudios correspondientes que permitirán tipificar esperma y sangre, así como comparar los pelos hallados con los del presunto autor en el caso de su detención, y con el objeto de realizar cualquier otro estudio pertinente.

Fuera de este examen es conveniente realizar una división entre la violación vaginal y la violación anal. Son distintos los exámenes a que son sometidas una y otra en la búsqueda de indicios. Por tanto analizaremos primeramente el examen vaginal para posteriormente hacer otro tanto con el examen anorrectal.

VIOLACION POR VIA VAGINAL. Se da en primer lugar la ya men-

cionada exploración física, la cual comienza con una inspección al igual que en cualquier especialidad médico-asistencial. Mediante ésta se podrá observar la actitud de la examinada, su constitución, su talla, su desarrollo muscular, todo ello con el fin de buscar elementos indiciarios de posible resistencia.

En seguida se procede a la búsqueda de signos oculares de violencias externas, tanto recientes como antiguas. Para ello se divide el cuerpo en tres zonas o áreas:

a) Zona Genital: incluye genitales externos, periné y área anorrectal.

b) Zona Paragenital: comprende la zona abdominal infraumbilical, monte de venus, raíz de muslos y zonas glúteas.

c) Zona Extragenital: abarca el resto de las regiones topográficas. Dentro de esta zona es importante destacar el examen en cabeza, mamas, muñecas y piernas. (115)

De acuerdo a esta división, son diversas las lesiones que en cada una de las áreas se presentan, tenemos pues que dentro del área genital se pueden encontrar contusiones o desgarros de la vulva, horquilla y fosa navicular; desgarros del himen; contusiones o desgarros de la vagina; contusiones o desgarros de los fondos de saco uterovaginales; contusiones o desgarros anales; equimosis hímenales. (116)

(115) Kvitko, Alberto. Op. Cit. p. 40

(116) Idem.

En el área paragenital suelen aparecer lesiones como contusiones o desgarros perineales, contusiones o desgarros vesicales, hematomas pubianos, hematomas de la cara interna de los muslos, en las zonas glúteas podemos encontrar hematomas, escoriaciones, mordeduras, quemaduras, etc.

Por último la zona extragenital regularmente nos presenta las siguientes anomalías patológicas: contusiones de cuero cabelludo, hematomas del rostro (bucales, peribucales, etc.), hematomas del cuello, escoriaciones ungueales en rostro, cuello, tórax y mamas, contusiones por mordeduras en el rostro, labios, mamas o pezones, hematomas en el nivel de la pared abdominal, muslos, rodillas o piernas, signos de extrangulamiento manual o con lazo y signos de compresión toracoabdominal. (117)

En el mismo aspecto cabe aclarar que igualmente este tipo de lesiones se clasifican en dos grupos:

a) Lesiones Necesarias.- Engloban estas todas las lesiones que en las tres áreas mencionadas son, de algún modo, ocasionadas necesariamente en la víctima para poder cometer el ilícito. Tenemos algunos ejemplos como son los estigmas ungueales provocados en muñecas y hombros al sujetar a la víctima; o bien hematomas de cuero cabelludo o lesiones en mamas o piernas producidos por el forceceo para vencer la resistencia de la víctima; podemos agregar también las diferentes contusiones que se originan en la raíz de los muslos

(117) Kvitko, Alberto, *Op. Cit.* p. 42.

al intentar separarlos.

Generalmente estas lesiones otorgan una idea sobre lo que -- efectivamente aconteció en el hecho.

b) Lesiones Innecesarias.- Estas lesiones, como su nombre nos indica, agrupan a todas aquéllas que por su aspecto, por su gravedad y por su finalidad no debieron producirse en la comisión del -- delito. En la mayoría de estos casos se evidencia la personalidad -- del delincuente, expresan también el hecho mental y enfermizo del mismo.

Por otra parte el estudio de la zona genital requiere del examen de cada una de las partes que la constituyen, es decir, se -- deberán examinar desde la vulva hasta el orificio inferior de la vagina, o sea el himen, incluyendo la hendidura y conducto vulvares, los labios mayores, los labios menores, clitoris, vestibulo y meato urinario.

VIOLACION POR VIA ANAL. Es la cópula, que en páginas anterior-- res definíamos como la violación contra natura, decíamos que era -- aquella que no se llevaba acabo por vía normal, o sea, por vía vaginal, sino que se ejecuta por el orificio anal.

El ano, anatómicamente hablando es el orificio que constituye la parte inferior del tubo digestivo. Es un conducto de 15 a 20 mi-

límetros. Visto exteriormente el orificio anal tiene forma circular cuando esta dilatado, ya sea por el paso del cilindro fecal o por la introducción de un cuerpo extraño, en este caso, la introducción del miembro viril.

Invariablemente esta cópula provoca en la víctima una serie de lesiones de mayor o menor jerarquía.

La penetración por vía anorrectal, contra la voluntad del accedido, provoca la contracción esfinteriana, la que en forma intensa se resiste, oponiéndose al acceso, en el cual sólo se logra si se provocan lesiones que van desde simples escoriaciones o equimosis, hasta desgarros de pequeña o gran magnitud.

Este acceso forzado del esfínter provoca un verdadero traumatismo con lesiones significativas visibles durante algunos días tales como erociones producidas por las uñas sanguinolentas de algunos milímetros de largo dispuestas paralelamente a los pliegues radiales, alrededor de la mucosa, produciendo estos dolores al caminar, en la defecación y al tacto rectal. "Estos signos se encuentran con tanta más facilidad cuando más brutal haya sido el coito y por consiguiente cuanto mayor haya sido la desproporción entre las dimensiones del pene y el diámetro del orificio anal sobre todo en los niños de poca edad". (118)

(118) Kvitko, Alberto. Op. Cit. p. 23.

Finalmente debemos mencionar cada uno de los exámenes a los -- que recurre el perito para examinar a la presunta víctima.

El primero de ellos es el examen colposcópico. Este es empleado para la inspección del himen, sirve, también, para completar el estudio realizado a ojo directo para determinar la existencia de -- oventuales lesiones que pudieren pasar desapercibidas.

Otro de los sistemas de empleo frecuente, es la llamada luz de Wood, que es la emanación de rayos ultravioleta a través de un filtro de níquel, se emplea para distinguir en el interior de la vagina, en forma nítida, la diferencia que existe entre una escotadura y un desgarro.

Por último, tenemos a la fotografía himeneal, la cual en su -- nombre nos indica que se trata de un elemento necesario para la -- observación del estado en que se encuentra el himen de la agredida.

