



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN

268

**LA IMPORTANCIA
DEL DICTAMEN PERICIAL
EN EL DELITO DE VIOLACIÓN.**

T E S I S

Que para obtener el Título
de Licenciado en Derecho,
presenta

José Antonio Mancilla Cruz

Asesor: Lic. María Graciela León López

**San Juan de Aragón,
Estado de México**

2000

284996



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*A Dios, por el dón de la vida
y la dicha de contar con la familia y
amigos que me ha proporcionado.*

*A la Universidad Nacional Autónoma
de México, por haberme permitido
realizar la instrucción académica de
mi vida.*

*A la Escuela Nacional de Estudios
Profesionales " Campus Aragón" y
en especial a la Facultad de Derecho
por haber sido la cuna de mi formación
Profesional.*

*Con profunda admiración y respeto a
nuestros profesores de la Facultad de
Derecho que con sus conocimientos y
experiencias he logrado alcanzar el
inicio de mi vida profesional.*

*A la invaluable Profesora
Lic. MARIA GRACIELA LEON LOPEZ
por la dirección realizada del presente
trabajo.
¡ Mi eterno agradecimiento. ¡*

*Como un pequeño homenaje y en la
memoria de mi Señor Padre PALEMON
MANCILLA LIMON, por que gracias a tu
rectitud y el cariño que me legaste, he
logrado concluir mi formación profesional,
siempre estarás conmigo, porque sigues
siendo la luz de mi camino.*

*Con dedicación especial, cariño y
agradecimiento eterno a mi Tía LEONOR
CRUZ GALICIA, por su valioso impulso y
apoyo moral que durante mi vida me
brindo. A unos cuantos años de su muerte.*

*A mi señora Madre:
MERCEDES CRUZ GALICIA
Tú papel de madre ha sido determinante
en esta empresa gracias por tus desvelos
paciencia y dedicación, nadie como tú
sigue ayudándome.*

*A mi hijo (compadre):
por constituir y ser la luz que me impulsa
cada día para seguir en pie de lucha y
sobre todo por ese gran amor que le tengo.*

*A mis hermanos:
BENJAMÍN, PALEMON y MIGUEL
ANGEL, como un regalo muy especial
para ustedes, porque siempre han tenido
palabras de apoyo hacia mi persona y
sobre todo mil gracias por todo el apoyo
que me han brindado en mi vida
profesional, les dedico este trabajo a falta
de nuestro Padre.*

*A mi señora esposa:
ELIA MIRANDA BEDOLLA
compañera inseparable de mi vida
a quien debo por su humildad, cariño
y comprensión, haber concluido lo que
constituye la esencia de nuestras vidas.
¡ Te amo GRACIAS ¡.*

*A mis cuñadas y sobrinos DAVID,
VANESA y MAURICIO, a estos pequeños
Mi deseo porque siempre busquen su
superación ante todo y conserven los
valores que les han sido inculcados por
su padres, legado recibido por sus
abuelos*

*A mis Amigos:
No es necesario que los mencione,
porque ellos saben quienes son.
Gracias por compartir conmigo
ese sentimiento tan hermoso
como lo es ¡ LA AMISTAD !, esperando
que perdure por siempre.*

***Gracias al apoyo de mi familia
y de todas aquellas personas que me ayudaron
en la elaboración de este trabajo.***

INDICE

Pág.

Introducción	1
---------------------------	----------

CAPITULO PRIMERO.

El Delito y sus Características	1
1.1 Concepto de Delito	1
1.2 Elementos	4
1.2.1 Conducta	4
1.2.2 Tipicidad	9
1.2.3 Antijuricidad	11
1.2.4 Imputabilidad	13
1.2.5 Culpabilidad	14
1.2.6 Punibilidad	15
1.3 Aspectos Negativos de los Elementos del Delito	16
1.3.1 Ausencia de la Conducta	17
1.3.2 Atipicidad	18
1.3.3 Causas de justificación	19
1.3.4 Inimputabilidad	21
1.3.5 Inculpabilidad	22
1.3.6 Excusas Absolutorias	24

CAPITULO SEGUNDO.

Consecuencias Generadas a través de los Delitos cometidos en contra de la Libertad Sexual	26
2.1 Hostigamiento Sexual	26
2.1.1 Concepto Jurídico	26
2.1.2 Elementos	27
2.2 Abuso Sexual	33
2.2.1 Concepto Jurídico	33
2.3 Estupro	41
2.3.1 Concepto Jurídico	41

CAPITULO TERCERO

La Violación y sus Características	46
3.1 <i>Concepto de Violación</i>	46
3.2 <i>Desarrollo Histórico</i>	47
3.2.1 <i>Egipto</i>	47
3.2.2 <i>Grecia</i>	47
3.2.3 <i>Inglaterra</i>	48
3.2.4 <i>México</i>	50
3.3 <i>Elementos que la Estructuran</i>	54
3.3.1 <i>Violencia Física o Moral</i>	54
3.3.2 <i>Sujeto Activo</i>	57
3.3.3 <i>Sujeto Pasivo</i>	58
3.4 <i>Diversos tipos de Violación</i>	59
3.4.1 <i>Violación Equiparada</i>	59
3.4.1.2 <i>Elementos de la Violación Equiparada</i>	62
3.4.2 <i>Violación Agravada</i>	62

CAPITULO CUARTO

El Dictamen Legista y su importancia en el Delito de Violación.....	66
4.1 <i>El Dictamen Pericial</i>	73
4.1.2 <i>Concepto de Perito</i>	73
4.1.3 <i>Noción de Peritaje</i>	77
4.2 <i>La Importancia del Dictamen Pericial respecto de la Copula en el Delito de Violación</i>	79
4.2.1 <i>Lesiones Traumáticas Genitales</i>	79
4.2.2 <i>Lesiones Traumáticas Extragenitales</i>	79
4.3 <i>Consideraciones</i>	83
4.4 <i>Sugerencias</i>	92
<i>Conclusiones</i>	93
<i>Bibliografía</i>	98

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se desarrolla, ha sido elaborado con la finalidad de determinar la gran importancia que reviste el Dictamen en el Delito de Violación, por lo que:

En el Derecho Mexicano la impartición de justicia a través de los tribunales (juzgados), se ve auxiliada por diversas ramas de la ciencia, como son: las matemáticas, la química, la física, la medicina, entre otras ciencias; ya que con la aplicación de los conocimientos derivados por estas materias, los órganos jurisdiccionales pueden esclarecer la verdad jurídica buscada. Por lo tanto, el objetivo primordial es auxiliar al juzgador en el desempeño de su labor jurisdiccional a través del dictamen, que no es otra cosa, que un estudio científico que se realiza en un procedimiento.

Por ello el dictamen pasa a formar parte integral en cualquier rama del derecho, por lo que, en el presente estudio destacaremos la gran trascendencia de esta figura jurídica y su importancia en el Derecho Penal, toda vez que con un dictamen emitido por un médico legista es posible determinar en el caso a tratar la existencia del delito de violación. La responsabilidad penal del sujeto activo en la comisión de dicho ilícito; o bien, sobre la base del dictamen emitido puede reclasificarse la conducta del sujeto activo en otro precepto legal.

Ahora bien, para explicar esa trascendencia jurídica que tiene el dictamen pericial en la rama del Derecho Penal, en el primer capítulo

hablaremos de los elementos que integran un delito (teoría general del delito), para así entender su estructura y las consecuencias de la falta de alguno de sus elementos.

En el segundo capítulo se mencionarán las consecuencias generadas a través de los delitos cometidos en contra de la libertad sexual, como son el hostigamiento sexual, el abuso sexual y el estupro, porque atendiendo a los delitos sexuales estos se encuentran dentro del mismo capítulo que el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Federal prevé para tal efecto, siendo necesario hablar de ellos por su íntima relación que guardan con el ilícito de violación.

Asimismo en el tercer capítulo se hablará del delito de violación y sus características, que pertenece al capítulo de delitos cometidos en contra de la libertad sexual; y finalmente, en el cuarto capítulo se hablara sobre el dictamen legista y su importancia en el delito de violación, como uno de los elementos del tipo para la determinación de dicho delito, que en este caso lo constituye la cópula, y de cuya comprobación depende la existencia del delito, así como la responsabilidad penal de un individuo; y con este análisis o estudio, destacar la importancia del dictamen pericial en el mundo jurídico.

El método utilizado para la elaboración de este trabajo recepcional es el inductivo, esto es, se parte de una explicación general de las figuras jurídicas que intervienen en la explicación del tema, para llegar a un conocimiento en particular.

CAPITULO PRIMERO

El Delito y sus Características

1.1. Concepto de Delito.

El Doctor Celestino Porte Petit Candaudap, en el apartado Teoría del Delito, capítulo I. Lleva a cabo una serie de reflexiones sobre este punto jurídico: "La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, no estudia los elementos de cada tipo de los delitos sino aquellos componentes del concepto de delito que son comunes a todo hecho punible ..." (1)

Para Ignacio Villalobos, "la primera noción vulgar del delito es la que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena". (2)

Por su parte, Fernando Castellanos Tena afirma: "Para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución, o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar de delito". (3)

-
- 1.- Porte Petit Candaudap, Celestino, **Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal**. Primer Tomo, Decima Sexta Edición., Editorial Porrúa S.A., México, 1994, págs. 197-199.
 - 2.- Villalobos, Ignacio **Derecho Penal Mexicano**. Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1990. pág. 201.
 - 3.- Castellanos Tena, Fernando, **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**. Trigésima Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992, pág 128.

Ahora bien, el Maestro Raúl Carrancá y Trujillo, en el capítulo referente al delito, y en el apartado denominado la noción del delito, hace una extensa explicación respecto a dicha noción y teóricamente nos ofrece una noción sociológica, y una noción jurídica esencial, mencionando los pensamientos de Ferri, Pessina, Mezger, Rossí, Maggiore, Garófalo, Durkheim, Florián, Jiménez de Asúa, Manzini, Mayer, etc.: además de analizar los antecedentes de los Códigos Penales existentes en México, es decir, desde 1871, 1929 hasta 1931, y obviamente como el Maestro Porte Petit, no ofrece una real definición de delito. (4)

Quien nos ilustra ampliamente al respecto, es Irma Griselda Amuchátegui Requena, en los siguientes Términos:

“Existen tantas definiciones de delito, como corrientes, disciplinas y enfoques. Cada una lo define desde su perspectiva particular, de modo que cabe hablar de una noción sociológica, clásica, positiva, doctrinal, legal, criminológica, etc.

“En realidad, interesa fundamentalmente la noción jurídica de delito.

“Desde un ángulo jurídico, el delito atiende solo a aspectos de derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas o de otra índole.

El delito, como noción jurídica, es contemplado en dos aspectos: jurídico formal y jurídico sustancial”. (5)

4.- Carrancá y Trujillo Raul, **Derecho Penal Mexicano**. Décima Sexta Edición. Editorial Pomúa, S.A. México. 1988. págs. 219-220

5.- Amuchátegui Requena, Irma Griselda, **Derecho Penal**. Editorial Harla. México. 1990. pág. 45

La noción jurídico formal fue expresada líneas anteriores al ofrecer la noción respecto del delito del Maestro Fernando Castellanos Tena, en cuanto hace a la definición jurídico-sustancial recurrimos al autor en comento, quien explica que tales nociones no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido: el propio Mezger elabora también una noción jurídico sustancial, al expresar que el Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. (6)

La autora Irma Griselda Amuchátegui Requena, nos explica al respecto, lo siguiente:

"Los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar al delito, de modo que existen dos corrientes: unitaria o totalizadora y atomizadora o analítica, las cuales se explican a continuación:

a) Unitaria o totalizadora. Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones.

b) Atomizadora o analítica. Para los seguidores de esta tendencia, el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al delito.

Según esta corriente, algunos autores estiman que el delito se forma con un número determinado de elementos, otros consideran que el delito se constituye con dos elementos, otros más aseguran que se requieren

6.- Castellanos, Fernando. Op. Cit. pág. 129.

tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con siete elementos".(7)

La definición personal que podemos dar de delito es la siguiente: Delito es todo aquel acto u omisión humano, que al llevarse a cabo, trae consigo la imposición de una pena prevista por el Código Penal:

Al respecto consideramos que los elementos que constituyen el delito son: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad. Por lo que a continuación analizaremos cada uno de estos elementos.

1.2 Elementos

1.2.1 Conducta

La conducta es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, como consecuencia un delito culposo) activo (acción o hacer positivo), o, negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado.

"Como antes se ha señalado, sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo del delito; por tanto, se descartan todas las creencias respecto a sí los animales, los objetos o, las personas morales pueden ser sujetos activos del delito.

7.- Ibidem. Pág. 146

Ante el derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: acción y omisión". (8)

La acción en lato sensu consistente en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por si mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas. (Se le utiliza como un sinónimo de la conducta).

En stricto sensu, la acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Para el maestro Cuello Calón, la acción en sentido estricto, "es el movimiento corporal voluntarios en caminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca."(9)

"La conducta se puede realizar mediante un comportamiento o varios, por ejemplo, para matar a alguien, el agente desarrolla una conducta a fin de comprar la sustancia letal, con otra prepara la bebida, con otra más invita a la víctima a su casa, y con la ultima le da a beber el brebaje mortal".
(10)

Los elementos de la acción son: la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad, llamado este último también nexo causal, los cuales a continuación se explicaran:

8.- Ibidem. pág. 48.

9.- Ibidem. pág. 152.

10.- Villalobos. Ignacio. Op. Cit. pág. 202

a) **Voluntad.** Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención.

b) **Actividad.** Consistente en el "hacer" o actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

c) **Resultado.** Es la consecuencia de la conducta: el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

d) **Nexo de causalidad o relación de causalidad.** Es el nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

Se insiste en que el nexo causal debe ser material, ya que si es moral, espiritual o psicológico, será irrelevante para el derecho penal. Quien desea matar debe actuar de forma que el medio, o, los medios elegidos para tal propósito sean objetivos y, por tanto, idóneos; se requiere además de los medios materiales para atribuir el resultado típico.

Invocar espíritus o, rezar para que el sujeto pierda la vida no constituyen medios idóneos de tipo material para causar la muerte. Aún ante la hipótesis de que sobreviniera la muerte, está no podría imputarse al "presunto sujeto activo", porque fácticamente no realizó ningún acto material idóneo para producir el resultado. Puede haber voluntad y resultado. Pero no nexo causal que debe ser material. (11)

11.- Castellanos, Fernando. Op. Cit. pág. 152.

Es lógico pensar o suponer que la simple invocación de espíritus, o, el llevar a cabo determinadas oraciones, no da lugar a suponer la existencia de una acción, fundamentalmente porque no hay un movimiento corporal evidente que dé lugar a establecer que hubo un comportamiento humano susceptible de catalogarse como acción de tipo delictivo.

