

00781



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

EL DELITO DE VIOLACION

(PROPUESTA DE RECLASIFICACION)

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO
P R E S E N T A:
ÁNGEL ASCENCIO ROMERO

**CON LA TUTORÍA ACADÉMICA DEL
DR. EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT**

297009

MÉXICO, D.F.

2001



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.

THEY SUMMARIZE OF THE THESIS “EL DELITO DE VIOLACION:
(PROPUESTA DE RECLASIFICACIÓN)”

Author: lic. Angel Ascencio Romero
tutor: dr. Raúl Eduardo López Betancourt

The problem subject to doctoral investigation is based in that, being the imposition of the sexual intercourse without consent of the offended one, be by means of the physical coercion or by means of the moral intimidation, in all the contemporary legislations it is punished as violation and it is pursued in an unofficial way because it is attempted against the sexual freedom, since the city council imposed by the force or for coercion it constitutes the maximum it insults when using the violator its physical strength and material in the body of the offended one, annulling this way its resistance.

For such a reason it has been considered to the violation like the but it burdens of the sexual crimes and for the same thing, it turns out to be an exception crime because it is the only of this category that is pursued in an unofficial way, with the exception consigned in the article 265 bis of the penal code. for the above-mentioned it is concern of this investigation work to propose alternative when such a crime is made in women bigger than age, the same as in the case of married and concubines.

The investigation included statistical data of the incidence of this crime as much in Mexico as in United States, relating works were consulted to the topic written by important investigators and jurists and of different companies publishers, what allowed us to arrive to important conclusions and proposals.

The one that concludes that is to say with a proposal of new classification of the crime as for the form in that is pursued, is among the main conclusions of this work he/she intends that two important exceptions settle down to the rule of unofficial persecution of the crime: the that it is pursued at the request of the victim when it is mature woman, once the same one has been meetly tried professionally and it is reported willing to face their violator before the penal procedure; the second exception will be applied to the case that the victim of the violation is the wife or the concubine, this last recently accepted by the incorporate reformation to the article 265 bis of the penal code.

RESUMEN DE LA TESIS "EL DELITO DE VIOLACIÓN:
(PROPUESTA DE RECLASIFICACIÓN)"

Autor: Lic. Angel Ascencio Romero

Tutor: Dr. Rauí Eduardo López Betancourt

El problema sujeto a investigación doctoral se basa en que, tratándose de la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, sea por medio de la coacción física o por medio de la intimidación moral, en todas las legislaciones contemporáneas se tipifica como violación y se persigue de manera oficiosa porque se atenta contra la libertad sexual, ya que el ayuntamiento impuesto por la fuerza o por coacción constituye el máximo ultraje al utilizar el violador su fortaleza física y material en el cuerpo de la ofendida, anulando así su resistencia.

Por tal razón se ha considerado a la violación como el mas grave de los delitos sexuales y por lo mismo, resulta ser un delito de excepción porque es el único de esta categoría que se persigue de manera oficiosa, con la excepción consignada en el artículo 265 bis del Código Penal.

Por lo anterior es preocupación de este trabajo de investigación proponer alternativas cuando tal delito se comete en mujeres púberes, igual que en el caso de casadas y concubinas.

La investigación incluyó datos estadísticos de la incidencia de este delito tanto en México como en Estados Unidos, se consultaron obras referentes al tema escritas por importantes investigadores y juristas y de diferentes empresas editoras, lo que nos permitió llegar a importantes conclusiones y propuestas.

Entre las principales conclusiones de este trabajo está la que concluye con una propuesta de reclasificación del delito en cuanto a su perseguibilidad, es decir, se propone que se establezcan dos importantes excepciones a la regla de persecución oficiosa del delito: la de que se persiga a petición de la víctima cuando se trate de mujer púber, una vez que la misma haya sido convenientemente tratada profesionalmente y se reporte dispuesta a enfrentarse a su violador ante el procedimiento penal; la segunda excepción se aplicará al caso de que la víctima de la violación sea la esposa o la concubina, esto último recientemente aceptado por la reforma incorporada al artículo 265 bis del Código Penal.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Cd. Universitaria, D. F., 2 de junio de 1994.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE GUERRERO
Chilpancingo, Gro.

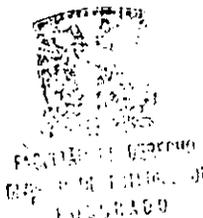
El Lic. Angel Ascencio Romero, estudiante de esta División de Estudios de Posgrado, ha concluido una investigación que realizó con el propósito de escribir una tesis y optar por el grado de Doctor en Derecho, con el tema "El delito de violación; propuesta de reclasificación". En la orientación del trabajo de Ascencio Romero fue tutor académico el Dr. Eduardo López Belancourt; como este distinguido Maestro está en el periodo sabático, el suscrito hará la revisión final de la investigación de Ascencio para entonces, seguramente, autorizarlo a presentar su examen de grado ante el jurado de cinco maestros propietarios y dos suplentes. Todo indica que el examen de grado se podría celebrar en una fecha cercana.