3.1.2 ANALISIS DE LABORATORIO CRIMINALISTICO.

Para la elaboración de este punto, habremos de recurrir decididamente y en forma casi total al texto del Dr. Luis Alberto - - Kvitko, pues tratándose de un tema definitivamente médico nos consideramos incompetentes para emitir juicio al respecto.

En el desarrollo de los peritajes relacionados con la violación deben analizarse diversos tipos de muestras en forma inmediata estas son analizadas la mayor de las veces por un laboratorio criminalístico.

Sobra decir que este análisis de laboratorio encuentra seria importancia en la búsqueda de indicios y pruebas que lleven al perito a determinar el estado de la víctima, y al juzgador conocer el mayor número de elementos posibles para emitir sentencia más justa.

Son varias, decíamos, las muestras que se toman para su análisis.

1.- Comenzaremos por conocer el material de aspiración vaginal. Estas muestras permitirán determinar la existencia o no de espermatozoides, el tipo de fosfatasa -ácidas o alcalinas-, y el tipo de grupo.

Se dice que los espermatozoides son móviles hasta 12 horas - - después de la eyaculación en vagina y hasta 3 ó 4 días pueden permanecer móviles en dicha cavidad.

La tipificación del esperma, al igual que la realizada con la sangre permite la segura exclusión de eventuales acusados del ilícito.

Por otra parte la fosfatasa ácida es útil en el caso de estar frente a una eyaculación azoospermica. Se pueden encontrar con esta hallazgos hasta dos semanas después de la cópula en cadáveres y es estable en muestras secas hasta tres años.

2.- Material obtenido en zona bucal. Esta muestra se obtendrá y se analizará sólo en el caso en que la víctima afirme haber recibido eyaculación en la boca. Estas muestras se toman mediante raspadura detras de los incisivos superiores, lugar en que generalmente los espermatozoides quedan intactos.

3.- Material de conducto anorrectal. Este se obtiene mediante aspiración directa del material existente o mediante la práctica de un enema de limpieza rectal. La existencia de esperma en la zona -- anorrectal puede evidenciarse en los reconocimientos precoces.

4.- Muestras de sangre. Esta servirá para conocer su tipo y para determinar la posible existencia de alcohol, anestésicos o psicodrogas. Esta muestra se obtiene en todos los casos. Además servi-

rá también para determinar la subunidad beta de HCG, para determinar si la supuesta víctima de violación realiza una falsa denuncia por encontrarse embarazada y pretenda mentir al respecto. Este análisis se llevará conjuntamente con la búsqueda de existencia de ganodotropina coriónica humana (GCH).

5.- Para confirmar lo anterior se deberá tomar una muestra de orina, con la finalidad de realizar un diagnóstico de estado anterior de embarazo.

6.- Recolección de pelos. Se analizarán todos, tanto de la - - víctima como ajenos a la misma. Estos se buscarán principalmente en el pubis o se tomarán de las ropas en caso de existir. Su utilidad no es determinante como el de la sangre, por ejemplo, pero servirán como prueba y comparación en el caso de ubicar al presunto agresor.

7.- Es importante tomar una muestra del flujo vaginal, este en caso de existir, para diagnosticar una eventual contaminación venérea.

8.- Cuando se supone que hubo resistencia por parte de la víctima se revisará la parte inferior del borde de las uñas con la intención de encontrar restos de piel del agresor.

9.- Finalmente se deberán analizar como ya hablamos dicho, las ropas de la víctima. (119)

(119) Kvitko, Alberto. Op. Cit. p. 69.

Como podemos ver el examen que se práctica tanto física como criminalísticamente, es sumamente completo sin embargo, es importante mencionar que es en ocasiones tan delicado el estado físico y psicológico de la víctima que estos exámenes son de verdad difíciles y que deben contar con el mayor cuidado posible. Por ello es que, incluso, nuestro Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 188 prevé que todo estudio, examen o exploración física y criminalística, deberán realizarlo preferentemente médicos y peritos del sexo femenino y sólo en el caso que no los hubiera, se recurrirá a facultativos del sexo opuesto.

J.1.3 EXAMEN PSIQUIATRICO DE LA PRESUNTA VICTIMA.

Conocer el estado psicológico de la víctima, es indudablemente el elemento más importante en el tratamiento de esta. Nosotros pensamos que aún por sobre la condición o situación física, excepto en los casos de extrema gravedad, en que la víctima se encuentre es más importante atender al aspecto psicológico.

Es cierto, que en páginas anteriores hemos defendido que el bien jurídicamente tutelado es la libertad sexual, no podemos, sin embargo, soslayar que si se protege la libertad sexual, se debe proteger antes que esto mismo la vida humana no entendiendo por esto solamente la vida natural o biológica, sino el aspecto mental y el equilibrio psicológico que todo ser humano requiere para poder dar a esa vida natural o biológica su esencia de ser.

Decimos esto porque imaginarnos el ser víctimas de un atentado así nos hace reflexionar de lo grave que puede resultar y del gran trauma y expulsión psicológica que del mundo tendríamos. No son pocas las personas víctimas de estos ilícitos que aún al paso de los años se encuentran viviendo por vivir, viviendo porque su organismo así lo determina, pero que en esa vida misma no encuentran todavía su lugar.

Bien, de un modo meramente médico el perito deberá, como primera parte del peritaje médico-legal ocuparse de la deposición de la víctima, para tomar conocimiento de sus facultades mentales.

El examen psiquiátrico, se realiza sin excepción, por un médico psiquiatra, deberá auxiliarlo un Licenciado en Psicología para permitir un buen manejo de la examinada, así como una excelente interpretación y conclusiones sobre su estudio.

Uno de los fines de este examen es conocer el nivel intelectual y características psíquicas del examinado o examinada para poder tener una aproximación sobre su estado psiquiátrico. Es importante también porque mediante dicho examen se ha llegado a detectar falsas denuncias, desde ese mismo momento, sin tener que llegar a realizar los estudios más profundos que anteriormente realizamos.

Se tratará de determinar, igualmente, si la agresión se dió -- por provocación de la víctima o sin provocación de la misma.

3.2 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

3.2.1 CODIGO PENAL.

En puntos anteriores, hemos analizado detalladamente, los elementos extraídos del concepto o del tipo del delito de violación de acuerdo al Código Penal. Estos elementos son, dentro del procedimiento, una serie de requisitos que constituyen la fundamentación legal de su existencia.