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo, o, forma negativa del comportamiento

La omisión puede ser simple o comisión por omisión.

OMISIÓN SIMPLE.

“También conocida como omisión propia, consistente en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o culposamente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo portación de arma prohibida.

COMISIÓN POR OMISIÓN.

“También conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario culposo, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y prohibitiva por ejemplo: abandonar la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se causa la muerte de éstos.

Los elementos de la omisión son la voluntad, la inactividad, el resultado y el nexo causal.

“En la comisión por omisión, en la cual se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y comprobar el nexo causal, por ejemplo, la madre que, con el fin de procurar su aborto, deja de tomar el alimento, suero o medicamento indicado por el médico, para proteger la vida del producto, de manera que causa la muerte del mismo, comete el delito de aborto. En este caso deberá comprobarse el nexo causal a partir del dictamen médico y las pruebas de laboratorio que establezcan que la causa de la muerte del producto fue el no alimentarse, o, la no administración del suero o medicamento”. (12)

En la omisión simple lo que ocurre es la no observancia a determinada prohibición, por ejemplo: No portar arma es la prohibición, quien la porte, omite cumplir con ello y aun cuando no hay un resultado real, sí se da un peligro de daño.

En la comisión por omisión en cambio sí hay un efecto real y a todas luces evidente, cabe señalar como ejemplo del delito cometido bajo esta forma especial de omisión, el abandono del cónyuge e hijos: habrá comisión por omisión si alguno de ellos fallece a causa de dicho abandono, pues se presenta cuando hay incumplimiento de obligaciones alimentarias.

En nuestro particular punto de vista, el requisito fundamental de la conducta, es la voluntad en el actuar del hombre para que se origine el delito.

12.- Amuchátegui Irma Griselda. Op. Cit. pág 52.

1.2.2 Tipicidad.

Antes de proceder a hablar sobre este tipo de elemento del delito, es imprescindible definir el concepto tipo, mismo que debe de ser entendido como lo que crea el legislador y a su vez lo plasma en la ley, en el este caso, tipo es el injusto descrito en el Código penal o en una ley especial.

La citada Irma Griselda Amuchátegui Requena, nos explica lo siguiente:

“La ley penal y diversas leyes especiales contemplan abstractamente los tipos, los cuales toman “vida real” cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos.

De no existir el tipo, aún cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquél cometió un delito, porque no lo es y, sobre todo, no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas asociales o antisociales, pero no de delitos.

La criminología estudia los comportamientos que por no estar contemplados en la ley penal, carecen de penalidad, como la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción y otros” (13)

De lo anterior, se puede decir, que el Código Penal contiene tipos y por ello es incorrecto hablar de los delitos que contiene dicha legislación.

13.- Amuchátegui, Irma Griselda. Op. Cit.. pág. 60.

EL Doctor Sergio García Ramírez nos manifiesta en relación con la tipicidad, lo siguiente:

“La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

Didácticamente, se puede decir que los tipos penales son las piezas de un rompecabezas: así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponda, con la salvedad de que no existen dos figuras iguales.

“Cada tipo penal señala sus propios elementos, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal, por ejemplo, el artículo 395 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal señala, entre otros elementos del delito de despojo, que el medio con el cual deberá llevarse a cabo dicho delito sea cualquiera de los siguientes: violencia, amenaza, furtividad o engaño. Si el agente emplease un medio distinto, aun cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por falta de uno de ellos”. (14)

14.- García Ramírez, Sergio, **Derecho Penal**. Editorial UNAM.. México. 1979. pags. 56-57.

Dicho de otra forma, la tipicidad es la concretización en el terreno de la vida real de aquello que en abstracto plasma el legislador en un Código Penal.

1.2.3 Antijuricidad

El Maestro Eduardo Villarreal Moro consideraba indebido e incorrecto, utilizar la denominación Elementos Positivos del delito, pues afirma con razón, que resultaba absurdo referirse a un elemento positivo: con el prefijo anti., razón por la cual sostenemos que la antijuricidad es un elemento estructural muy importante del delito y además proponemos que para evitar confusiones y malos manejos del lenguaje técnico jurídico, que este elemento sea denominado antijuricidad y no antijuricidad, ya que, lo contrario a derecho es antijurídico y no antijúrico. (15)

Por lo anterior, se puede decir que la conducta será antijurídica cuando vaya en contra de los bienes que protege o tutela el Derecho Penal, bienes que pueden ser la vida, la propiedad y la libertad entre otros.

La antijuricidad es lo contrario al derecho, el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

Carnelutti señala: "antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuricidad es el sustantivo", y agrega: "Jurídico es lo que ésta conforme a derecho". (16).

15.- Cfr. Apuntes tomados durante el curso de Derecho Penal I. Facultad de Derecho UNAM. México. 1971.

16.- Cit. Por. Irma Amuchétegui. Op. Cit. pág. 75.

Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra al delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica

Ignacio Villalobos nos manifiesta: " Se distinguen dos tipos o clases de antijuridicidad: material y formal:

"a) Material. Es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad."

"b) Formal. Es la violación de una norma emanada del Estado de acuerdo con Jiménez de Asúa, constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad, por lo que considera que no tiene caso esta distinción."

"La tipicidad opera como un inicio de la antijuridicidad, como un valor provisorio, que debe de ser configurado o desvirtuado mediante la comprobación de las causas de justificación, por ello, la antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa; se acepta como antijurídico lo contrario al derecho que no esté protegido por una causa de justificación.

Lo antijurídico implica un desvalor: es la negación del orden jurídico: aquello que, según los ideales éticos del hombre debe ser y sin embargo no es, por el triunfo de la conducta delictuosa sobre la norma penal". (17)

17.- Villalobos. Ignacio. Op. Cit., págs. 284-285.

1.2.4 Imputabilidad

Para Sergio García Ramírez el concepto que comúnmente ofrece al penalismo mexicano respecto a la imputabilidad, proviene del segundo párrafo del artículo 85 del Código Penal Italiano de Rocco, cuya noción es la siguiente: " Es imputable quien tiene la capacidad de entender y querer".

(18)

El Doctor Eduardo López Betancourt nos dice que: "La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito." (19)

Por cuanto hace a las acciones libres en su causa, el citado autor señala: "Las acciones liberae-in-causa son aquellas libres en su causa y consiste en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o, culposa, que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal; por tanto, la ley lo considera responsable del delito, por ejemplo, quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí. Se llaman así porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto". (20)

De lo anterior, podemos definir a la imputabilidad, como la capacidad de entender las consecuencias jurídicas de nuestra conducta dentro del campo del Derecho Penal.

18.- García, Sergio Op. Cit., pág. 63.

19.- López Betancourt, Eduardo. **Imputabilidad y Culpabilidad**. Cuarta Edición, Editorial. Porrúa S.A. México, 1993. pág. 88.

20.- Ibidem. pág. 89.

Ahora bien, ya se ha comentado que el delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica: ahora pasaremos a estudiar otro elemento que es necesario para integrar en su totalidad el delito: la culpabilidad.

1.2.6 Culpabilidad

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

Para Sergio Vela Treviño, "la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y es el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta". (21)

De acuerdo con los lineamientos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, los grados o tipos de culpabilidad son: dolo y culpa.

DOLO

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina lo llama delito intencional o doloso.

CULPA

La culpa es la segunda especie de este elemento, hay culpa cuando

21.- Vela Treviño, Sergio. **Culpabilidad y Causas de Justificación**. Editorial Trillas. México, 1988, pág. 134.

se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable.

El Doctor Celestino Porte Petit define la culpabilidad como: "El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto". (22)

Para Ignacio 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 culpa."(23)

1.2.6 Punibilidad

En relación a este elemento, se puede decir que es el que genera un alto índice de polémica, ya que para algunos estudiosos del Derecho Penal, es el elemento del delito y para otros es una consecuencia del ilícito, nosotros sostenemos que sí es un elemento del delito, por contener el mismo la coercibilidad del Derecho, como una característica sine qua non de la Ciencia Jurídica.

Celestino Porte Petit Candaudap, menciona lo siguiente: "La punibilidad es un elemento del delito". Raúl Carrancá y Trujillo e Ignacio Villalobos no consideran a la punibilidad como elemento del delito."(24)

22.- Cit. Por. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., págs. 233 y 234.

23.- Villalobos, Ignacio. Op. Cit. pág. 283.

24.- Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pág. 276.

El Maestro Fernando Castellanos Tena, define a la punibilidad como: "El merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta". Agregando que: "Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal comportamiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción."⁽²⁵⁾

El Doctor Sergio García Ramírez, ubicándose en una posición ecléctica, refiere en cuanto a la punibilidad lo siguiente: "La punibilidad, elemento o consecuencia del delito es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable. Rige el dogma "nulla poena sine lege", consignado en el artículo 14 Constitucional e implícitamente en el artículo 7 del Cp."^(sic) ⁽²⁶⁾

1.3 Aspectos Negativos de los Elementos del Delito

En este punto, se realizara un estudio amplio de los aspectos negativos de cada uno de los elementos que estructuran el delito, es decir de la conducta, hablaremos de la correlativa ausencia de conducta de la tipicidad analizaremos la atipicidad, respecto a la antijuridicidad se analizaran las causas de justificación, por lo que toca a la imputabilidad haremos el estudio de la inimputabilidad

En relación a la culpabilidad, hablaremos de la inculpabilidad y por último analizaremos las excusas absolutorias que son el aspecto negativo de la punibilidad.

25.- Ibidem. pág. 277

26.- García, Sergio. Op. Cit. pág. 70.

1.3.1 Ausencia de la Conducta

Fernando Castellanos Tena, señala en relación a la ausencia de la conducta "... si falta alguno de los elementos esenciales del delito, este no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias ... Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal".(27)

El Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, en su artículo 15 fracciones I y X, establece las dos principales causas de ausencia de conducta, las cuales son:

"Art.15.- El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin la intervención de la Voluntad del agente; ..."

En relación a esta fracción se puede observar, que no puede constituirse una conducta delictiva cuando no se presente la voluntad del agente, ya que para la actualización de esta fracción se debe ejercer una fuerza humana exterior e irresistible en contra de la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

La fracción X del artículo 15 del referido ordenamiento legal establece:

"Art.15.- El delito se excluye cuando:

...X. El resultado se produce por caso fortuito."

27.-Castellanos, Fernando. Op. Cit. pág. 162

Esta fracción se actualiza cuando el sujeto realiza una acción en sentido amplio (acción u omisión) coaccionado por una fuerza física e irresistible proveniente de la naturaleza.

1.3.2 Atipicidad

Según Sergio García Ramírez: "Para la exclusión de la tipicidad hay que distinguir entre la falta de tipo (ausencia de fórmula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la conducta a la hipótesis penal (atipicidad). En ambos casos, la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito; no hay sanción,"⁽²⁸⁾

Fernando Castellanos Tena opina, la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. ⁽²⁹⁾

El artículo 15 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal, actualmente dispone:

"El delito se excluye cuando:

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se tratare."

Debemos entender entonces, que la atipicidad es, el no encuadramiento de la conducta con lo previsto por el Código Penal.

28.- García, Sergio. Op. Cit., pág. 56.

29.- Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit., pág. 174.

1.3.3.- Causas de Justificación

Estas causas vienen hacer el correspondiente aspecto negativo de la antijuridicidad, consistente en aquellas causas que eliminan la antijuridicidad de la conducta, es decir, que en las causas de justificación no hay delito.

Por otra parte, estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de tal suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

En este caso, nuestra legislación actualmente solo regula como causas de justificación a la legítima defensa, el consentimiento, al estado de necesidad, al cumplimiento de un deber y al ejercicio de un derecho, cuyo fundamento jurídico lo encontramos en el artículo 15 fracciones III, IV, V, y VI del Código penal para el Distrito Federal.

El citado precepto legal en sus fracciones antes mencionadas, nos señalan las causas de justificación, las cuales se ubican de la siguiente manera: consentimiento (fracción III), legítima defensa (fracción IV), estado de necesidad (fracción V), cumplimiento de un deber jurídico y ejercicio de un derecho (fracción VI), y a continuación las señalaremos:

“... III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular éste hubiese otorgado el mismo;"

"IV Se repele una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de los bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende."

"Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar , sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;"

“V Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;”

VI La acción o a omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.”

1.3.4 Inimputabilidad

Significa la falta de capacidad para entender los efectos de nuestra conducta, en el campo del Derecho Penal.

El Jurista Fernando Castellanos Tena, señala: “Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva. Ya hemos dicho que la imputabilidad es la calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mental; la inimputabilidad constituye al aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, pues, 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.”⁽³⁰⁾

El fundamento jurídico de la inimputabilidad, lo encontramos en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“El delito se excluye cuando:”

“...VII Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado un trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.”

“Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentra considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de este Código;”

1.3.1 Inculpabilidad

“La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el consentimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad así no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

30.- Castellanos, Fernando. Op. Cit. Pág 233

Por lo anterior, cabe agregar que el delito es una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable.”(31)

El Tratadista Jiménez de Asúa la inculpabilidad consiste en: “La absolucón del sujeto en el juicio de reproche.”(32)

Asimismo, Fernando Castellanos Tena dice que: “La culpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.”(33)

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción VIII, dispone:

“El delito se excluye cuando:

“...VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 del Código en cita;”

31.- Amuchátegui, Irma Griselda. Op. Cit., pág. 100.

32.- Cit. Por. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pág. 257.

33.- Castellanos, Fernando. Op. Cit., pág. 258

Una vez transcrita la fracción VIII del numeral antes invocado, se puede llegar a la conclusión de que el error invencible es la única causa de inculpabilidad en el Derecho Penal Mexicano.

1.3.6 Excusas Absolutorias

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

En la legislación penal mexicana existen casos específicos en los que ocurre una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, pero por disposición legal expresa, no punible.

Esta ausencia de punibilidad obedece a diversas causas, es decir:

Para el tratadista Fernando Castellanos Tena, las principales excusas absolutorias son:

“Excusa por estado de necesidad. Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad, verbigracia:

Robo de famélico (artículo 379 del Código Penal para el Distrito Federal), y aborto terapéutico (artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal)”.

“Excusa por temibilidad mínima. En función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento (artículo 375 del Código Penal para el Distrito Federal)”

“ Excusa por ejercicio de un derecho. El caso típico se presenta en el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación (artículo 333 del Código Penal para el Distrito Federal)”.

“Excusa por imprudencia. Un ejemplo de este tipo de excusa es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada. (artículo 333 Del Código Penal para el Distrito Federal)”.