En cuanto a los requisitos del Código de Procedimientos Penales, estos aparecen de manera general y llevados a la práctica se desarrollan de manera amplia.

No son, evidentemente, los mismos requisitos los que encontramos en uno y otro. Los unos son la adecuación de la conducta al tipo establecido para ejercitar la acción jurisdiccional; los otros, son las acciones llevadas a cabo por el órgano jurisdiccional en el proceso para dar legalidad y fundamento a su accionar.

Tenemos, en el primer caso, como ya dijimos, que los requisitos necesarios de acuerdo al Código Penal son los elementos que constituyen su definición, estos son los siguientes:

a) COPULA.- La existencia de esta figura constituye, en sí la parte medular del delito, puesto que sin la existencia de esta no podríamos hablar en ningún modo de violación. La cópula, habíamos establecido anteriormente, es el acceso del órgano viril en el cuerpo de otra persona. Esta introducción, puede ser en la vagina, en el orificio anal y aún en la cavidad bucal. No es menester, como -- equivocadamente se cree en primera instancia, que la violación se da sólo en mujer y por ende a través de la vagina. Siendo el orificio anal una zona de alta actividad erótica, suele igualmente resultar violentado por el agresor. Respecto a la violación oral, -- aunque suene absurdo, por el aparente medio defensivo que constituye la boca, esta sí puede darse cuando la víctima se ve amenazada por algún tipo de arma o por la amenaza de causar algún daño grave a alguno de sus familiares, por ejemplo.

Es pues, que la cópula, de acuerdo al primer elemento que aparece en la definición del Código Penal y de acuerdo también a su -- relevancia, es el elemento más típico, clásico o importante del delito de violación.

b) VIOLENCIA FISICA O MORAL.- Este elemento es el que diferencia a este delito de otros y es también el elemento que, en un momento dado, servirá al juzgador para determinar la sanción punitiva que ha de aplicar al autor del ilícito.

Reflexionando acerca de esto, observamos que en todo que cons-

tituye una violación, existe siempre algún tipo de violencia, ya sea física o moral, puesto que para poder integrar el delito de la violación se requiere de la falta de consentimiento de la víctima al acceso carnal. En consecuencia, si no existe en la misma indicio de violencia física, habrá de suponerse acertadamente que la ofendida accedió a la cópula por encontrarse amenazada, en forma alguna por el agresor o agresores.

Afirmábamos también que la violencia utilizada habría de determinar la sentencia dictada, es comprensible que aunque toda violación carnal entraña un grave atentado a la integridad de la agredida, lo es más cuando lo acompaña el empleo de una importante dosis de violencia pues además de ocasionar al agresor el incalificable daño psicológico pone en peligro la vida de la víctima. Esto último merece, indudablemente, el más alto castigo penal.

c) SUJETOS.- Este requisito no reviste mayor complicación, pues la expresión que utiliza nuestro Código Penal "...con persona de cualquier sexo...", da pie a interpretar que la víctima puede ser tanto del sexo femenino como del masculino.

A pesar de que las estadísticas nos indican que la violación se da de manera general en mujeres no se excluye la posibilidad de que esta recaiga sobre un hombre.

3.2.2 CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Nuestro Código de Procedimientos Penales establece una serie de requisitos generales, aplicados a cualquier proceso penal.

Para el caso del delito de violación se aplicarán las reglas generales con la natural adecuación al caso.

Primeramente, como es sabido, se requiere para dar inicio a la acción penal, previa denuncia por parte de la víctima. Con esto se abre el procedimiento respectivo.

Este se llevará a cabo, en su etapa de la averiguación previa, con el detenido presunto responsable o sin él.

En el primer caso, ya integrada la averiguación previa y emitida la consignación, se enviará al presunto responsable, dependiendo de la penalidad, a un juzgado penal, cuando la pena excediera de cinco años; o a un juzgado de paz penal cuando esta no excediera de la pena mencionada.

En el otro caso, o sea, cuando el proceso se inicia sin detenido, el expediente se remitirá primeramente a la mesa de trámite -

donde se integrará completamente la averiguación previa.

Se remitirá el caso a la oficina de consignaciones o dictaminación, cuando los hechos hayan ocurrido en algún Estado de la República.

Finalmente, cuando el presunto responsable es un servidor público, conocerá de esto una fiscalía especial.

Ahora bien, con respecto al término para presentar la denuncia esta se puede hacer en cualquier momento; en el caso de que haya prescrito se archivará el expediente.

En relación a las pruebas que se pueden presentar, tanto en los juzgados penales como en los de paz, son admisibles todas. La confesión de la víctima hace prueba plena dentro de la averiguación previa, siempre que se corrobore con otros medios de convicción.

3.3.1 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

3.3.1.1 VIOLACION ENTRE CONSANGUINEOS.

Nuestro Código Penal en su artículo 266 bis. párrafo segundo, hace alusión a la violación que se da entre consanguíneos a lo cual dice: "Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrá de seis meses a dos años de prisión cuando el -- delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su -- descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su -- pupilo, por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra de su hijastro".

Esta agravación viene, en una de sus hipótesis, a resolver las perplejidades surgidas en torno al posible concurso entre los delitos de violación e incesto. Empero, no precisa si los vínculos de -- ascendencia y descendencia existentes entre los sujetos activo y -- pasivo son únicamente los consanguíneos o también los de afinidad.

Esta agravante viene a declarar la conceptual incompatibilidad entre los delitos de violación e incesto, pues el agravar el delito de violación cuando "fuere cometido por un ascendiente contra un -- descendiente" o "por este contra aquél", parte lógicamente de la --

premisa de que no hay concurso entre ambos delitos cuando los ascendientes y descendientes lo fueren por consanguinidad, pues de otra manera se incurriría en la negativa jurídica de tomar en consideración dos veces un mismo hecho para conectarle otras tantas consecuencias penales, una para estimarle constitutivo de un autónomo delito de incesto y, otra para apreciarle como una agravante del delito de violación.

No obstante lo anterior, la Suprema Corte de Justicia en su tesis jurisprudencial 4234/62 afirma que: "Es correcta la postura que considera posible la coexistencia de los delitos de violación e incesto, porque no es un elemento indispensable del incesto el consentimiento pleno de la persona con quien se tienen relaciones sexuales, ni ésta tiene que ser necesariamente copartícipe, puesto que un sólo pariente puede ser culpable y el otro no, al tener aquél relaciones sexuales con éste contra su voluntad, con voluntad viciada por engaños o situaciones en que no puede prestar el consentimiento. Por consiguiente, una cosa es que nadie puede tener relaciones sexuales solo, ya que decir relación es referirse siempre a otro, y otra, que para que el incesto exista, tenga forzosamente que cometer el delito los dos parientes objeto de la relación sexual, pues ya se vio que puede haber tales relaciones entre parientes y uno solo ser culpable del delito de incesto". (120)

No aceptamos esta postura pues creemos que el delito de inces-

to y el de violación son figuras autónomas y aunque ambos delitos - se ejecuten en un solo hecho y verificado este en un solo acto no - es posible la coexistencia de ambos.

No precisa, decíamos, dicho párrafo si entre ascendientes y -- descendientes quedan también comprendidos los de afinidad en línea recta. Pero si partimos del principio exegético de que en donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir, se llega a la -- consecuencia de que también la afinidad en línea recta queda abar-- cada por la agravante.

Acepta Soler esta conclusión cuando afirma que "la ley no dis-- tinguie forma de parentesco; vale en consecuencia, tanto el legítimo como el natural". (121)

Agrega además "la ley considera calificada la violación te-- niendo en cuenta ciertas relaciones de carácter familiar entre víc-- tima y victimario. La violación es calificada cuando ha sido come-- tida por un ascendiente o descendiente, afín en línea recta y her-- mano". (122)

Es pues, por otra parte que la ley manifiesta su recto pensa-- miento de la incompatibilidad delictuosa entre el incesto y la vio-- lación, habida cuenta de que como decíamos, es imposible que exista concurso entre el incesto y la violación, ya que el primero de es--

(121) Dp. Cit. p. 350.

(122) Idem.

Los delitos no menciona la aceptación o la negativa por parte del sujeto pasivo, en cambio la violación requiere de un abuso y del empleo de la violencia ante la negativa del mismo sujeto.

Por otra parte, aunque un precepto no precisa si se deben considerar como iguales los vínculos por consanguinidad o afinidad, se deduce en la lectura propia del precepto, que si son contempladas ambas, pues menciona los vínculos existentes entre el padrastro y el hijastro que tienen por eje el parentesco por afinidad en línea recta. Incluso menciona los habidos por las relaciones jurídicas entre el tutor y su pupilo y aún las surgidas entre el amasío de la madre y el hijo de esta.

Concluimos entonces que constituye circunstancia calificada del delito de violación la de que el hecho se cometiere por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano de la víctima. No se hace distinción entre parentesco legítimo e ilegítimo. No es tenido en cuenta, exclusivamente, el vínculo de sangre.

Razones obvias justifican la agravación estatuida. Aunque nuestra ley no puede considerar concurso de delitos entre el incesto y la violación, justo es que se le considere como agravante de la violación, porque es innegable la mayor peligrosidad que el agente revela cuando a la violencia que este delito implica, une el abuso de la situación en que se encuentra, respecto de la víctima, por razón del parentesco existente.

Es conveniente, para finalizar este punto, apuntar las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia para las pruebas del parentesco.

"El delito de violación no sólo se configura imponiendo la cópula por la fuerza física, sino también cuando mediante violencia moral, la parte ofendida accede o no pone resistencia al acto sexual por el estado psicológico provocado por el temor fundado de las víctimas hacia el sujeto activo. Tal es el caso, en que dado el vínculo de parentesco entre el sujeto activo y las pasivos, estas para impedir la consumación de la cópula no opusieron resistencia ante el temor que le inspiraba el activo, quien es el padre de ellas por cuanto hace a la agravante de la pena, debe decirse que, cuando las agraviadas reconocen como su ascendiente al actor y este a su vez les da el trato de hijas, efectivamente se demuestra la violación calificada pues, para los efectos penales, no es necesario comprobar el parentesco por medio de actas del estado civil, ya que la ley sustantiva penal castiga a los responsables de algún delito, cuando media parentesco, tomando en consideración únicamente los vínculos de sangre, siendo conocidos estos por el sentenciado". (123)

"Para los efectos del artículo 266 bis del Código Penal, en relación con el 39 del Código Civil y 122 del de Procedimientos Penales, todos del Distrito Federal, para fundar la agravante previs-

(123) Soler, Sebastián. Op. Cit. p. 350.

ta en el primer dispositivo, es irrelevante el que no se haya probado con documentos, en los términos de la Ley Civil, la relación de parentesco en línea descendiente entre el acusado y la ofendida, si aparte de que tanto esta como el acusado afirmaron la existencia de dicha relación consanguínea, de autos aparece que habitan en la misma casa como miembros de una familia; y en estas condiciones, la agravación se funda no sólo en el ataque a la libertad sexual de la descendiente, sino en la violación a los deberes de custodia y protección a que estaba obligado el acusado, respecto de aquella".(124)

(124) Idem.

3.3.1.2 VIOLACION TUMULTUARIA.

Cuando la violación se produce con el concurso de dos o más -- personas, "el hecho queda agravado. Trátese de simple concurso, no es necesario que todos los partícipes tengan acceso carnal; basta -- que concurran para que otro lo tenga". (125)

Eusebio Gómez por su parte indica: "Que cuando la violación se comete con el concurso de dos o más personas, la ley, según se ha -- visto, agrava la pena. Si el concurso de varias personas en un de-- lito no constituye siempre causa bastante para agravar las sancio-- nes, esa agravación justifica, ampliamente, cuando de la violación se trata. Es necesario para que exista --con las consecuencias lega-- les que implica- el concurso de varias personas en este delito, que haya de parte de las mismas simultaneidad de acciones en el acto en que el autor principal comete la violencia sobre el sujeto pasi--- vo". (126)

La violación tumultuaria nos plantea el problema de analizar -- un posible concurso de personas en el delito de violación. Esto -- conlleva a contemplar los diversos tipos de autoría intelectual. --

(125) Soler, Sebastian. Op. Cit. p. 352.

(126) Op. Cit. p. 116.

materias o inmediatas, la mediata, la coautoría y la complicidad.

A este respecto tenemos el acertado análisis del maestro Porte Petit de cada una de las autorías.

1.- "AUTORIA INTELECTUAL.- Consideramos que en este delito de violación puede presentarse el caso de la autoría intelectual, ya que un individuo puede determinar a otro a que cometa el delito en estudio. Esta hipótesis la establece el Código Penal al mencionar en el artículo 13 fracción II, que son responsables de los delitos los que inducen a otro a cometerlos.