“Excusa por no exigibilidad de otra conducta. Uno de los ejemplos más comunes es el encubrimiento de determinados parientes y ascendientes y de otras personas (artículo 400 del Código Penal para el Distrito Federal)”:

“Excusa por innecesariedad de la pena. Esta excusa es aquella en la cual cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona que hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena (artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal)”. (34)

34.- Ibidem. pág. 110.

CAPITULO SEGUNDO

Consecuencias Generadas a través de los Delitos cometidos en contra de la Libertad Sexual

Como se menciona en la introducción del presente trabajo, en este capítulo hablaremos de diversos delitos que guardan una estrecha relación con el delito de violación, como lo es, el hostigamiento sexual, abuso sexual y estupro, que a decir son delitos cometidos en contra de la libertad sexual, por lo que se realizara su estudio con el fin de entender la importancia del dictamen pericial en el delito de violación.

2.1. Hostigamiento Sexual

2.1.1 Concepto Juridico

El artículo 259-Bis del Código Penal para el Distrito Federal dispone:

"Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días de multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilice los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño.

Solo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida".

2.1.2 Elementos

Se puede decir, que los elementos constitutivos de este delito son:

- 1.- Asedio con fines lascivos.
- 2.- Posición jerárquica.
- 3.- Relación de trabajo.
- 4.- Una dependencia de subordinación.

Gramaticalmente asedio, significa la acción y efecto de asediar, asediar es en sentido figurativo, importunar a uno sin descanso con pretensiones.

Por lascivo podemos entender como aquella persona que tiene tendencia a los deleites carnales.

En relación a la posición jerárquica, se entiende como la categoría que tiene un sujeto respecto a otro.

La relación de trabajo, se define como el enlace personal que se presenta con motivo de laborar en un mismo sitio.

Entre tanto la dependencia o subordinación, la podemos referir como la relación de dependencia que da lugar al mando o dominio de uno, por tener ambas categorías diferentes.

A este numeral de nueva creación, el Jurista Carrancá y Rivas, hace el siguiente comentario:

“He preferido hacer una sola nota en vez de intercalar varias en el nuevo texto, según y conforme las críticas del caso. He potado aquí por tal sistema para mantener una unidad de pensamiento. La primera pregunta que uno se hace es de orden número, de colocación o ubicación del nuevo delito en el Código. ¿Por qué el artículo 259 “bis”? quiere decir dos veces, duplicado, repetido. ¿Por qué no se incluyó en el Título Decimoquinto que atañe a los delitos sexuales, hoy absurdamente llamado de otra manera?. ¿Qué tiene que hacer al final de un capítulo, aunque ya derogado, que trata sobre los juegos prohibidos?. El legislador además, se contradice; no sigue una unidad ideológica ni atiende a los principios fundamentales de la doctrina. ¿Por qué se refiere a “fines lascivos”, cuando acaba de quitar lo “intención lasciva” de los atentados al pudor?.

Ya nos hemos ocupado en otra nota de la enorme dificultad e definir aquello de “intención lasciva” (da lo mismo, para el caso, “fines lascivos”). Sí de por sí esta absurda figura de hostigamiento sexual es de suma incompleta y absurda más lo es al meterle elementos de naturaleza tan confusa. Ahora bien, después de una atenta lectura del nuevo artículo resulta que nada más se puede hostigar, sí hay una relación de subordinación entre el sujeto activo y el pasivo. ¿Esto significa que el

legislador sólo ha querido proteger a la mujer subordinada y no a otra?, ¿Por qué esta segregación o diferencia?. La verdad es que cualquier mujer, subordinada o no, puede ser hostigada.

Claro, el legislador considera como sujeto pasivo a persona de cualquier sexo; pero en el fondo, y de acuerdo con los testimonios de las sesiones en la Cámara de Diputados, dizque siempre se trató de defender a la mujer de las agresiones sexuales de los hombres (olvidando que en la vida moderna son muchas las mujeres que en este sentido agreden a los varones).

Pero hay que ir a una crítica vertical y a fondo de este nuevo tipo. Objetivamente hablando y a primera vista, se puede tratar más bien de un problema estrictamente laboral, es decir, el patrón que asedia a la trabajadora doméstica, o a su empleada; el profesor que hace lo mismo con sus alumnos, se desprende evidentemente la rescisión del contrato de trabajo, amen de las sanciones del orden laboral establecidas.

Sin embargo, si se quiere o pretende que el asunto no sea laboral sino penal, existen otros tipos penales a los cuales en su momento se puede recurrir. Es decir, en este caso si el patrón, por ejemplo, asedia, a una mujer hasta el grado de amenazarla, no hay duda que se pueden invocar las amenazas; y en algunos casos extremos también se podrían invocar las lesiones. Por otra parte cabe hacer mención que al legislador se le ha olvidado una hipótesis, que en la vida real no es muy frecuente, es decir, la del subordinado que asedia y hostiga a su superior jerárquico.

Es de preguntarse, que es en la especie asediar u hostigar: Primeramente hay que ver el significado de las palabras. Por lo tanto en este caso evoco un pensamiento por demás exacto Max Weber " pensar las palabras es tarea central y peculiarísima del abogado". Y para pensarlas , hay que estudiarlas, conocerlas y sentirlas.

Asediar es en sentido figurado importunar a uno sin descanso, con pretensiones (sic). No hay que olvidar que pretensión equivale al empeño en conseguir algo. Hasta aquí, si bien se ve, no hay delito; salvo que el llamado asedio sexual se concrete con actos específicos, luego entonces podría ser constitutivo de un delito sexual. Y hostigar a su vez, quiere decir, también en sentido figurado, perseguir, molestar a uno, ya burlándose de él, o contradiciendo, o de otro modo. De igual forma hasta aquí no existe delito; por lo que no es el caso el emplear tal palabra, ya que mejor hubiera sido, en última instancia referirse al asedio, misma que se ajusta de manera más convincente a la idea del legislador, toda vez que en la primera parte del precepto la ley se refiere al asedio y en segundo lugar al hostigamiento; identificando dos palabras de contenido distinto.

La ley dice que únicamente sería punible, y se dará el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño, ¿Cuál puede ser en especie tal perjuicio daño?. Si se habla de esto, de daño y perjuicio, se esta hablando de un resultado concreto, resultado que no es compatible con la figura típica de el hostigamiento, la cual sólo se reduce a importunar, a pretender, a perseguir, a burlarse de otro. Lo que viene a demostrar que en el hostigamiento, en si no hay resultado.

En otros términos, de donde resulta que dicha figura más se parece a una tentativa que a una consumación. La única verdad es que el legislador ha caído en su propia trampa, ya que si el agente alcanza el fin lascivo, se está en presencia de un delito sexual, tipificado en el Código; sino se alcanza se estará en presencia de una tentativa.

En suma, si estudiamos lo que es el cortejo y el piropo (creo que Eugenio D'Ores decía que es un madrigal dicho de rodillas), veremos que todo hombre corteja y piropea, claro, a su manera y de acuerdo con su educación y cultura, ¿ Y por esto es un delincuente en potencia o algo peor, o un delincuente real ?.

Se podría decir que miles de piropos y de cortejos, se identificarían con asedio y hostigamiento, según el legislador y en beneficio suyo, he de decir que a mi juicio en todo hostigamiento y asedio hay un contenido de piropos y cortejos, es decir:

Cuando el hombre piropea a una mujer, y lo hace de manera insistente, esto ya podría ser asedio, ¿Por qué no? Y si insiste y además del piropo le envía flores a su casa, y la llama por teléfono, y la aborda en la calle o en su oficina " con pretensiones", ¿no estará a un paso de ser un delincuente?.

No se niega que la mujer deba ser defendida, sobre todo en los países de origen latino, como el nuestro de algunos requerimientos groseros del hombre. Y para defenderla no hay por que hacer de los

galanteos, requiebros, piropos y cortejos, una nueva una especie de delitos.

Cuando el hombre se extralimita desde siempre ha caído en el terreno de la Ley, ya que dichas extralimitaciones se hayan tipificadas en el Código Penal. Se trata, en el caso concreto, de los delitos sexuales, de las amenazas, de las injurias, (sic), de las lesiones, etc, etc.

La figura del hostigamiento sexual es de factura anglosajona, que no va de acuerdo con nuestra idiosincrasia.

En resumen, el Derecho no debe penetrar en ciertas zonas de la vida de las personas. Al tratar estos temas, en la Facultad de Derecho, de la Universidad, yo concluí una conferencia con las siguientes palabras. " Dejemos en paz al hombre y a la mujer en su orbita de relaciones, ya de suyo harto complejas. Todos somos, de alguna manera y en forma de asediados y hostigados todos, igualmente, hostígamos y asediamos. Es la vida con sus trampas y espejismos." (35)

Por cuanto se refiere al análisis del delito de hostigamiento sexual, consideramos que el legislador tuvo un indiscutible acierto al crear el tipo específico descrito por el artículo 259 Bis del Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de que previó una serie de conductas que desafortunadamente suceden con frecuencia, no obstante que la penalidad más alta es de 40 días; es francamente por lo benévola, ya que valúa el daño moral que sufre la víctima del delito en aproximadamente 850 pesos,

35.- Carrancá y Trujillo, Raul. Carrancá y Rivas, Raúl. **Código Penal Anotado**. Decima Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, pág. 682-685.

cantidad que resulta absurda.

Por otra parte, el numeral antes citado resulta contradictorio, ya que habla de un daño o perjuicio, se considera que esta conducta siempre causará a la víctima (generalmente mujer) daños, quizá irreparables desde el punto de vista psicológico, ahora bien, por lo que toca a los daños físicos, de sufrirlos el sujeto pasivo del delito, estaríamos hablando más bien de lesiones.

2.2. Abuso Sexual.

2.2.1 Concepto Jurídico

El artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, señala: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la copúla, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión.

Si hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena aumentarán hasta, en una mitad".

Veamos el análisis de este delito, efectuado por el reconocido autor, Doctor Raúl Carrancá y Rivas:

"El Título Décimo Quinto, ya derogado, se denominaba así "Delitos Sexuales Capítulo I ". Atentados al Pudor, Estupro, por lo tanto, más amplia

(sic). Genérico, como se sabe, es común a muchas especies. Hay un principio universal de Derecho Penal que se puede leer, incluso, en el diccionario cuando éste explica lo que significa la palabra "especificar", a saber, "La ley no especifica todos los delitos". ¿Por qué restringir, entonces, o especificar?. La nueva denominación me parece criticable. ¿De qué libertad se trata?. Eso de "Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", habida cuenta de la sintaxis de la oración, hace suponer que se pudiera tratar de libertad psicosexual, cuando lo correcto, a mi juicio es hablar de la libertad sexual, y punto; ya que la libertad psíquica se da por entendida. ¿Pero qué es exactamente el normal desarrollo psicosexual, con qué parámetro se califica?. Es evidente que lo que para unos es normal para otros no lo es. El asunto es muy complejo y se corre el riesgo, al querer definirlo o restringirlo, de entregarle al juez una especie de cartabón con que mida, muy a su manera, esa normalidad. Así se llega al desahogo mal sano del puritanismo o de los complejos de inferioridad. Yo creo que el legislador, en el caso, mezcla equivocadamente doctrina con ley. La teoría, en efecto, faculta al juez – lo mismo que los artículos 51 y 52 de éste Código – para que indague hasta el fondo físico y psíquico causado por los atentados sexuales; lo que significa que no hay que meter la doctrina en el contenido de la ley.

Obsérvese, por otra parte, que al legislador se le olvidó aludir a los atentados al pudor. ¿Porqué no les da importancia? ¿Cuál es la razón por la que no los ha incluido en el Título Décimo Quinto? . . ."

"En estas sutilezas, de fondo, descansa mucho del arte de la interpretación de las normas jurídico penales, del que dependen la equidad

y la justicia. Realizar un acto sexual estricto sensu es, como dice Manzini y equiparándolo con la cópula. "la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible al coito o un equivalente anormal de éste".

En cambio, la posible satisfacción de algún deseo erótico o para casarse es otra. Los deseos eróticos sexuales no tienen siempre relación directa con la cópula

Cuando el sujeto pasivo es una persona púber, debe haber expresa o tácita ausencia de consentimiento. Cuando es impúber la ley considera que en caso de existir, está viciado y no es libre, por el incompleto desarrollo moral del pasivo y que en consecuencia es inoperante, por lo que se es sujeto pasivo del delito, sea que otorgue el consentimiento o no. El sujeto pasivo es calificado; persona púber o impúber-

El delito se consuma por la perpetración del hecho en que consiste el acto erótico-sexual. Sólo es punible cuando es consumado (ver artículo 261 Código Penal para el Distrito Federal), por lo que la tentativa es siempre impune.

El acto erótico-sexual es un acto diverso del acceso carnal y no consistente en palabras, ejecutado por el sujeto activo con o sobre o en la persona del pasivo, por ésta, con o sobre o en la persona del activo, o por sobre o en ambos sujetos, y "dirigido a excitar o a satisfacer la propia concupiscentia del activo, aunque no se llegue al completo desarrollo de la lujuria", por ejemplo, refregar el órgano sexual de la víctima con el miembro

viril, hacerse tocar el miembro viril, palpar las piernas o los pechos a una mujer o introducirle los dedos en la vagina, besar aplicando labios y lengua lubricante, etc. Procede la agravación de la pena si el acto erótico sexual se verifica con el empleo de violencia física o compulsión moral sobre el pasivo, según el párrafo final del artículo comentado.

El dolo específico del delito radica en la voluntad y conciencia del agente de consumir el hecho en que consiste el acto erótico-sexual, con el propósito de excitar la propia lascivia y con exclusión del ánimo de violar (caso éste en el que habría tentativa de violación) y el corromper, de injurias, etcétera. Desnaturaliza este dolo específico el que el activo se proponga de modo indirecto y mediato, la verificación del acceso carnal como consecuencia de la excitación de su lascivia y de la del pasivo. Tal propósito configuraría tentativa de diverso delito y no el consumado de atentado al pudor; por ejemplo tentativa de estupro (artículo 262 del Código Penal), violación (artículo 265 del Código Penal), conforme al artículo 12 del Código Penal.

Delito de lesión, doloso, Su objeto jurídico: el pudor de las personas o sea "el respecto físico de nosotros mismos", según la definición de Spencer; sentimiento que se concretiza en la honestidad y en el recato, que frenan en las personas sus impulsos sexuales, nacientes o adultos.

La persecución del delito es de oficio. Hubiera sido procedente que lo fuera de querrela necesaria, por la publicidad connatural a procesos de esta especie, lo que puede dañar para siempre la reputación de una mujer.

El texto derogado decía a la letra: "Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última ejecute en ella un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos". Y en su segunda parte: "Si se hiciere uso de la violencia física o moral; la pena será de seis meses a cuatro años de prisión multa de cincuenta a mil pesos".