2.- AUTORIA MATERIAL O INMEDIATA.- Existe el autor material o inmediato, cuando un sujeto integra el tipo de violación, o sea, -- que realiza la cópula por medio de la violencia física o moral en persona de cualquier sexo, o, como dice la ley, cuando interviene en la ejecución del delito. Es en otras palabras el sujeto activo del delito de violación, del cual hemos hablado en su momento.

3.- COAUTORIA.- Sobre este particular pensamos que no es posible la existencia de la coautoría, porque siendo ésta la integración conjunta del tipo, no es posible que se presente en la violación, ya que en todo caso, si se realizarán separadamente cópulas por medio de la violencia física o moral en persona de cualquier sexo, serían casos de autoría material y no de coautoría. La II. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "si fueron

varias las personas que asaltaron y violaron a una de las ofendidas y causaron las lesiones mortales a otra, debe estimarse que se esta en el caso de la coparticipación, que es el fenómeno jurídico cuando varios delincuentes concurren a la comisión de un mismo delito". (127)

4.- AUTORIA MEDIATA.- En cuanto a la autoría mediata, en el delito de violación hay dos corrientes:

a) La que niega la posibilidad de la autoría en el delito de violación; y

b) La que la admite.

a) Entre los que rechazan la autoría mediata, en la violencia carnal esta Vannini, al sostener: "Tratándose de delito formal, no es posible en la violencia carnal la figura del llamado -autor mediato-; figura que, en cambio, es posible en los delitos materiales en cuanto que consisten en -producir un resultado determinado-. Así la figura del autor mediato es posible en el homicidio, en el que la causa del resultado muerte, es tanto aquél que da el golpe (autor inmediato) como el que instiga a dar el golpe (autor mediato). Sin embargo, en los delitos formales el autor del delito no es cualquier persona cuyo comportamiento haya de cualquier manera contribuido a la realización del delito mismo; autor es solamente quien ha llevado a cabo la acción ejecutiva característica del de-

lito, indicada en el precepto penal (el que ha robado, estuprado, -- etc.). (128)

b) Por el contrario, Pannain considera: " La cuestión del -- agente mediato es diversa al concurso de personas: en el último caso hay un autor inmediato y un concurso en el hecho por él realizado; en el primero, hay una actividad realizada a través del sujeto inculpable que hace las funciones de mero instrumento. Se sostiene que en la hipótesis de quién determine a un sujeto inimputable a -- cometer el delito de violencia carnal, no existe la responsabili--- dad del autor mediato sino el hecho de un concurrente responsable - en el delito cuyo ejecutor material no es punible. La afirmación -- debe rechazarse. La institución del agente mediato no se presenta - positivamente sólo a propósito de los delitos materiales: es preci- so solamente que se haya cometido un delito o un hecho a través de la persona que es como un instrumento material.

La única discusión es sobre los delitos de propia mano, dentro de los cuales se encuentra en primera línea la violencia carnal, -- pero también se ha superado ya. Por lo que se refiere a la violen-- cia carnal, se puede tener la responsabilidad de autor mediato no - sólo de acuerdo con el artículo 86 (determinación en otras personas del estado de incapacidad con el fin de hacerles cometer un delito) y con el artículo 111 (determinación al delito de persona inimputable o no punible), sino también con el artículo 48 (error determi--

(128) Quid iuris? Il delitto di violenza carnale, III, pag. 9-10 Milano, 1949.

do por el engaño de otras personas): caso de engaño determinado mediante el cambio de las recámaras o de las camas de ambos sujetos o de sólo uno de ellos cuando la otra persona es incapaz". (129)

Pensamos que puede darse el caso de que un individuo utilice a un inimputable para que realice la cópula en los términos y con las personas a que se refiere la ley. No siendo, a juicio nuestro, posible la autoría mediata sirviéndose de un inculpable por error de hecho esencial e invencible, porque se necesitaría que el instrumento desconociera que realiza el tipo, lo que no puede suceder en el caso de la violación, dado que para consumar la cópula, se necesita la existencia de la violencia física o moral, que implican -- forzosamente el crecimiento de la integración del tipo. En cambio, puede presentarse el caso de un instrumento inculpable por inexigibilidad.

5.- COMPLICIDAD.- En lo referente a la complicidad que establece la fracción III del artículo 13 del Código Penal en el sentido de que son responsables de los delitos los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, es indudable -- que puede existir, a virtud de que un individuo puede cooperar a la realización o integración del tipo de violación". (130)

Ahora bien, con respecto a la participación de la mujer en el delito de violación como sujeto activo, la Suprema Corte de Justi--

(129) *Delitti contro la moralita pubblica e il buon costume*, pag. 39-40 Roma, 1952.

(130) *Parte Petit*, Celestino. Op. Cit. p. 79.

-cia de la Nación en tesis jurisprudencial indica: "Tratándose de la violación tumultuaria, si bien es evidente que en el caso de una -- mujer no es posible que como sujeto activo realice la conducta núcleo del tipo, también es claro que ello no es óbice para que se le tenga como responsable del delito citado en los términos de la fracción III del artículo 13 del Código Penal, si auxilió a su coacusado desnudando o violentando a la ofendida para que aquél pudiera -- copular con la misma, participación prevista en el precepto antes -- mencionado; y si bien es cierto que el artículo 266 bis del propio Código, que prevé la pena agravada por la violación tumultuaria o -- cometida por dos o más sujetos, señala que la intervención de éstos debe ser directa e inmediata, asimismo es verdad que ello no significa que la intervención de la pluralidad de sujetos activos deba -- ser como autores materiales, es decir, que todos realicen en núcleo del tipo, sino que quiere decir que su concurso sea simultáneo al -- momento de la cópula, esto es, interviniendo en su ejecución, prestando una ayuda material e inmediata durante la violación, pudiendo -- darse en otros casos, entre los que intervienen en los hechos, -- una violación sucesiva, esto es, que tengan cópula uno tras otro -- con el o la ofendida". (131)

En el caso de la mujer, que ya se analizó, como en el del hombre la coparticipación si existe pues como dice la tesis anterior -- hablaremos por una parte de coparticipación cuando en una violación participen dos o más personas pero sólo una de ellas tenga acceso --

(131) Séptima época, segunda parte; vols. 151-156, p. 104 A.D. 2532/81.

carnal, en el caso de que esa misma irrumpiera carnalmente estaremos hablando de autoría material para cada uno de los sujetos que hubiere tenido contacto sexual con la víctima.

Hecho el análisis anterior, fundamentamos la existencia de la fracción I del artículo 266 bis que preve la aplicación de una penalidad media, adicionada a la que se tiene por la simple, en el caso de que concurran en esta dos o más personas con intervención directa o inmediata.

3.3.1.3 VIOLACION DE IMPUBERES.

Corresponde ahora tocar una cuestión sumamente importante: la violación a persona impúber como agravante del delito.

En la actualidad, este rubro a desaparecido del Código Penal. Es inconcebible ver como un punto tan importante y tan elemental -- sea desechado tan injustificablemente por una desacertada enmienda legislativa.

Con seguridad, el legislador pensó que la redacción del artículo 265 y siguientes se contradecían o redundaban en el tema.

¿El porque de esto? bien, tal parece a primera vista, que el legislador se contradice con el texto del artículo anterior, es decir, con el 265, al ordenar que la violación presunta o equiparada se castigará con las mismas penas que la violación verdadera o -- efectiva, cuando esta sea "con personas menores de doce años".

La contradicción parece encontrarse en la siguiente forma: en tanto el artículo 265, protege a la persona ofendida siendo impúber el artículo 266, protege a la persona menor de doce años.

Es importante distinguir un concepto de otro, es decir, no confundir los términos "impúber" con "menor de doce años".

En páginas anteriores se maneja minoría de doce años en el punto en que se trató la voluntad o consentimiento. Esta edad es totalmente indiferente a la pubertad. Más claro, existen personas menores de doce años que han dejado de ser impúberes, como también, existen personas mayores de doce años que continúan siendo impúberes.

Es menester, explicar, ante todo, que es pubertad. La palabra pubertad significa pelo o vello. La pubertad puede hacer su aparición en diferentes edades, de acuerdo con la influencia del medio ambiente, pero generalmente se presenta entre los once y los quince años, manifestándose por el desarrollo de los órganos genitales y sintiendo las primeras necesidades de las funciones sexuales. La pubertad tiene sus características propias en el hombre y en la mujer pero de acuerdo con la finalidad de este trabajo nos ocuparemos sólo de lo que significa la pubertad en la mujer.

La pubertad en la mujer se encuentra determinada generalmente por la aparición de la menstruación. Este fenómeno biológico por sí solo es capaz de señalar que una mujer ha evolucionado hacia un estado en que sus funciones sexuales se encuentran dispuestas para funcionar. Podría asegurarse, por la aparición de la menstruación, que la persona ha dejado de ser impúber para convertirse en puber.

Varios son los puntos de vista, sobre la diferenciación de puber e impúber. Unos dicen muy escuetamente que para determinar exactamente la edad, en cuanto, que el hombre deja de ser impúber no la hay, pero que empieza a tener el funcionamiento de sus órganos secundarios, otros se basan desde el punto de vista fisiológico haciendo ver al respecto que infuye bastante para la diferenciación el punto de vista anatómico al igual que el fisiológico, pero toman como - - tercer punto de importancia lo social ya que el legislador debería tomar en cuenta que muchas veces los genes hereditarios son factores importantes socialmente, así como el tipo de la raza, color y - el grado de educación que pueda tener el pueblo.

Lo importante es poder distinguir una situación de otra, o - sea, la redacción del artículo 266 se dirige más bien, a proteger - al menor contra la seducción que el agente ejerza sobre él. Insistimos, esta redacción se dirige a invalidar el consentimiento del - menor. Habida cuenta de que este no esta en posibilidad de produ---cirse voluntariamente en sus relaciones sexuales.

Este artículo otorga erróneamente un castigo igual a la violación de adultos que a la de menores. Sólo la agrava cuando se hace - uso de la violencia.

Nos parece que esto es una aberración, pues creemos que es - - cierto que toda violación constituye un acto incalificable, pero lo es más, mucho más cuando este se perpetra en contra de un menor. --

Sentimos que es injusto un castigo igual. Debe ser mayor.

Con la anterior redacción del artículo 265, 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 aplicará prisión de seis a ocho años", se cubría, como se puede observar la deficiencia de que adolece actualmente: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años".

En aquella redacción sí se contemplaba una mayor penalidad para el que abusará de un impúber, fuera este sometido mediante violencia o no. En el artículo actual, sólo se contempla como agravante el caso de la violación a menor de doce años cuando este no otorgara consentimiento.

Por otro lado, en ningún momento puede ser contraria la redacción del artículo 265 con la del 266, ni tampoco puede resultar reiterativo, pues no hablan de lo mismo.

Ahora bien debemos considerar también que todo agente activo de estas bestiales agresiones suelen ser sujetos de una alta peligrosidad, por la ausencia de sus principios morales y que de acuerdo con los preceptos que consagran al delito de violación no pueden ser agravados en su pena porque el Código Penal en vigor no lo previene, o lo que es lo mismo, a este tipo especial de delincuen-

les se le trata igual a otros en lo referente a la sanción. De ahí que resulte indispensable que se modifique la norma jurídica establecida, para imponer una mayor penalidad a este tipo de sujetos en que la relativa tutela de la libertad sexual es limitada porque aquí, lo que se debe en realidad tutelar es la unificación de la familia y el respeto que debe tener para integrarse en ello la base de la sociedad.

3.3.2 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

3.3.2.1 VIOLACION ENTRE CONYUGES.

Legalmente, de acuerdo con nuestra legislación no existen - - circunstancias atenuantes del delito de violación, sin embargo, -- nosotros en un afán por suponer la existencia de estas, pensamos - que la violación entre conyuges debería ser considerada como ate-- nuante.

Lo anterior lo trataremos de fundamentar en la siguiente ex-- posición.

Partiendo de la hipótesis de que el marido imponga a su re--- nuesta esposa, el coito por medio de la violencia ha dado lugar en la doctrina a distintas opiniones, de las cuales nos permitimos -- citar algunas, tanto de las que niegan la posibilidad de que se -- presente el delito, como de los que afirman, así como también al-- guna postura intermedia.

Entre los autores que aceptan posibilidad de la primera teo-- ría contamos a Alberto González Blanco quién cree que "si se con-- figura el delito de violación, cuando recurre a los actos violen--

los para la obtención del acto sexual de la esposa. Pero considera que no hay violación cuando el marido sufra alguna enfermedad que pueda implicar un peligro para la salud de la esposa o de los descendientes, en atención a que este último caso, no se lesiona la libertad sexual del cónyuge, que no existe frente al otro, sino un bien jurídico diferente: la salud". (132)

Conviene en esta afirmación el maestro Eusebio Gómez quien - redundando en el tema observa: "Los que admiten la posibilidad jurídica de la violación en la hipótesis planteada, invocan el argumento de la licitud de la cópula, emanada del derecho a la misma - que el marido pertenece. Es innegable tal derecho. Tiene su fundamento en la institución del matrimonio y a sus finalidades responde. Pero la licitud de la conjunción carnal entre conyuges, que -- esta fuera de toda controversia, no es argumento bastante para -- fundar la enunciada. Lo que sus defensores han debido demostrar, - necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido - - tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando le es negado por la mujer. Esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. Por respeto 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". (133)

(132) Op. Cit. p. 267.