A mi me parece absurdo que se hayan quitado los elementos calificados del sujeto pasivo; a saber; "púber" o "impúber"; porque ellos definían con toda claridad la naturaleza de tal sujeto. No es lo mismo, evidentemente, la falta de consentimiento en una persona púber que el consentimiento en una impúber. ¿Por qué lo ha suprimido el legislador? Ahora el Juez, frente al vacío de la ley, deberá reflexionar en dichas circunstancias, Por otra parte yo entiendo que la pretensión de la intención lasciva es consubstancial al acto sexual de que se habla. La primera acepción de la palabra lasciva es la de "propensión a los deleites carnales", que evidentemente se halla inmersa en el acto sexual de la especie; lo que significa que es un contrasentido sancionar determinado acto carnal ejecutado con intención lasciva. Luego vienen otras acepciones: una anticuada que tiene que ver con el apetito inmoderado de una cosa y otra que es sinónima y a fin de la lujuria, de la impudicia, de la deshonestidad. ¿A cual acepción se ha referido el legislador del nuevo texto de la ley? Lógico a mi juicio es suponer que a la primera. Añádase que la palabra lascivia se identifica en su sentido con la sensualidad, por lo que es de preguntarse si el acto sexual de la especie puede ser ajeno a la sensualidad.

En el texto derogado se habla de "sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, lo que en el nuevo se suprime, Me parece un desacierto porque la ausencia de aquél propósito directo e inmediato desnaturaliza que el activo se proponga el acceso carnal, como consecuencia de la excitación de un libido y de la del pasivo. En otros términos este último, configuraría tentativa de diverso delito y no el consumado de atentando al pudor. Lo cierto es que en la ejecución del acto sexual a que se contrae el nuevo artículo 260 hay, quiérase o no, y por lógico mandato de la naturaleza, un propósito, no importa que diluido o nebuloso; de llegar a la cópula; en virtud de lo cual es tan necesario que dicho propósito sea calificado típicamente de directo e inmediato.

Pocas cosas hay tan sagradas como la libertad del individuo, de la que es parte preciosa la libertad sexual. Uno se pregunta al respecto, si ante la ola creciente de atentados sexuales basta y sobra con la penalidad de la nueva ley. Desde luego se aumentó la pena en relación con el texto derogado, pero en forma tan reducida que se sigue alcanzando el beneficio de la libertad bajo caución. ¿Cuál fue, entonces el motivo substancial de la reforma? Desde luego no creemos que las sanciones severas lo resuelvan todo. No obstante y habida cuenta del ascenso en los delitos sexuales, hubiere sido conveniente que no se alcanzara la libertad caucional.

En todo lo que concierne al artículo 260 se ha suprimido afortunadamente, aquello de "intención lasciva" que se puso apenas en la reforma de enero del 89.

Se trata, como se ve (escribo esta líneas en marzo de 1991 de hacer y rehacer, de enmendar y remendar, de mover a veces sin ton ni son la enorme maquinaria constitucional del Poder Legislativo; obedeciendo, sospecha uno, a fluctuaciones caprichosas del momento. Siendo que lo peor ya lo observa en su época Dorado Montero, es la moda legislativa que jamás atiende al fondo de la norma jurídico cultura. V, la nota 857 en la que hago una crítica de aquello de "intención lasciva". Pero hay asuntos de fuste a los que no suele atender el legislador. Yo me preguntó si en el caso del artículo 260 no estamos en presencia de una violación en grado de tentativa. Me parece que si alguien, sin el consentimiento de un tercero y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecuta en éste un acto encaminados inmediata y directamente a la realización de un delito que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente (me acojo aquí a la fórmula original de la tentativa en el Código del 31, pasando por alto la absurda reforma del 85 al artículo 12; V nota núm. 40ª. a dicho artículo 12). Todo indica, por lo menos en principio, que se trata de una violación en grado de tentativa; ¿por qué cómo averiguar si hubo o no propósito de llegar a la cópula? (yo corregiría esta deficiencia típica del vigente artículo 260). Esto me parece un contrasentido, pero aparte de que el legislador condiciona el tipo a la falta de propósito para llegar a la cópula (repito. ¿cómo saberlo?, señala al mismo tiempo que el sujeto activo ejecuta en el pasivo un acto sexual. Y esto es tentativa, aunque mal explicada o peor legislada.

Por último, y como alguien ya ha observado con sutil inteligencia, hay una clara contradicción o anomalía entre la primera parte y la parte final del artículo que se comenta. En efecto, si el agente ejecuta en su víctima un acto sexual, sin el consentimiento de ésta u obligándola a ejecutarlo es

claro que hizo uso de la violencia ¿por qué el legislador hace especial mención de la violencia en la parte final, como si ella no se diera también en la parte primera?.

Pero volviendo al punto antes tratado, y habida cuenta de una defectuosa descripción típica, yo no consideraría irracional al agente del Ministerio Público al Juez que frente al artículo 260 optará, como ya lo tengo dicho, por invocar el dispositivo modificador del tipo de la tentativa sosteniendo que el sujeto activo quería violar o estupro. Y esto último en virtud de que el engaño en el estupro es sin duda una forma o manifestación de la llamada violencia moral". (36)

El delito de abuso sexual, contiene en su descripción típica garrafales errores de técnica legislativa, pues se contradice gravemente, ya que no se puede llevar a cabo el acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula" y en dicho artículo (260 del Código Penal para el Distrito Federal), se habla de "la ejecución de un acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula", en el párrafo citado, existe una seria aberración lógico-jurídica; ya que muy a pesar de que no aceptamos más que la cópula, como acto de un hombre y una mujer, suponiendo sin conceder, que pudiera hablarse de cópula , hombre a mujer, entendida esta, como la define el segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, para que haya cópula se requiere en principio de un acto sexual.

36 - Ibidem, págs. 685 a 690.

2.3 Estupro.

El estupro se define como el "acceso carnal del hombre con una doncella logrado con engaño o abuso de confianza (se aplica también, por equiparación legal, a algunos casos de incesto). Se decía también del coito con soltera núbil o con viuda, logrado sin su libre consentimiento". (37)

El Diccionario Jurídico Mexicano, conceptúa de esta manera al estupro: " Es el acto ilícito con doncella o viuda deshonestidad, trato torpe, lujuria, torpeza, deshonra, adulterio, incesto, atentado contra el pudor, violencia, acción de corromper, seducción. El vocablo latino estupro, equivale a estuprar violar por la fuerza a una doncella, quitarle un honor; contaminar corromper, echar a perder" .

2.3.1 Concepto Jurídico

En la actualidad, el artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, prevé lo siguiente: "Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión. "

El alcance de delimitación del concepto estupro, con independencia de su origen etimológico ha tenido variación pues a través del tiempo se ha reducido al acceso carnal del hombre con una mujer, logrado con abuso de confianza o engaño o bien, como dice Francisco Carranza es el

37.- Diccionario para Juristas. Editorial. Mayo México, 1981.

conocimiento carnal entre una mujer honesta mediante seducción y sin mediar violencia.

El artículo de mérito fue reformado en su penalidad, en virtud de que antes ésta, era de un mes a tres años de prisión.

Hasta antes de la reforma objeto de este apartado, la definición que daba el Código Penal de referencia, hablada de la seducción o engaño.

Celestino Porte Petit, nos explica lo siguiente:

“ Si originalmente el estupro tuvo una amplitud tal que podríamos afirmar abarcaba cualquier delito de los que hoy se relacionan con la libertad o inmadurez de juicio en lo sexual, hoy en día se alude a otro aspecto que la otorga un sentido más estricto. Se requiere en su regulación que la mujer (pasivo) sea honesta y que el medio sea la seducción o engaño; la honestidad pertenece a la esencia del hecho y a la calidad de víctima, pues desde el momento en que la desfloración no es elemento indispensable del estupro, la honestidad viene a reemplazar dicha característica, porque podría acontecer que la simple fornicación se confundiera con el estupro” (38)

El Doctor Raúl Carrancá y Rivas establece que:

“ A virtud de la reducción que se ha hecho del vocablo, es importante distinguir entre estupro, adulterio, incesto y violación. El estupro se produce cuando hay cópula con mujer honesta mediante la seducción o engaño

38.-Porte, Celestino, Op. Cit pág. 126.

(ausencia total de violencia) y, además la edad de la propia mujer y sus condiciones físicas e intelectuales no le permiten discernir la trascendencia que tiene el aceptar el acceso carnal al estar de por medio las falsas promesas. En el adulterio es indispensable que, por lo menos uno de los protagonistas de dicho ilícito sea casado y además que la cópula se lleve a cabo con libre decisión de los agentes del mismo sin que, obviamente, exista violencia. El incesto, es la realización de la cópula de manera espontánea entre parientes cercanos como ascendientes.

La violación implica el acceso carnal mediante la violencia física o moral o que la víctima, por su edad, estado físico o mental, pueda producirse voluntariamente para decir sobre la realización de la cópula o no esté en posibilidad de resistir el propósito del activo en dicho sentido.

Al observar diversas legislaciones en torno al estupro advertimos que el Código Penal de Paraguay, señala como requisitos de este libro penal la simulación de un casamiento válido o el abuso de facilidades ocasionales o familiares o por medio de maquinaciones dolos capaces de sorprender la buena fe, consigue el goce sexual fuera del matrimonio de una mujer virgen menor de dieciséis años de edad.

El Código Penal Español, señala como edad de la mujer con respecto a la cual se puede producir este delito, la que va de los 12 a los 23 años. Asimismo, este ordenamiento comprende tres clases de estupro: el doméstico, cuando el agente del delito es funcionario público, sacerdote, maestro, tutor encargado de cualquier título relacionado con la educación de guarda de la estuprada, criado doméstico, etc.; el incestuoso, que es el

cometido con hermana o descendiente, el simple, que es efectuado por cualquier agente siempre que se satisfagan los requisitos típicos para este efecto". (39)

Francisco González de la Vega nos da el concepto de lo que él considera debe entenderse por estupro: "conjunción sexual natural, obtenida sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligadas por matrimonio y de conducta sexual honesta". (40)

Celestino Porte Petit, entiende el estupro como la cópula normal consentida, en mujer menor de dieciocho años y no menor de doce, sin madurez de juicio en lo sexual.

"Al atender a su aspecto evolutivo y a diferentes legislaciones, vemos que en el Derecho Romano, el estupro era el acceso carnal de un hombre sin usar violencia, con mujer doncella o viuda de buena fama. En el Derecho canónico, el estupro es el concubito entre soltero y soltera virgen, o viuda honrada, sea voluntario o forzoso. La Ley de Leovigildo, de los visigodos, establecía que si el estuprador era hombre libre, se volvería esclavo de la víctima; si el agente era esclavo se le quemaba en el fuego" (41)

En la antigua legislación de Inglaterra, el estupro se castigaba con

39.- Carrancá y Rivas, Raul. Carrancá y Trujillo, Raúl, Op. Cit., pág. 691

40- González, Francisco. Op. Cit. pág 359.

41.-Porte, Celestino Op.Cit. pág.130.

pena de muerte, cambiándose después por castración y pérdida de ambos ojos.

“En la legislación Italiana, no se hace distinción de sexo con respecto a l pasivo del estupro; pero la Brasileña, que se refiere específicamente a la mujer como víctima, introduce como requisito que el acceso carnal sea mediante la violencia ; lo que significa estar frente al delito de violación en el Derecho Penal Mexicano, “(42)

Para Marcela Martínez Roaro, “la inexperiencia no es desconocimiento de los hechos, tampoco acepta que el objeto jurídico protegido por el estupro sea la seguridad sexual de la mujer inexperta, pues de ser así, la protección no debería tener limite en la edad del sujeto pasivo, sino incluir a todas las mujeres inexpertas ya que tal calidad no es exclusiva de los menores, de dieciocho años. Igualmente la aludida actora propone la derogación de los artículos 262 al 264 del Código Penal para el Distrito Federal” (43)

42.- González, Francisco. Op. Cit; pág. 360

43- Martínez Roaro, Marcela. **Delitos Sexuales**. Quinta Edición. Editorial. Porrúa. S.A.; México 1975, págs.188 – 189

CAPITULO TERCERO

La Violación y sus Características

Respecto a el Delito de violación, se puede decir, que no ha sido manejado adecuadamente por el legislador, por lo que en el presente capítulo lo explicaremos.

3.1. Concepto de Violación.

El reconocido maestro Rafael De Pina, nos define el delito de violación como el exceso carnal obtenido por la violencia física o moral con persona de cualquier sexo sin voluntad. (44)

Mariano Jiménez Huerta, sostiene que comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cualquiera su sexo. (45)

Sebastián Soler señala que el delito de violación es el acceso carnal de uno y otro sexo ejecutado mediante la violación real o presunta. (46).

Celestino Porte Petit afirma que el delito de violación es la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva. (47).

44.- Diccionario de Derecho. Editorial. Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 372.

45.- Derecho Penal Mexicano. Décima Edición. Tomo Tercero. Editorial Porrúa S.A.; México, 1982. pág. 520.

46.- Derecho Penal Argentino. Tomo Tres. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. Argentina, 1951, pág. 345

47.- *Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación*. Editorial Regina. México, 1973. pág. 12.

3.2. Desarrollo Histórico.

La historia nos marca el precedente jurídico que ha venido teniendo el ilícito de violación, en cada uno de los tiempos, etapas y lugares, que a continuación se mencionan.

3.2.1 Egipto

“En este País se castigaba al violador, imponiéndole la pena de muerte o multa, esto variaba si la mujer era viuda o casada.

EN EL CODIGO DE MANU.- Se sancionaba o se castigaba al violador con pena corporal siempre y cuando la mujer ni fuera de su clase social, ni diera su consentimiento, pues en caso contrario no se castigaba al violador”.

3.2.2 Grecia

“En Grecia, al sujeto activo se le sancionaba, con el pago de una multa y la obligación de casarse con la víctima si está manifestaba su consentimiento, en caso contrario se le condenaba a muerte al violador.

LEY DE LOS SAJONES.- Este ordenamiento jurídico, sancionaba al individuo que cometiera el delito de violación, con una multa misma que era disminuida si concebía la víctima”.

EDICTO TEODORICO.- El dispositivo legal en cuestión, imponía la obligación al violador de contraer matrimonio con la mujer violada y si era noble debería entregarle la mitad de sus riquezas”.

3.2.3 Inglaterra

“En este lugar, Guillermo el Conquistador, impuso para el delito de violación, la pena de castración, para que el que incurriera en dicho ilícito”.
(48)

Celestino Porte Petit al respecto nos explica que: “Primeramente encontramos que en el Fuero Juzgo, se trata a la violación en el Libro Tercero, Título Segundo y establece en su primera ley que si la mujer perdió su virginidad aquél que la violó no debe casarse con ella recibiendo en castigo cien azotes delante de todo el pueblo y era dado por siervo al padre de la víctima.