(133) Cit. por Raúl, Carrancá y Trujillo. Op. Cit. p. 295.

González de la Vega, de manera insinuante, acepta la posibilidad de que se configure dicho delito al afirmar: "La cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio no es ilícita pero la cópula impuesta violentamente sí, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Proclamar el derecho marital a la cópula por medios violentos no consentidos por la esposa, nos parece resavio bárbaro de tipo medieval". (134)

A partir de esta última opinión se dan enseguida las opiniones de los autores que no aceptan dicha posibilidad, sólo en casos muy especiales.

Ubicamos en esta postura, primeramente al maestro Carrancá y Trujillo quién estima que: "No es constitutivo del delito, el coito del marido con su cónyuge, sin el consentimiento de esta y aún empleando moderada 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, si cabe esta especie de violación cuando el marido pretende la cópula en conjunción anormal o contra natura". (135)

La siguiente afirmación respalda igualmente esta postura y agrega: "No existe violación cuando media débito conyugal; pero por lo mismo, el matrimonio no excluye la posibilidad de violación

(134) Op. Cit. p. 286.

(135) Op. Cit. p. 296.

ya que esta puede producirse por actos contra natura que no son -- debidos. Puede también haber oposición legítimamente fundada en la necesidad de evitar el contagio de algún mal. Vencer esa resistencia constituiría violación". (136)

Observamos que esta opinión, además de confirmar lo enunciado por el maestro Carrancá hace hincapié en la negativa de la esposa ante el peligro de contagio.

Por otro lado, Jiménez de Asúa niega la posibilidad de la negativa de la consorte en la supuesta legítima defensa, afirma al respecto que: "La legítima defensa no cabe contra el que ejercita un derecho; por eso la mujer no puede actuar en defensa legítima -- negando al marido el derecho al coito, puesto que este tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio; sin embargo, sí puede defenderse contra actos que son contra natura o de libidine psicopática que le quieren ser impuestos por el marido y, también, cuando este se halle enfermo o embriagado, para evitar el contagio en el primer caso, y la fecundación nefasta para la -- prole, en el segundo.

Muy semejante a este criterio es el de Cuello Calón. Este -- autor apunta: "El coito efectuado por el marido con violencia o -- sin el consentimiento de la mujer no constituye violación, pues -- aquel, al disponer sexualmente de esta, obra en ejercicio legítimo de un derecho; por otra parte la mujer no puede invocar, en el ca-
(136) Soler, Sebastián. Op. Cit. p. 345.

so de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay, por parte del marido, agresión ilegítima.

Podrá aquel en ciertos casos ser responsable de las vías de hecho o lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta pero no de un delito de violación. El acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituye violación cuando la mujer tenga derecho a resistir como cuando fuera peligrosa y para la prole; cuando constituye un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer". (137)

Difícil es, sin duda, lograr un acuerdo consensual entre los autores. Nosotros, al hacer una evaluación de las opiniones anotadas, pensamos que el problema radica en dos cuestiones a saber:

- 1) Determinar si el ayuntamiento carnal constituye entre los conyuges un débito matrimonial y por ende, derecho marital a su exigencia.
- 2) Determinar si el ejercicio de ese derecho se justifica aún en el caso de la negativa de la mujer ante la práctica sexual anormal o ante el peligro del contagio de alguna enfermedad.

Al respecto, nosotros pensamos que el marido que cópula con su mujer, en condiciones normales no comete delito de violación pues esta en ejercicio de un derecho. Sin embargo, en la hipotéti-

(137) Op. Cit. p. 305.

ca situación de que el esposo pretendiera obtener la satisfacción sexual mediante condiciones anormales si consideramos que se estaría violentando el elemental derecho de todo ser humano: el derecho a la voluntad y al consentimiento. Por tanto bajo estas circunstancias no se justificaría la existencia de ese derecho y se encuadraría entonces el delito de violación.

Ahora bien, aceptamos con esto que si existe el delito de violación entre conyuges.

Pero el motivo de este análisis es el de fundamentar la existencia de esta circunstancia como atenuante. Al principio de este tema habíamos comentado que la ley no menciona a ningún tipo de atenuante, no obstante, no podemos concebir, que la misma ley este colocando en el mismo nivel a un criminal sujeto que viola a una persona para desfogar su desequilibrada mentalidad, con la de un esposo que con todo derecho requiere de la entrega conyugal por parte de su esposa.

Tampoco creemos, a favor del esposo; que este tuviera las mismas intenciones hacia su esposa de causarle un daño o provocarle dolor como el de un violador hacia su víctima.

Pensamos, con respecto al caso de que la negativa de la esposa se de por el peligro de contagio, este caso no debierá ser castigado como violación sino castigado como delito de contagio, precisamente, esto claro, considerando la gravedad de la enfermedad.

Por otro lado, no podemos tampoco creer que el daño moral, - - psicológico y aún físico provocado a la esposa, sea ni en mínima -- parte el mismo, de la violación realizada por el marido de esta, -- que por otro sujeto.

Finalmente, consideramos como conclusión, primero que la opi-- nión dominante, de que el marido que cópula con su mujer contra su voluntad y aún empleando la violencia física o moral, sí comete el delito de violación, pues aunque esta en ejercicio de un derecho, - se configurará este delito cuando pretendiera realizar actos contra natura, igualmente lo es cuando la mujer se opone al débito conyu-- gal, en razón de conocer una enfermedad contagiosa del cónyuge y, - segundo no se puede comparar la gravedad de una violación en su - - normal concepción a la realizada entre cónyuges, caso en el cual, - la violación se dará, como ya se dijo, sólo bajo circunstancias -- especiales.