En la Ley Segunda, se castigaba con pena de muerte al que cometiera el delito de violación y a la victima de éste en el caso de que llegara a casarse.

En la Tercera Ley, se castigaba al violador cuando la victima se hallaba comprometida en matrimonio o era casada, a ser siervo del prometido o esposo.

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

48.- González, Alberto. Op. Cit., pág. 173.

En la Octava Ley, se castigaba con pena de decapitación al siervo que violaba a una mujer libre.

Por otra parte, el fuero en su Libro Cuarto, Título Décimo, Leyes Primera, Segunda y Cuarta castigaba con la pena de muerte a la violación de mujer soltera, y la cometida por varios individuos con una mujer, cualquiera que fuera su condición, clase y religión que profesara. En el caso de ser varios lo que raptasen a la mujer, siendo solamente uno el que cometiera la violación, los demás debían pagar una multa, la mitad para el Rey y la mitad para la mujer violada.

Así mismo encontramos que en las leyes de las partidas, en su Título Veinte, Partida Séptima, trata de la violación, y dice la Ley Primera que; "el que fuerza a una mujer virgen, casada, religiosa o viuda, que viva honestamente en su casa, comete un error muy grande por dos razones:

a). Porque la fuerza es hecha sobre persona que vive honestamente.

b). Es que fuerzan una grande deshonra, así pues que conforme a derecho, deben ser escarmentados los que hacen fuerza de las cosas ajenas y más escarmiento deben recibir los que fuerzan a las personas.

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

La Tercera Ley Señala, la penalidad para el delito de violación y dice que robando un hombre a una mujer de buena fama, virgen o casada o yéndose con alguna de ellas por la fuerza; además de pasar todos los bienes del violador a la mujer que forzó, puede la víctima si lo desea, casarse con el que la robó o forzó, no habiendo marido, si la robada o forzada fuera religiosa, entonces todos los bienes del forzador deberían pasar al monasterio de donde la sacó". (49)

3.2.4 México

Como antecedente histórico, diremos como conceptuaban, al delito de violación los siguientes ordenamientos:

a).- El Código Penal de 1871 establecía:

Artículo 795.- Comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta sea cual fuere su sexo."

b).- El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, señalaba en el:

"Artículo 860.- Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo."

c).- El Código Penal para el Distrito Federal de 1931, antes de la reforma del día 30 de diciembre de 1983,

49.- Porte, Celestino. Op. Cit., pág. 14.

definía la violación de la siguiente forma:

"Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil o cinco mil pesos, si la persona ofendida, fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos."

d). Por decreto de fecha 30 de diciembre de 1983 publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, y que entró en vigor a los 90 días de su publicación, fue reformado dicho artículo, para quedar como sigue:

"Artículo 265. 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. Si la persona ofendida fuere impúber la pena de prisión será de seis a diez años". (50)

Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1997, se reformaron los artículos 265, 266 del Código Penal para el Distrito Federal, asimismo se adicionó al primer artículo en cita, el 265 – bis, siendo estas disposiciones las que actualmente contemplan todo lo relativo al delito de violación, por lo que a continuación se transcribe:

50.- Porte, Celestino. Op. Cit., pág. 123.

“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.”

“Para los efectos de éste artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal y oral, independientemente de su sexo”.

“Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por la vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere su sexo del ofendido.”

“Artículo 265 Bis. Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.

Este Delito se perseguirá de querrela de parte ofendida.

“Artículo. 266. Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;

II Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, y

III Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa ni pueda resistirlo, sea cual fuere su sexo de la víctima.

Si se ejerciera violencia física o moral el mínimo y el máximo de la pena se aumentará en una mitad”.

El artículo 266 bis por su parte señala:

“Art. 266. bis. Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y su máximo, cuando:

I.-El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II.-. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la

patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciera sobre la víctima;

III.-El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene el ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

3.3. Elementos que la Estructuran.

Por lo que respecta a este tema, realizaremos un somero estudio de los elementos que constituyen este ilícito, con el objeto de determinar la trascendencia estructural de cada uno de ellos.

3.3.1. Violencia Física o Moral.

Atendiendo a la gramática, violencia significa entre otras acepciones, fuerza intensa, impetuosa, abuso de la fuerza, coacción ejercitada sobre una persona para obtener su aquiescencia en un acto jurídico, en un sentido figurado significa según el pequeño Larousse, es violar a una mujer.

El citado Maestro Rafael De Pina, nos ha manifestado que violencia "es la acción física o moral lo suficientemente capaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce dicha acción". (51)

Luis Jiménez de Asúa, sostiene que la cópula no reviste en ocasiones indicios de antijuricidad, si no se pone en relación con el medio. "El acceso carnal es una función ajena al derecho punitivo si no va acompañado de violencia". (52)

Raúl Carrancá y Trujillo, nos ha señalado que; Por "cópula se entiende la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente normal de éste. Existe según el mencionado autor cópula "lato sensu" cuando dicha introducción sea en el ano o en la boca. "No se requiere para el coito que el acto carnal alcance su perfección fisiológica, ni la desfloración de la víctima, pudiendo tratarse de una introducción incompleta". (53)

Mariano Jiménez Huerta, establece que: "Por cópula debe entenderse como la unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas." (54)

Dicha unión deberá rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno, requiere el acceso o penetración del dicho órgano en la cavidad bucal, anal y la natural, vaginal.

51.- De Pina, Rafael. Op. Cit. pág. 184.

52.- Jiménez, Luis. Op. Cit. pág. 179.

53.- Carranca y Trujillo, Raúl. Op. Cit. pág. 189.

54.- Jiménez, Mariano. Op. Cit. pág. 201.

El término copula gramaticalmente tiene una acepción mucho más amplia, que permite proyectarla tanto sobre el varón, como sobre la mujer, pues no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser quien penetre al sujeto pasivo, toda vez que, también es posible (aunque sea en menor grado) la violación de una mujer a un hombre.

González de la Vega señala que: "fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura como en los normales". (55)

Continúa el citado autor precisando que: "En su acepción general, la acción de copular comprende los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la vía vaginal y a los anormales, sean estos homosexuales masculinos o en casos no apropiados para fornicación natural, en el delito de violación el elemento material cópula, en que radica la acción humana típica, consiste en cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual-normal o contranatura, con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, del referido acto y con independencia, también de las consecuencias posteriores a la cópula". (56)

Del anterior estudio, se deduce que por cópula debemos entender la unión de dos cuerpos, con la cual podrá configurarse de indistinta forma, en la que sin haber restricción para ello, por consiguiente, la conducta de cualquier persona tendiente a unirse carnalmente con otro va a encuadrar dentro del concepto cópula, pues como el mencionado maestro lo señala la conjunción erótica, no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realiza o al modo como se opere.

55.-De la Vega, Francisco. Op. Cit. pág. 231.

56.-Ibidem. pág. 234.1

Explicado el anterior concepto, a continuación analizaremos los sujetos de la relación jurídica de este delito que son: El sujeto activo y el sujeto pasivo.

En todo delito se presentan dos personas, el que realiza la conducta, llamado sujeto activo y el que recibe el daño causado por la comisión del ilícito penal, denominado sujeto pasivo, este último, tratándose del delito en estudio, puede ser un hombre o una mujer, persona que es titular del derecho quebrantado y jurídicamente protegido, es decir, la libertad sexual así como la integridad corporal, y aun cuando el ofendido es la persona que recibe el daño causado por la infracción penal, generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, (pero a veces se trata de personas diferentes, tal hecho ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es a quien se ha privado de la vida, mientras que los ofendidos son los familiares del occiso.

3.3.2 Sujeto Activo.

Como se sabe, la mayor parte de sujetos activos del delito de violación, son hombres, aunque en el presente trabajo deseo indicar que también puede ser una mujer quien actúa en este especial delito, más aún en la época actual en la que las mujeres (aún siendo afortunadamente muy contadas) suelen perder con mucha facilidad el pudor y por esa razón si es posible que pueden intervenir activamente en el delito de violación.

Casi existe unanimidad respecto a la idea de que el hombre es el sujeto activo en la violación, dada su conformación orgánica.

En relación a este comentario, lo corrobora el tratadista Sebastián Soler cuando dice: "Si el acceso carnal quiere decir entrada o penetración, la mujer está imposibilitada para ser sujeto activo en el delito de violación". (57)

Por su parte, Alberto González Blanco manifiesta que: "El elemento nuclear de la acción descrita en la ley, es tener cópula y tener cópula es una conducta activa y que como la cópula consiste en la introducción del órgano sexual en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que el único que puede llevar a cabo la iniciativa en la cópula es el hombre quien únicamente por su anatomía, dispone de un órgano capaz de introducirlo en un cuerpo ajeno." (58)

3.3.3 Sujeto Pasivo

A diferencia del delito de estupro en el cual la acción debe recaer en mujer casta y honesta, menor de dieciocho años, en la violación el sujeto pasivo puede ser cualquier persona de acuerdo a lo descrito en el artículo 265 del ordenamiento jurídico aludido.

En cuanto a la edad o desarrollo fisiológico, estado civil y conducta anterior del sujeto pasivo no existe ninguna limitación, de tal suerte que las condiciones del sujeto pasivo son indiferentes para la integración del tipo, varones, o mujeres, casado, casada, virgen, soltera, soltero, jóvenes o adultos, de vida sexual deshonesto o impúdica, a reserva de reconocer que las anteriores circunstancias, servirán para la

57.- Soler, Sebastián. Op. Cit. pág. 344.

58.- González, Alberto. Op. Cit. pág. 282.

individualización de la pena de acuerdo con los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

El bien jurídico tutelado en el delito de violación es el normal desarrollo psicosexual, así como también la libertad e integridad sexual de cada ciudadano.

3.4. Diversos tipos de Violación.

3.4.1. Violación Equiparada

Existen dos clases de violación además de la genérica, consistente en la violación equiparada y la violación agravada, previstas estas dos últimas por los artículos 266 y 266 bis del Código Penal para el Distrito Federal, respectivamente, las cuales describiremos a continuación:

El artículo 266 dispone lo siguiente:

“Art. 266. Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

- I.-Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;
- II. AL que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; y
- III. Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento

distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará en una mitad”.

Las cópulas realizadas con impúberes, en que estos prestan aparentemente su voluntad caben en el delito equiparado a la violación; en efecto la impúbertad es aquella temprana edad en que no es apto para la vida sexual externa, de relación, y para los fenómenos reproductores, este estado impide al menor resistir psíquicamente pretensiones lubricas cuyo significado, alcance y consecuencias ignora racionalmente.

La equiparación consiste en comparar dos cosas o personas, considerándolas iguales o equivalentes, por lo tanto el legislador al comparar los tipos penales contenidos por los artículos 265 y 266 del Código Penal para el Distrito Federal, los consideró equivalentes.

Lo antes dicho queda muy claro, en virtud de que el llevar a cabo la cópula con una persona menor de doce años, trae consigo un actuar del sujeto activo del delito evidentemente doloso, pues sin lugar a dudas puede generar en la mente del sujeto pasivo conflictos emocionales a futuro y además se está aprovechando de la edad del citado sujeto, para

satisfacer sus instintos que nada tienen que ver con el respeto que merecemos todos los seres humanos.

Por cuanto hace a la cópula con persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, o de resistir la conducta delictuosa, la idea del legislador además de proteger al enfermo mental, es de tipo eugenésico al impedir la posible concepción de los seres o personas anormales por temor a la descendencia degenerativa, más aún el consentimiento proporcionado por el enajenado mental, se estima como no apto jurídicamente.

En otro aspecto es conveniente referirnos a la persona privada de sentido, considerada como aquella quien sufre pérdida más o menos transitoria de la ideación o de la aptitud de violación conciente, sea por causas psíquicas o por patológicas; aquí la cópula se lleva a efecto sin consentimiento.

En relación con la persona que por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir, aquí caben aquellos estados debilitantes extremos, o imposibilitadores de movimientos para defenderse.

Indiscutiblemente que la violación equiparada que se sitúa en la fracción II del artículo 266 del ordenamiento mencionado debería ubicarse en la violación agravada, en virtud de que quien realiza cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; evidentemente es grave su conducta ya que el sujeto pasivo no es capaz de defenderse; ni de

entender los efectos del hecho delictivo y es por esta razón que se considera al tipo penal y concretamente a la fracción II citada en el artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal como una especie agravada de la violación y no equiparada.

3.4.1. Elementos de la Violación Equiparada.

Ampliando este concepto analizaremos los elementos de la violación equiparada, los cuales son:

I.- Realizar cópula con persona menor de doce años de edad.

II.- Realizar cópula con persona sin capacidad de entender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

III.- Ausencia de violencia en ambas hipótesis.

IV Agravación de la pena hasta en una mitad del mínimo y el máximo, si se ejerce violencia física o moral para efectuar la cópula.

3.4.2 Violación Agravada.

Como se desprende de lo anterior, existe una agravación en la última parte del numeral en análisis, no obstante que sostenemos que la segunda parte de la disposición jurídica en estudio se refiere a una violación esencialmente agravada.

Por su parte el artículo 266 bis del Código Penal para el Distrito Federal señala lo siguiente:

“Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas.

II. El delito fuere cometido por una ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o

III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen.

Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene el ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.”

El dispositivo ahora formado agrava la pena en el mismo tipo penal al abuso sexual y a la violación.

La primera fracción agrava la penalidad por tratarse de una violación de tipo masivo, sufrida con una frecuencia inusitada en las grandes

ciudades de nuestro país, sin importar la clase social a la cual correspondan tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo.

La agravación de la violación entre ascendientes y descendientes es totalmente adecuada, por pretender evitar en la posible la desintegración familiar, que en muchos casos inicia en este tipo de ilícitos.

Por cuanto se refiere a la violación entre el hermano y su colateral, es perfectamente comprensible y pudiera ser como un delito posterior al incesto, entre ambos, lo cual traería como consecuencia actos sexuales (cópula principalmente) con violación física o moral.

La violación del tutor contra su pupilo, por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro, es agravada, por constituir un ataque en extremo, que conlleva traumas psíquicos y afectan el desarrollo psicosexual de la víctima, por sufrir el ataque por quien tiene el deber de respetar y proteger cabalmente al sujeto pasivo del delito.

Consideramos muy adecuada la sanción al sujeto activo de la violación agravada consistente en la pérdida de la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciera sobre la víctima, entendida la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones legales impuestas, y otorgadas a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad, así mismo la tutela se concibe como la institución que tiene como fin la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad; por lo anterior, pensamos muy correcta la agravación de la pena en esta especie de violación.

El aumento de la sanción a los servidores públicos o profesionistas que cometan violación agravada, así como la destitución del cargo o empleo, o suspensión por cinco años en el ejercicio de la profesión, resulta muy justa, toda vez que tanto el servidor público como el profesionista están obligados a respetar a los subordinados o a sus clientes y al cometer el delito de violación, faltan a dicho respeto, causándoles a sus víctimas daños, que en algunas veces son de carácter irreparable.

Resulta justa la agravación de la pena en el delito de violación para el sujeto activo del ilícito, quien tiene al sujeto pasivo bajo su custodia, guarda o educación o aprovecha la confianza en él depositada, en virtud de que quien tiene en custodia a una persona está obligado a cuidarlo porque quien le otorgó tal custodia, tiene plena confianza de que lo hará correctamente y al cometer en su persona delito de violación, traiciona la fe de quien decidió dar en custodia a una persona pensando que el custodiado estaría siempre bien protegido.

CAPITULO CUARTO

El Dictamen Legista y su Importancia en el Delito de Violación.

Es importante señalar, que la Medicina Legal es una disciplina creada por el interés práctico de la administración de justicia, en que las Ciencias Biológicas y las Artes Médicas contribuyen, entre otras, a dilucidar, o resolver sus problemas de los órdenes biopsicológico y físico-químico en la aplicación de la Ley, por lo tanto, a continuación señalaremos brevemente una semblanza de la medicina forense.

“Hacer Historia es recordar a los que nos precedieron, es darnos cuenta del progreso y evolución de cualquier rama del saber humano; con justísima razón, Augusto Comnte dijo: “no se conoce bien una ciencia si no se conoce su Historia”.

Por lo que toca a la Medicina Legal, su progreso y evolución en todos los países siempre ha estado en consonancia con los de la Administración de Justicia, y ésta a su vez bajo la dependencia de las ideas imperantes de cada época”. (59)

“La Medicina Legal en los tiempos antiguos era desconocida. Es necesario llegar a Numa Pompilio para tener conocimiento de mandatos, en los que ordenaba a los médicos hacer examen de mujeres embarazadas que morían; lógicamente podemos pensar que tal ordenamiento implica en sí, una pericia.

59 Martínez Murillo, Salvador. **Medicina Legal**. Décima Cuarta. Edición. Editorial Librería de Medicina. México, 1972, pág. 2.

En 1209, el Papa Inocencio III expidió un decreto, en que se exigía a los médicos visitar a los heridos, previa orden judicial. En la Edad Media, la Medicina tuvo algunos progresos, pero por lo que hace a la Medicina Legal, ésta solo intervino en casos de lesiones causadas por violencia, no teniendo más finalidad que procurar indemnizaciones de orden económico.

En el siglo XV se comenzaron a hacer peritajes médico legales en caso de abortos, infanticidios, homicidios, etc. En 1575, Ambrosio Paré, médico francés, publicó la primera obra de Medicina Legal, considerándosele por ello, como el fundador de la materia.” (60)

“En 1603, Enrique IV confió a su primer médico la organización de lo que hoy podríamos llamar Servicio Médico Legal, ya que para el efecto, se nombraron dos peritos médicos en todas y cada una de las principales poblaciones del reino.

En 1651, Pablo Zacchías, notable médico forense del Tribunal de la Rota, publicó su obra magistral titulada “Cuestiones Médico Legales”, en donde pueden apreciarse brillantes conclusiones de orden médico legal.

“En los siglos XVI y XVII, la Medicina Legal adquiere carta de ciudadanía, pues comenzó a ilustrar con más seriedad a la Administración de Justicia, aunque ésta bases empíricas. Fue necesario que Orfila, Devergie Tardieu, Brouardel, Hencke, Renard, Van Hassolt, Penrose, Smith, Webster, Gromev, Pirogoff, Plaksin, Barzelloti, Puccionotti, Lombroso, Vucetich, Martín, Bartillon, Vivert, Thoinot, Laccasagne, Mata,

60.- Ibidem. pág. 3.

Lecha Marzo, Nerio Rojas, Ruíz Ergozain, Higaldo Carpio, etc. etc., le dieran base científica.

Los trabajos de Purkinje, Galton, y Vucetich sobre Dactiloscopia, los de Devergie y colaboradores sobre investigaciones osteológicas; los de Uhtenthat, Meyes, y Van Deen, Teichmann, Lecha Marzo, sobre manchas de sangre; los de Quenu y Delbet, Cannon y Bayliss sobre la teoría de la toxemia traumática; los de Grehant, Haldane, Mosso etc., sobre el monóxido de carbono; los de Rutherford sobre radiaciones; los de Ascheim Zondek, Fiedman, Weimann, Hogben, etc., sobre pruebas biológicas para diagnóstico precoz del embarazo, etc. etc., nos dan clara idea del adelanto científico alcanzado. "(61)

En la actualidad, es estudio de la Medicina Legal se exige en todas las facultades de Medicina y Jurisprudencia. Por lo que maestros de gran valía la imparten con dedicación y cariño; además de acuerdo con los adelantos jurídicos y médicos de la época se investiga y se resuelven nuevos problemas de orden médico-legal.

"Por lo que toca a la Medicina Legal en México, era lógico que ejercieran gran influencia en ella las culturas extranjeras como la española, francesa, alemana, italiana, etc. Al fundarse en México el Establecimiento de Ciencias Médicas, y crear la cátedra de Medicina Legal, sus maestros no escaparon a esta influencia. El primer titular, fue don Agustín de Arellano, quien tomó posesión de la cátedra el 27 de noviembre de 1833, siguiéndole después en ella, Liceaga, Duran, Lucio, Robledo, Espejo. En

61.- Quiroz Cuarón, Alfonso. "**Medicina Forense**". Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, pág. 17

agosto de 1833 tomó la cátedra Jové y Febles, quien impresionado por la escuela española, representada en esa época por Mata y Peyró Rodrigo, la impone, para dejarla poco después y seguir con la alemana de Casper y terminar con la francesa de Briand y Chaudé.

De lo anterior se colige que en los maestros de esa época, no había una orientación definitiva, ni menos se pensaba en crear una Escuela Mexicana. Toca en suerte al maestro don Luis Hidalgo y Carpio, sentar las bases: para ello estudia con empeño todo lo escrito en su época sobre Medicina Legal, saca provecho, hace observaciones personales, y cuando en 1868 entra a formar parte de la comisión encargada de formular el Anteproyecto del Código Penal de 1871, consiguió imponer su amplio criterio en todo lo relacionado con temas de orden médico legal. En su época de heridas leves y graves, estas últimas por esencia o accidente, este auto confundía tanto el daño causado al herido, que ameritada sanción penal, y el que recibían los intereses del propio herido, que ameritaban sanción civil, Hidalgo y Carpio insistió, y consiguió, separar el daño causado a la persona y el sufrido en sus intereses. En su tiempo igualmente se exigía a los médicos desde el primer reconocimiento, que determinarían definitivamente el resultado de la lesión: Hidalgo y Carpio consiguió que no se exigiera desde el principio la clasificación definitiva de la lesión, sino que se diera de momento una provisional, y cuando sanara o muriera el individuo, se diera la definitiva. Los bandos de 1777, 1793 y 1794, que prácticamente subsistieron hasta la caída del Impero de Maximiliano, imponían severísimas penas (prisión o inhabilitación) a los médicos que no concurrieran sin tardanza y aun sin llamado expreso, a atender heridos o enfermos; Hidalgo y Carpio terminó con ello, como

terminó, también, con la revelación sin causa justificada de secretos adquiridos en el ejercicio de la profesión. Señaló igualmente lo que debemos entender por lesión, definición que aun subsiste en el Código Penal, en colaboración con Ruíz Sandoval quien publicó en 1877 un compendio de Medicina Legal, que encierra el claro concepto que se tenía sobre la materia. Por todo lo anterior debemos considerar a Hidalgo y Carpio como el fundador de la Medicina Legal en México. Posteriormente han ocupado esta cátedra en la Facultad de Medicina: Ramírez de Arellano García, Castillo Nájera, Gutiérrez Torres Torija, Gilbón Maitrit, Millan, Martínez Murillo y Pérez Aragón". (62)

"La Medicina Legal está en íntima relación con la Anatomía, con la Fisiología, con la Biotipología, con la Patología, con la Química, con la Obstetricia, con la Psiquiatría, etc. Pero no es la Anatomía, ni la Fisiología, ni la Patología, ni la Biotipología, etc., y sin embargo es necesario tener amplios conocimientos de estas materias para su aplicación oportuna en casos concretos.

"La Psiquiatría merece especial atención, porque es ella la que nos ayuda a entender mejor las manifestaciones anímicas de los individuos, a la investigación de algunas causas por las que el individuo ha delinquido, a conocer mejor ciertos factores etológicos de la criminalidad, de suma importancia en los órdenes Médico y Social. El estudio de la Biotipología nos es también útil porque nos ayuda a conocer mejor al delincuente.

62.- Ibidem. pág. 180.

Pero, ¿qué debemos entender por Medicina Legal?. Para Casper, la Medicina Legal es: "El arte de periciar los hechos de las Ciencias Medicas para auxiliar a la Legislación y Administración de Justicia"; para Mahón y Foderé: "El arte de aplicar conocimientos y preceptos de las diversas ramas principales y accesorias de la Medicina, a la composición de las Leyes y a las diversas cuestiones de Derecho, para ilustrarlas e interpretarlas convenientemente"; para Ferrer y Garcés: "Medicina Legal es la suma de conocimientos médicos y otros auxiliares necesarios para dilucidar y resolver algunas de las cuestiones comprendidas en la Jurisprudencia Civil, Criminal, Administrativo y Canónica"; para Brunelle es: "El conjunto sistemático de todos los conocimientos físicos y médicos que pueden dirigir a los diferentes órganos de Magistrados, en la aplicación y composición de las leyes"; para Marc: "La aplicación de los conocimientos médicos a los casos de procedimientos Civil y Criminal dilucidables y por aquella"; para Orfila: "El conjunto de conocimientos; médicos propios para ilustrar diversas cuestiones de Derecho y dirigir a los legisladores en la composición de las leyes"; para Adelon: "La Medicina considerada en sus relaciones con la existencia de las Leyes y la Administración de Justicia"; para Schurmeyer: "La ciencia que enseña el modo y los principios como los conocimientos naturales y médicos adquiridos por la experiencia, se aplican prácticamente y conforme a las leyes existentes para auxiliar a la Justicia y descubrir la verdad". (63)

"En la actualidad, la Medicina Legal es ciencia y es arte. Ciencia cuando investiga fenómenos psicológicos, y arte cuando proporciona principios técnicos para actuar. Algunos consideran impropio el nombre de

63.- Martínez, Salvador. Op. Cit. pág. 5.

Medicina Legal, piensan que sería más correcto llamarle "Medicina Forense" o "Biología Jurídica", o "Antropología Médica", o "Jurisprudencia Médica", "Medicina Judicial", etc. esto, teniendo en cuenta las tendencias modernas. Nosotros la seguiremos llamando Medicina Legal, porque con este nombre es universalmente conocida, sin olvidar que la Medicina Legal debe tener dos aspectos:

I. Como cuerpo de doctrina y materia de aplicación para el médico general, y

II. Como especialidad, creando en este último caso un Instituto Médico Legal que tenga íntimas conexiones con las autoridades administrativas del Distrito Federal y Territorios (sic), y con la organización judicial de este Distrito y de toda la República". (64)

Por otra parte y en palabras del maestro argentino Nerio Rojas, señala que es una ciencia que sirve de unión a la medicina con el derecho y, recíprocamente, aplica a una y otro las luces de los conocimientos médicos y jurídicos.

Por lo tanto, se puede definir a la Medicina Legal, como la especialidad médica que reúne todos los conocimientos de la medicina que son útiles a la administración de justicia, teniendo como sinónimos medicina forense, medicina jurídica, jurisprudencia médica y medicina del derecho.

64. - Ibidem. Pág. 5

4.1 El Dictamen Pericial

4.1.2 Concepto de Perito

El maestro Guillermo Colín Sánchez, señala: "Perito es toda persona, a quien se atribuye capacidad técnico-científica, o práctica en una ciencia o arte.

Pericia es la capacidad técnico-científica, o práctica, que sobre una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito.

Peritación, es el procedimientos empleado por el perito, para realizar sus fines.

Peritaje, es la operación del especialista, traducida en puntos concretos, en inducciones razonadas y operaciones emitidas, como generalmente se dice, de acuerdo con su "leal saber y entender", y en donde se llega a conclusiones concretas". (65)

Para Juan Ramírez Gronda, nos define al "Perito" como,. Es la persona competente en determinado orden de conocimientos, llamada a emitir dictamen sobre algún punto que debe dilucidarse". (66)

65.- Colín Sánchez Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**. Décima Sexta Edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1995, pág. 282.

66 - Diccionario Jurídico. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1988, pág. 74.

Por su parte el Doctor Salvador Martínez Murillo en su obra Medicina Legal, nos explica lo siguientes respecto al perito:

Muchas veces, en la secuela de un proceso, los Jueces se encuentran con frecuencia ante problemas cuya resolución se apoya en conocimientos especiales, recurriendo a los peritos, en nuestro caso a los peritos médicos; pero ¿cualquier médico puede ser un buen perito?, no. Para ser buen perito se necesita preparación especial, criterio especial, que el médico general no puede tener; por esto, Vivert con justicia dijo: "El médico familiarizado con el estudio de la Medicina Legal evita faltas y además, llega a adquirir un hábito mental que en una de las cualidades principales del perito; saber distinguir en una cuestión lo que está enteramente demostrado, de lo que es probable, incierto o dudoso, explicar en una fórmula clara y precisa conclusiones que corresponden exactamente a la opinión que se desprende del examen razonado de los hechos.

El no omitirá, como lo hacen algunos médicos encargados accidentalmente de una misión judicial, acepciones tan llenas de restricciones y de reticencias que ellas no significan, siendo imposible al juez saber en que sentido dictaminar". Es por esta razón que las dependencias oficiales tienen sus peritos médicos oficiales, aunque esto no quiere decir que no puedan actuar como peritos, médicos particulares".

"Un buen perito necesita aprender a no olvidar que muchas veces las cosas mas sencillas resultan ser las mas complicadas; mirar siempre con atención, y lo que se mira, verlo bien, jamás hacer hipótesis; proceder

siempre con orden, con método, ser siempre prudentes, imparciales y serenos en nuestros juicios; no dejar nada a la memoria, anotar con toda claridad los datos que vayamos obteniendo, así nos evitaremos de incurrir en penosos olvidos, y cuando el asunto ofrezca serias dificultades, retener nuestro dictamen, volverlo a estudiar serenamente, y si después de este estudio, ayudados en casos difíciles por otros peritos, las conclusiones nos parecen correctas, enviarlo a la autoridad competente; y cuando se opere ante autoridades o familiares, debemos ser todavía más prudentes, no externando las impresiones que el caso nos produzca, ya que estas primeras impresiones pueden variar en el curso del trabajo pericial, y el resultado bien puede ser opuesto a lo vertido precipitadamente. En resumen, la función pericial requiere tres condiciones: Preparación Técnica, Moralidad y Discreción”.