CONCLUSIONES

- 1.- Es indudablemente, el delito de violación el ilícito sexual más grave pues entraña el riesgo de provocar a la víctima un gravísimo daño psicológico y aún físico.
- 2.- Consideramos igualmente, salvo mejor opinión, como definición más adecuada para el delito de violación la siguiente: La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido y por medio de la coacción física o intimidación moral en persona de cualquier sexo.
- 3.- A pesar de las diversas opiniones que respecto al bien jurídico tutelado existen, nosotros pensamos que es la libertad sexual, el bien, que el tipo del delito de violación protege.
- 4.- El elemento de la cópula es la introducción del órgano masculino en el cuerpo de otra persona, esto implica que puede ser a través de la vía vaginal, del orificio anal o de la cavidad bucal.
- 5.- La mujer no puede ser, por una parte sujeto activo en el delito de violación, si hablamos de la introducción de un miembro vi-

ril, sin embargo sí asume esta calidad cuando interviene en el ilícito de manera indirecta, es decir, cuando hace las veces de cómplice o cuando ayuda a someter a la víctima.

- 6.- Aunque nuestro Código Penal no establece la falta de consentimiento por parte de la víctima al ser accedida nosotros creemos que esta falta de voluntad es imprescindible y deben realizarse las correcciones debidas al texto del mismo.
- 7.- Para consumir el delito de violación no se requiere que el -- agresor eyacule dentro de la víctima, es suficiente con que este introduzca su órgano sexual en la víctima.
- 8.- Algunos autores consideran que la violencia física o moral -- constituyen el elemento fundamental en el delito de violación -- pues mediante estas se obtiene el acceso a la víctima. Nosotros afirmamos, que es la cópula y la falta de consentimiento los elementos fundamentales pues, primeramente, para que hablemos -- del delito de violación como delito sexual se requiere necesariamente que la actividad del agresor sea encaminada a lo libídico; y en seguida, que la víctima no consciente el acceso carnal es este último el elemento que hace diferente el delito de violación de los restantes delitos sexuales.
- 9.- Consideramos un grave error de redacción, el haber suprimido de la redacción original la parte última del artículo 265 del Código penal que a la letra decía: "...si la persona ofendida --

fuere impúber..." ya que esta asentaba la gravedad de una violación hacía un menor, dándose pues mayor penalidad a este acto.

- 10.- A diferencia de otros delitos sexuales el delito de violación, de acuerdo con el artículo 15 de Código Penal observamos que ninguna de las excluyentes de responsabilidad opera en favor del violador.
- 11.- Siendo el delito de violación un ilícito que entraña grave riesgo hacia la víctima es importante tener sumo cuidado en el tratamiento de la misma, es por ello que nuestro Código de Procedimientos Penales en su artículo 188 se pronuncia por un adecuado manejo, por parte de los peritos para con la ofendida.
- 12.- En un afán, por parte del Gobierno Federal para impedir el incremento de este ilícito, se han hecho importantes reformas al artículo 265 del Código Penal otorgando en este mayor penalidad para el violador. Se han establecido igualmente innovadas agencias del Ministerio Público en materia de delitos sexuales, en las cuales se ha intentado que sean exclusivamente mujeres quienes atiendan estos casos.
- 13.- Adolece gravemente el mismo ordenamiento de una adecuada regulación de las circunstancias agravantes y atenuantes necesarias en muchos casos para emitir una sanción más justa. Son a

Nuestro parecer dentro del primer grupo la violación entre - -
consanguíneos, la violación tumultuaria y la anteriormente - -
comentada violación de impúberes. Consideramos a la violación
entre cónyuges como una circunstancia atenuante.

B I B L I O G R A F I A

- Cardona Arizmendi, Enrique. Delitos Sexuales. 2 ed. México, Ed. - -
Cardenas, 1976. 327p.
- Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. V. II. 3 ed. Bo--
gotá, Ed. Temis, 1973. 435p.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. parte general. -
15ed. México, Ed. Porrúa, 1986. 967p.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Pen-
nal. 23 ed. México, Ed. Porrúa, 1986. 360p.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. T II. 13 ed. Barcelona, Ed. -
Bosh, 1972. 1076p.
- Fontán Balestra, Carlos. Manual de Derecho Penal. T I. Buenos Aires
Ed. Depalma, 1951. 381p.
- Gómez, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. T. III. Compañía Argenti-
na de Editores, 1940. 557p.
- González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el -
Derecho Positivo Mexicano. 4 ed. México, Ed. Porrúa, 1979. - -
228p.
- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los delitos
20 ed. México, Ed. Porrúa, 1973. 470p.
- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. V. I. 3 ed. México,
Ed. Losada. 1435p.

- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T III. 4 ed. México, Ed. Porrúa, 1982. 314p.
- Kvitko, Luis Alberto. La Violación. México, Ed. Trillas, 1986. 115p.
- Martínez Murillo, Salvador. Medicina Legal. 20ed. México, Ed. Librería de Medicina, 1976. 418p.
- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. México, Ed. Porrúa, 1975. 264p.
- Mendoza Durán, José. El Delito de Violación. Barcelona. Colección - Nerco. 1957 (c1962) 179p.
- Mezger. Tratado de Derecho Penal. T I. 2 ed. Madrid, Ed. Alemana, -- 1955. 452p.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. -- 5 ed. México, Ed. Porrúa, 1982. 524p.
- Pérez, Carlos Luis. Tratado de Derecho Penal. T IV. Bogotá, Ed. Temis, 1971. 435p.
- Pérez Fernández, Ramón. Elementos Básicos de Medicina Forense. 4 ed. México, Ed. Porrúa, 1980. 351p.
- Porto Petit, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. México, Ed. Jurídica Mexicana. 1966. 143p.
- R. Moras, Jorge. Los Delitos de Violación y Corrupción. Buenos Aires Argentina. Ed. Edier, 1971.
- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. T III. 3 ed. Buenos Aires Ed. Argentina, 1956. 450p.
- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte general. 2 ed. - México, Ed. Porrúa, 1960. 631p.

LEGISLACION CONSULTADA

México, Leyes, estatutos, etc. Código de Procedimientos Penales. --
38 ed. México, D. F.: Porrúa, 1989. 621p.

México, Leyes, estatutos, etc. Código Penal. 47 ed. México, D. F. :
Porrúa, 1990. 239p.

México, Leyes, estatutos, etc. Código Penal. México, D. F. : Herre-
ro Hermanos, editores. 1871. 332p.

México, Leyes, estatutos, etc. Código Penal. México, D. F. : Talle-
res Gráficos de la Nación. 1929. 270p.

México, Leyes, estatutos, etc. Constitución Política de los Estados
Unidos Mexicanos. 2 ed. México, D. F.: Trillas, 1984. 143p.