“En un peritaje es necesario decir la verdad, pero para decirla, primero es necesario encontrarla (Preparación Técnica), y después, querer decirla (Moral Médica)”.

“El juez debe pedir por escrito el punto, o, puntos que sobre los cuales debe dictaminar el perito, y éste está obligado a contestar con claridad y precisión a dichos puntos”.

“Pero, ¿qué valor tiene para el juez nuestro dictamen para castigar el daño?. Nuestros dictámenes crean obligatoriedad, pero siempre implican una pericial que se valorará por el juez tomando en consideración los demás datos del caso”.

"Nuestros dictámenes deben concretarse únicamente a señalar el DAÑO, el juez JUZGA, pero sin olvidar que los dictámenes deben despertar en el juez animo de convicción, y para obtenerla, deber estar bien fundado, además de ser claros y preciso".

"Un buen perito debe recordar siempre que de sus decisiones dependen muchas veces el honor, la fortuna, el porvenir y en algunas ocasiones hasta la vida de un individuo; por lo tanto, el perito no debe mentir nunca, no dar por cierto un hecho que ignora, no proceder con ligereza, no certificar un hecho falso, porque expone a errores a la administración de la justicia; recibiendo en cambio, como pago de su falsedad, el desprecio de aquellos mismos a quienes creyó hacerles un beneficio, y cuando no se encuentre apto para peritaje, es mejor excusarse pues de otra manera hará algo que otra más capacitada lo hubiera hecho mejor. El perito debe ser honesto, imparcial, tener carácter para apartarse de posibles intereses creados, ser sordo ante las amenazas, cohechos, etc., no oír más voz que la de la ciencia y su conciencia; que la balanza de la justicia se incline siempre a la razón, a la verdad y cuando ya se haya dictaminado sobre un caso en lo particular y sea menester que otros peritos dictaminen sobre lo mismo, no dejarse impresionar por los juicios ajenos, así sean dictados por personas cuya respetabilidad profesional sea indiscutible; debemos conservar toda la independencia en nuestro juicio, y si coincide o no con lo anterior, eso dependerá del resultado de nuestras observaciones, de nuestros estudios especiales, pero nunca menospreciar juicios anteriores, y no olvidar que no debe externar sus dictámenes emitidos, con excepción de la autoridad que lo eligió para dicho dictamen".

“Los peritos, según las normas jurídicas, están investidos de doble carácter, el de ser funcionarios judiciales y el de ser testigos; como funcionarios judiciales su ministerio es obligatorio; si no hay una causa legítima de excusa, o de recusa, como testigos están comprendidos en las mismas normas legales. Pero una vez llenados todas las formalidades legales, deben obrar con diligencia en sus investigaciones, pues la demora puede hacer perder datos de suma importancia. Lo primero que debe tener presente es no olvidar ningún detalle, aunque a primera vista parezca sin importancia; pues si los omitimos, en la secuela del proceso puede adquirir suma importancia. Por lo tanto, nuestros exámenes deben practicarse minuciosamente, siempre llevando orden y método; en persona viva el examen debe practicarse de forma que no dañe al paciente provocando complicaciones, o se desnaturalice el existente. (67)

4.1.3 Noción de Peritaje.

En relación a este punto, es conveniente referirnos previamente a lo que es un certificado, o dictamen, en este aspecto el certificado o dictamen quiere decir: “dado por cierto”; “es cierto tal o cual cosa”; es una atestiguación oficiosa, pero siempre debe contener la expresión de la más escrupulosa verdad; por esto, los certificados en ciertas circunstancias tienen enorme trascendencia, por lo tanto se debe cuidar el alcance de su redacción”.

“El dictamen es una opinión fundada; debe constar de: Preámbulo, parte expositiva, discusión y conclusión”.

67.-Martínez, Salvador. Op. Cit. págs. 6-8.

“El preámbulo sirve de encabezamiento: nombre de los médicos, motivo del peritaje, etc.”.

“La exposición es la parte descriptiva de todo lo comprobado, expuesto con detalles y método”.

“La discusión en algunos casos carece de importancia por la claridad de los hechos, pero en otros casos la tiene y mucha, porque es adonde se analizan, se interpretan, y se exponen razones científicas, que llevan la convicción al juez”.

“La conclusión es la síntesis de la opinión pericial, es donde se responde categóricamente a las preguntas hechas. Los dictámenes no deber ser ni tímidos ni atrevidos, pero siempre deben estar bien fundados”.

“En los peritajes, la ley ordena que sean dos peritos los que intervengan en el acto, en los juicios de insania mental, estos peritos deben estar especializados en psiquiatría”.

Una vez nombrados los peritos, estos pueden aceptar al cargo, excusarse o ser recusados, todo esto dentro de las normas establecidas por la ley. La falsedad en los peritajes constituye delito previsto por el Código Penal (artículos 244, 246 y 247)”. (68)

68.- Martínez, Salvador. Op. Cit., págs. 8-9

4.2 La Importancia del Dictamen Pericial respecto de la Copula en el Delito de Violación.

El autor Martínez Murillo destaca diversos aspectos en lo relativo a las diferentes lesiones que se pueden producir en la víctima al cometerse el delito de violación, las cuales son:

4.2.1 Lesiones Traumáticas Genitales

“Las estadísticas demuestran que la consumación de estos delitos es más frecuente en jovencitas; violaciones de niñas de menos de diez años son excepcionales y cuando éstas llegan a efectuarse, se aprecian en sus órganos genitales graves lesiones, como desinserción de la vagina, ruptura de los fondos de saco, ruptura del perineo, etc.; la víctima por lo regular sucumbe por peritonitis sobreaguda.

4.2.2 Lesiones Traumáticas Extragenitales

“Las lesiones traumáticas extragenitales que encontramos, son de gran valor, pudiendo consistir en equimosis de la cara interna de los muslos, o contusiones en diferentes partes del cuerpo; escoriaciones dermoepidérmicas en la cara, muy especialmente alrededor de la boca y nariz, lo que nos indica la aposición de las manos del victimario para evitar los gritos de la ofendida; mientras más lesiones encontremos, éstas nos demostrarán los esfuerzos que el violador o violadores hicieron para la consumación del delito.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

“Cuando la violación se comete con una mujer que tenga íntegro su himen, pero se produce la desgarradura del mismo; hay desfloración.

“Muy frecuentemente se dice: “la membrana del himen”, olvidando que himen ya significa membrana.

“La introducción del miembro viril en la vagina, produce una desgarradura, siempre y cuando no se trate de un himen complaciente o coroloforme, pues en este caso puede introducirse el pené sin producir desgarradura, probabilidad que es necesario tener en cuenta en nuestros peritajes medicolegales.

“También en nuestros peritajes debemos recordar que el himen puede presentar escotaduras, pero estas escotaduras nunca llegan a la base, cuando no ha habido cópula, pues si la ha habido, o se ha introducido en la vagina un agente de diámetro regular y endurecido, todas llegan a la base, formándose las carúnculas mirtiformes. En el primer caso, en manos indoctas, podría pensarse en un himen desflorado, cuando en realidad ese himen está íntegro; se han confundido estas escotaduras con las carúnculas.

“Recordando Anatomía, sabemos que el himen es un tabique incompleto entre el conducto vaginal y la vulva, aunque en casos muy raros es completo, (hímenes imperforados).

“El himen es horizontal cuando la mujer está de pie y vertical cuando se encuentra en decúbito dorsal.

“Cuando el himen está recientemente desgarrado, los bordes de las desgarraduras, si se tocan con una torunda de algodón en los primeros días, sangran; después se forma una capa protectora de fibrina y aparecen blanquecinos, pero si en ellos se hace mayor presión y se frotan con una torunda de gasa o algodón, sangran; después poco a poco van cicatrizando estos bordes, dando lugar a las carúnculas mirtiformes. En nuestros peritajes médico-legales es necesario señalar el número de desgarraduras y el número de las carúnculas mirtiformes, en caso de que estén formadas.

“Por lo tanto, la desfloración puede apreciarse en los primeros días: pasados quince días no podemos afirmar que la desfloración es reciente.

“Otro dato valioso que debemos tener en cuenta en este delito, es el contagio venéreo, (cuando lo hay), como posible comprobación de cópula, quedando el problema médico-legal de decir quién infectó a quién. Sin embargo, en lo general, aquél que tenga el padecimiento más activo es el infectante y no el infectado, (blenorragia, sífilis).

“Un indicio importante de que hubo ayuntamiento carnal, es el posible embarazo de la mujer. Si el examen de la víctima se hace poco tiempo después de la supuesta violación, es de suma importancia el estudio de las manchas de semen que pueden encontrarse en los músculos, vagina, ropa de la ofendida, etc., y en las ropas, muslos pelos, del pubis, etc., del inculpado.

La violación durante el sueño, en mujer casada es posible; cuando la mujer es doncella, es casi imposible; en cambio, durante la hipnosis es fácil cometerla, así como en los estados paráliticos, comatosos, sincopales, etc. Debemos tener en cuenta que muchas mujeres histéricas, creen haber sido violadas durante la anestesia, cuando en realidad sólo se trata de ensoñaciones eróticas." (69)

Cabe señalar, que la capacitación de los peritos en materia medico-legal es de gran importancia, toda vez que siendo mayor o más amplio su conocimiento respecto de la materia, es totalmente lógico que su opinión profesional llamada peritaje, sea más apegada a la verdad legal que se busca en todo proceso jurisdiccional.

Estos aspectos nos demuestran con claridad la gran importancia que reviste el dictamen medico-legal en la determinación de la cópula en el delito de violación, ya que la realización de ésta, es un elemento sine qua non (sin el cual no) puede establecerse la integración de la figura delictiva en comento; y por lo tanto, con el dictamen puede llegar a dar como resultado la existencia del ilícito, la responsabilidad penal de un sujeto, o bien, la no reprochabilidad de esa conducta, así como presentarse una reclasificación del delito en otro tipo penal en base a la conclusión que se elabore en la determinación pericial.

Por lo tanto, es determinante concluir que el médico legista desempeña una labor muy importante en el auxilio de la ciencia jurídica, toda vez que sin su aprobación médica en cuanto a la

69.- Martínez, Salvador. Op. Cit. págs. 273-275.

demostración del elemento típico denominado cópula, no sería posible establecerse la comisión del delito de violación, así como la responsabilidad penal de un individuo en su comisión; de tal forma que, la impartición de justicia no contaría con los elementos necesarios para ejercer su tarea jurisdiccional en contra de los delincuentes sexuales, pero con la colaboración de los peritos estas conductas antijurídicas pueden ser sancionadas por el órgano jurisdiccional.

4.3. Consideraciones

En relación a este punto y sobre todo al estudio realizado en el presente trabajo de investigación, considero pertinente transcribir al texto, un dictamen emitido en la practica con la finalidad de robustecer la importancia que tiene el dictamen pericial en el delito de violación, así como la estructura con que cuenta, del cual se desprende los diversos exámenes que se le practican a la persona.

**DIRECCION GENERAL DE SERVICIOS
PERICIALES.**

SERVICIO MEDICO FORENSE

AVE. PREVIA No. 46*/DS/61/00-02

LLAMADO No. MH 2486

**ASUNTO: SE RINDE DICTAMEN DE
EXAMEN DE INTEGRIDAD
FÍSICA, GINECOLÓGICO Y
PROCTOLÓGICO.**

**C. AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO.
ADSCRITA A LA 46 AGENCIA INVESTIGADORA
ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES
DELEGACIÓN MIGUEL HIDALGO
TERCER TURNO
P R E S E N T E:**

La suscrita Perito Médico adscrita a esta Procuraduría, en virtud de la designación hecha al efecto por el C. Director General de Servicios Periciales he sido designada para examinar a CECILIA PEREZ CONTRERAS en atención al llamado citado al rubro:

El resultado es el siguiente:

Siendo las 03:00; del día de la fecha tuve a la vista a quien responde al nombre de CECILIA PEREZ CONTRERAS y quien refirió tener 43 años de edad.

A la exploración física general se observa somnolienta, orientada solamente en persona, lenguaje no bien articulado, respuesta inadecuada a interrogatorio dirigido conjuntivas hiperémicas, reflejos oculares disminuidos, aliento alcohólico, mucosa oral discretamente deshidratada, marcha zigzagueante, romberg positivo con reflejos osteotendinosos disminuido, se observaron las siguientes lesiones al exterior: múltiples escoriaciones dermoepidérmicas en ambos miembros pélvicos midiendo la mayor cinco centímetros y la menor cero punto cinco centímetros de longitud. Talla 1.56 mts. Peso 54.600 Kg.

Al examen ginecológico se observa pubis provisto de vello con genitales externos femeninos, labios mayores cubriendo a los menores y éstos adosados entre sí, horquilla íntegra, himen reducido a carúnculas mirtiformes (restos de himen postparto) sin datos clínicos de embarazo ni de enfermedad por transmisión sexual.

Al examen proctológico glúteos y surco interglúteo sin alteraciones, pliegues anales radiados presentes, sin permitir adecuadamente la exploración.

Nota: Se tomó muestra de exudado vaginal y se envía al laboratorio, el resultado se reportará posteriormente.

CONCLUSIONES: Al momento del examen la que dijo llamarse CECILIA PEREZ CONTRERAS y quien refirió tener 43 años de edad, las lesiones que presenta al exterior son de las que por su naturaleza no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de quince días, si ebría, ginecológicamente restos de himen postparto, pendiente valoración proctológica.

A T E N T A M E N T E

México, Distrito Federal a 25 de febrero del año 2000.

**LA PERITO MEDICO
DRA. ESTELA BOLAÑOS RUIZ.**

**DIRECCION GENERAL DE SERVICIOS
PERICIALES.**

SERVICIO MEDICO FORENSE

AVE. PREVIA No. 46º/DS/61/00-02

LLAMADO No. MH 2505

**ASUNTO: SE RINDE DICTAMEN DE
EXAMEN PSICOFÍSICO, Y
PROCTOLÓGICO.**

AL C. LIC. MARIA TERESA GONZALEZ HERNANDEZ

AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

46º. AGENCIA ESPECIALIZADA EN

DELITOS SEXUALES

DELEGACIÓN: REGIONAL MIGUEL HIDALGO

P R E S E N T E:

La suscrita Perito Médico Forense, adscrita a esta Procuraduría en virtud de la designación hecha al efecto por el C. Director General De Servicios Periciales, he sido encargada de dictaminar en relación a los exámenes citados, según llamado indicado al rubro, a quien dice llamarse CECILIA PEREZ CONTRERAS, quien dice tener 43 años de edad, con talla de 156 mts. y Peso de 54.600 kg..

El resultado es el siguiente:

Siendo las 9:10 horas del día de a fecha en el momento del examen, quien dice llamarse: CECILIA PEREZ CONTRERAS que dice tener 43 años de edad se aprecia conciente, orientada en tiempo, lugar y persona con lenguaje coherente y congruente, reflejos oculomotores y osteotendinosos presentes, coordinación dedo - nariz presente a la exploración del romberg negativo y a la exploración física general se observan las siguientes lesiones, al exterior múltiples escoriaciones dermoepidermicas en ambos miembros pélvicos midiendo la mayor cinco centímetros y la menor cero punto cinco centímetros de longitud.

Al examen proctológico con glúteo izquierdo con múltiples escoriaciones dermoepidermicas siendo la mayor de aproximadamente de cinco cms. Y la menor de medio cm. y pliegue ínter glúteo sin alteraciones, tono del esfínter anal externo disminuido, sangrante, pliegues anales perdidos de las doce a las trece horas comparativamente con la carátula del reloj, mucosa anal hiperemica; se observan hemorroides.

CONCLUSIONES: Quien responde al nombre de CECILIA PEREZ CONTRERAS se encuentra íntegra, proctológicamente con alteraciones producidas por la penetración de un objeto como de mayor diámetro que el orificio anal, las lesiones descritas a nivel general y proctológicamente son de las que por su naturaleza no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de quince días.

A T E N T A M E N T E

México, Distrito Federal a 25 de febrero del año 2000.

LA PERITO MEDICO FORENSE

DRA. ELBA FERNÁNDEZ DE LA BARRA.

De lo anterior, se desprende que dentro del dictamen pericial para determinar el delito de violación, el Médico Legista entre otras cosas realiza diversos exámenes a saber, como lo son: el de integridad física, psicofísico, edad clínica probable, ginecológico, proctológico y peso y talla, con los cuales se apoya para determinar si se dio o no el delito de violación y con ello apoyar al C. Agente del Ministerio Público para la debida integración de la indagatoria correspondiente.

Por otra parte y, gracias a diversos peritos (médicos legistas) me proporcionaron la siguiente información a saber y que en la práctica se lleva a cabo:

Es importante tener presente que en el desarrollo de los peritajes relacionados con el delito de violación, pueden lograrse distintos tipos de muestras, que podrá analizar en forma inmediata y directa el propio perito o enviarse al laboratorio criminalístico, donde serán estudiadas Es este un punto de interés social en el peritaje por el valor que representa.

Las muestras que se toman el delito de violación, son las siguientes:

1.- Material de aspiración vaginal, permite determinar la existencia o no de espermatozoides, el tipo de fosfatasa-ácida o alcalina y el tipo de grupo, cabe recordar que los espermatozoides son móviles hasta 12 horas después de la eyaculación, en vagina, y hasta durante tres o cuatro días pueden permanecer no móviles en dicha cavidad.

Respecto a la tipificación del esperma se tiene que tener presente que las aglutininas ABO, además de secretarse por sangre lo hacen por la saliva, el sudor y el esperma.

La tipificación del esperma, al igual que la realizada por sangre, permite la segura exclusión de eventuales acusados del ilícito. En lo que respecta a la fosfatasa ácida, hay hallazgos hasta dos semanas después de la copula, en cadáveres y es estable en muestras secas durante tres años, por otra parte, la fosfatasa ácida es útil en el caso de estar frente a una eyaculación, azoospermica.

2.- Material obtenido de zona bucal, que se tomara en los casos en la que la supuesta víctima refiera haber recibido una eyaculación en la boca. Se toman muestras por raspadura detrás de los incisivos centrales superiores que son las que producen mayor cantidad de espermatozoides intactos.

3.- Material obtenido de conducto anorrectal. La existencia de esperma, en la zona anorrectal puede evidenciarse en los reconocimientos precoces y se realizan por aspiración directa del material existente, o mediante la practica de un enema de limpieza rectal, investigando en el líquido obtenido.

4.- En todos los casos, se debe tomar una muestra de sangre de la supuesta victima lo cual servirá para tipificar la misma y para determinar la eventual existencia de alcohol, anestésicos, psicodrogas. Por otra parte, servirá también para determinar la subunidad beta HCG. Además deberá realizarse rutinariamente VDRL, tomando para ello una muestra aparte de sangre

5.- Se debe de tomar en forma sistemática una nuestra de orina con la finalidad de realizar un diagnostico de estado anterior de embarazo. Clásicamente se realiza el orthotest, pero su positividad es tardía además de haber falsos positivos y negativos.

Se aconseja como de suma utilidad determinar en forma especifica, directa y cuantitativa la existencia de gonadotropina, corionica humana, (GCH) en suero o plasma, en su subunidad beta. La particularidad de esta determinación radica de que a los siete días, hay una concentración de 10 a 30 mul/ml de subunidad beta de HGC; a la semana de 30 a 300 mul/ml; a la tercera semana de 300 a 3000 mul/ml; a la cuarta semana de 3000 a 15000 mul/ml. Si contamos con este medio de diagnostico preciso completamente distinto al de orthotest, podremos saber si una mujer que refiere ser victima de violación realiza una falta denuncia, habida cuenta

de que se encuentra embarazada, y quiera enmascarar tal situación, además de buscar autorización judicial para la practica de un aborto, o bien, tratarse de una violación, y el embarazo existir previamente, con lo cual el delincuente no será el responsable de la paternidad.

6.- Recolección de pelos, que pueden ser arrancados, cortados o caídos, tanto de la victima, presunta como ajenos a la misma. Dichos pelos se buscarán en el pubis, o se tomarán de las ropas en caso de existir. Los pelos no permiten identificación como la sangre, pero sirven muy bien para su comparación, en caso de ubicarse el presunto autor del ilícito.

7.-No obstante de haberlos referido a la determinación serológica de la sífilis, se debe tomar una muestra de flujo vaginal, en caso de existir, para diagnosticar una eventual contaminación veneria.

8.- En algunas ocasiones, la supuesta victima evidencia mordeduras humanas que se diferencian de las provocadas por animales, por lo que el examen comparativo de la herida, con la dentadura que lo produjo puede señalar al autor o descartar a un sospechoso (odontología forense).

9.- Para el caso de resistencia activa de la victima debajo del borde libre de las uñas, pueden encontrarse restos de piel del agresor o agresores en cuyo caso de tomará una muestra de ello, y se enviará al laboratorio para su diagnostico. Esto constituirá una prueba más de la real existencia de la agresión denunciada.

10.- Por último deberán enviarse al laboratorio las ropas de la presunta víctima y sobre las mismas se practicará una reacción sobre posibles manchas de sangre de esperma, etcétera. Cabe recordar que es útil examinar las prendas de vestir con la luz de WOOD ya que muestra fluorescencia.

4.4. Sugerencias

Como hemos explicado anteriormente, el Dictamen Pericial es de suma importancia para determinar el Delito de Violación, más sin embargo, cabe señalar a manera de sugerencia, que el perito (médico legista) entre otras cosas, debe de tener en cuenta las siguientes condiciones: tener una solvencia científica, integridad moral, objetividad, imparcialidad, metodología, humildad, autocrítica, claridad de exposición, identificación con los objetivos de la justicia, fortaleza moral ante las presiones, las amenazas, las tentaciones, la adulación, los sentimentalismos y los nexos gremiales.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debemos entender por Delito, aquel acto u omisión humano, que al realizarse trae consigo la imposición de una pena prevista por el Código Penal.

SEGUNDA.- Al existir la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad, en cualquier acto u omisión generada por una persona, estaremos en presencia de los elementos jurídicos que constituyen el delito.

TERCERA.- El Código Penal vigente para el Distrito Federal, regula entre otros delitos, los cometidos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, como lo son el Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación, siendo los primeros tres nombrados delitos que guardan estrecha relación con el de la violación.

CUARTA.- Tanto la doctrina como la legislación penal, coinciden en definir que comete el delito de violación el que por medio de violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cualquiera su sexo sin su voluntad

QUINTA.- Jurídicamente podemos entender que el elemento esencial para que se de el delito de violación , es la introducción del miembro viril o cualquier otro elemento o instrumento diferente a este, en el cuerpo de la víctima, ya sea por vía vaginal, anal u oral, no importando su sexo.

SEXTA.- Como ha quedado asentado en el presente trabajo, no es requisito indispensable que exista la violencia física o moral para que se de el delito de violación.

SEPTIMA.- Nuestra legislación penal contempla y sanciona el delito de violación equiparada y agravada y, actualmente la violación entre cónyuges.

OCTAVA.- De acuerdo a lo establecido por la doctrina, la medicina legal también es conocida como medicina forense, biología jurídica, antropología medica, jurisprudencia medica o medicina judicial, la cual se define como: el arte de periciar los hechos de las ciencias medicas para auxiliar a la legislación y administración de justicia.

Actualmente se le considera, como ciencia y arte, ciencia cuando investiga fenómenos psicológicos y arte cuando proporciona principios técnicos para actuar.

NOVENA.- El dictamen pericial es un importante auxiliar en la administración de justicia, toda vez que con base en sus determinaciones y conocimientos (médicos y jurídicos), el órgano jurisdiccional puede llegar a descubrir la verdad jurídica que se busca en todo proceso legal.

Por ende, el perito, es la persona a quien se le atribuye capacidad técnico científica o práctica en una ciencia o arte.

La pericia, es la capacidad técnico-científica o práctica que sobre una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito.

Peritación, es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines y,

Peritaje, es la operación del especialista, traducida en puntos concretos en inducciones razonadas y operaciones emitidas, como generalmente se dice, de acuerdo a su leal saber y entender y a donde se llega a conclusiones concretas.

DECIMA - La importancia del dictamen pericial en la práctica, es con la finalidad de colaborar en el esclarecimiento de aspectos médicos y así poder determinar si se cometió o no el delito.

DECIMA PRIMERA.- Para el Delito de Violación, resulta de suma importancia el Dictamen Pericial (medico – legista) ya que con el se determina si se dio o existió la copula y por ende se establece si efectivamente hubo contacto entre los dos órganos genitales como lo son el pené (hombre) y vagina (mujer).

No obstante de haber un concepto "JURÍDICO DE COPULA", nosotros solamente hacemos referencia, para los efectos de la explicación de nuestra tesis, a la denominada COPULA POR VIA VAGINAL.

DECIMA SEGUNDA.- Debemos recordar, que el núcleo central del delito de violación, lo es la cópula y determinar ésta es la tarea mas importante

del médico legista, en virtud de que si no existen huellas de contacto físico en la vagina, ni alteración morfológica alguna, resulta muy difícil establecer científicamente la existencia de la cópula.

DECIMA TERCERA.- El dictamen médico-legista que se realiza para determinar si existió cópula o no, puede tener como consecuencia que se acrediten los elementos del tipo del delito de violación, y en base a esa comprobación establecer la responsabilidad penal del sujeto activo en la comisión del delito.

O bien, al concluir dicho dictamen pericial determinar que no existió cópula, por lo tanto no se acreditarán los elementos del tipo del delito en comento, y mucho menos la responsabilidad penal del acusado; por otro lado, esta conclusión puede llevar a una reclasificación de la conducta en algún otro precepto legal.

DECIMA CUARTA.- Resulta ser verdaderamente impostergable, contar con verdaderos peritos en la materia, que manejen a plenitud la medicina legal, pues resulta muy común la emisión de dictámenes aiejados de la realidad y de la ética profesional, emitidos por médicos legistas que inclinan la balanza hacia el mejor postor, olvidándose de la obligación que tienen como profesionistas de conducirse con verdad, y más aún en asuntos tan delicados de los que depende la libertad de un individuo, pues no debemos soslayar que comúnmente se "fabrican", inculpados por el soborno, como desafortunadamente ocurre en la impartición de justicia en nuestro país.

DECIMA QUINTA.- El dictamen requiere ser emitido bajo la más absoluta imparcialidad, teniendo como fin primordial la administración de justicia, más allá de aspectos tendenciosos o poco claros, que desvirtúan la función esencial del perito quien debe ser un verdadero auxiliar de quien imparte justicia, a nivel Averiguación Previa o a nivel Proceso.

BIBLIOGRAFIA

1. **AMUCHATEGUI Requena, Irma Griselda.** Derecho Penal. Editorial HARLA, México, 1990.
2. **CARRANCA y Trujillo, Raúl. CARRANCA y Rivas, Raúl.** Derecho Penal Mexicano. 16ª. Edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1993.
3. **CASTELLANOS Tena Fernando.** Lineamientos Elementales del Derecho Penal. 34ª. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1995.
4. **GONZALEZ de la Vega, Francisco.** Derecho Penal Mexicano. 4ª. Edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1994.
5. **GASPAR Gaspar,** Nociones de Criminalística e Investigación Criminal. Editorial Universidad, S.R.L., Buenos Aires, Argentina. 1993
6. **LOPEZ Betancourt, Eduardo.** Derecho Penal Mexicano. 4ª. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1995.
7. Los Delitos en Particular. Editorial Porrúa S.A., México, 1994.
8. Imputabilidad y Culpabilidad, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995.
9. **MARTINES Roaro, Marcela.** Delitos Sexuales. 5ª. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1994.
10. **-PAVON Vasconcelos, Francisco.** Derecho Penal Mexicano. 16ª. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1988.

- 11.-PORTE Petit Candaudap, Celestino. Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal. Tomo I, 16ª. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1994.

- 12.-Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Editorial Regina, México, 1973.

- 13.-VELA Treviño, Sergio. Culpabilidad y Causas de Justificación. Editorial Trillas. México, 1988.

- 14.-VILLALOBOS Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5ª. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1990.

- 15.-VILLAREAL Moro, Eduardo. Apuntes tomados durante el curso de Derecho Penal I. Facultad de Derecho, UNAM, México, 1971.

LEGISLACION

- 1.- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 116ª.**
Editorial Porrúa S. A. . México, 1996.
- 2.- **Código Penal para el Distrito Federal. 4ª.** Edición. Editorial Sista S.
A. de C. V. México .1996
- 3.- **Código Penal para el Estado de México. 6ª.** Edición. Editorial
Porrúa S. A. de México, 1992.
- 4.- **Código Penal para el Estado de Michoacán. 3ª.** Edición. Editorial
Cajica S. A. . México, 1996..
- 5.- **Código Penal Anotado. 18ª.** Edición, Editorial Porrúa S.A., México,
1995.
- 6.- **Colección Penal. 1ª.** Edición, Ediciones Delma. México 1999.