Tengo mucho gusto en dejar constancia de lo anterior, que el propio Lic. Ascencio Romero me ha pedido para presentarla en la Universidad Autónoma de Guerrero.

Respetuosa y alentamente,

POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU
El Jefe de la División


PEDRO G. ZORRILLA MARTINEZ



INDICE

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
2.- ESTADISTICAS EN EL DELITO DE VIOLACION.....	12
3.- BREVE ESTUDIO DOGMATICO DE LA VIOLACION.....	21
3.1.- CONCEPTO.....	21
3.2.- ELEMENTOS DEL DELITO.....	24
A).- BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	26
B).- SUJETO ACTIVO.....	33
C).- SUJETO PASIVO.....	38
D).- MEDIOS EXIGIDOS: VIS ABSOLUTA, VIS COMPULSIVA.....	41
3.3.- ATIPICIDAD.....	46
3.4.- ANTIJURICIDAD.....	49
3.5.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.....	50
3.6.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.....	55

3.7.- EL PROBLEMA DE LA TENTATIVA.....	60
3.8.- AUTORES Y PARTICIPES DEL DELITO.....	99
3.9.- CONCURSO DE DELITOS EN LA VIOLACION.....	123
I).- LA VIOLACION Y EL ABUSO SEXUAL.....	124
II).- LA VIOLACION Y LAS LESIONES.....	129
III).- LA VIOLACION Y EL INCESTO.....	143
IV).- LA VIOLACION Y EL RAPTO.....	156
V).- LA VIOLACION Y LA CORRUPCION DE MENORES.....	164
VI).- LA VIOLACION Y LAS AMENAZAS.....	165
3.10.- LA REPARACION DEL DAÑO EN LA VIOLACION.....	166
3.11.- LA VIOLACION ENTRE CONYUGES.....	171
4.- NUESTRA PROPUESTA DE RECLASIFICACION.....	186
4.1.- JUSTIFICACION.....	186
4.2.- LA VICTIMA Y EL PROCEDIMIENTO.....	192
a).- LA VICTIMA EN EL PERIODO DE PREPARACION DE LA ACCION PROCESAL.....	193
b).- LA VICTIMA EN EL PERIODO DE PREPARACION DEL PROCESO.....	198
c).- LA VICTIMA EN EL PROCESO.....	200
c.1).- EL PROBLEMA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.....	209

c.2).- EL PROBLEMA DE LA VIOLACION ENTRE CONYUGES Y CONCUBINOS.....	213
c.3).- NUESTRA PROPUESTA.....	216
5.- CONCLUSIONES.....	225
6.- BIBLIOGRAFIA.....	228

EL DELITO DE VIOLACION

(PROPUESTA DE RECLASIFICACION)

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, ya sea por medio de la coacción física o por medio de la intimidación moral, constituye tanto en nuestro derecho como en todas las legislaciones contemporáneas lo que conocemos como delito de violación.

El bien jurídico sujeto de la tutela penal en este delito no es otro que la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la fuerza o por coacción constituye el máximo ultraje ya que el violador utiliza la fuerza física y material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia para realizar la

fornicación, o bien emplea amagos o amenazas de males graves⁶ que, por la intimidación que producen o para evitar otros daños, impiden su resistencia.

Tanto en la violencia física como en la violencia moral, la víctima sufre en su cuerpo un ayuntamiento sexual que no ha querido ni buscado, con lo que se ofende su derecho a la libre determinación de su conducta en materia erótica.

Tampoco deben perderse de vista que en el delito de violación se puede observar que, por regla general, trae aparejadas otras consecuencias que complican la gravedad que de por sí trae aparejada este ilícito, nos referimos a que la utilización de medios coactivos o impositivos adicionan otras ofensas a otros bienes jurídicamente tutelados que de igual

7
manera resultan dañados, tales como las injurias, las amenazas, los golpes, la privación ilegal de la libertad, las lesiones mas o menos graves y aun el homicidio.

Por las razones anteriores se ha considerado a la violación como el mas grave de los delitos sexuales porque, además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de la víctima.

Es también por estas razones que, precisamente por la gravedad del delito en cuestión, constituya, en cuanto a su perseguibilidad, un delito de excepción.

Con todos los argumentos anteriores no es pues de extrañarse que el delito de violación resulte ser el único delito de naturaleza sexual que se persiga de oficio en todas las legislaciones del país, y que ninguna de las reformas en los últimos años busque modificar el delito en cuestión en cuanto a su perseguibilidad.

Sin embargo, creemos que el legislador no sopesó suficientemente las consecuencias este aspecto porque sólo vio el punto de vista de la sociedad in genere en cuanto a su evidente rechazo a toda conducta agresora de la libertad sexual, más aún cuando para el logro del fin erótico se hace uso de la violencia física o moral; pero dejó de ver el punto de vista de la víctima del delito en cuanto a su individualidad.

En efecto, ¿tomó a caso en cuenta el legislador que probablemente la víctima no desea ser públicamente exhibida?

¿pensó acaso que tal vez no desee pasar por la vergüenza y la humillación de los exámenes de reconocimiento médico, por las preguntas muchas veces cargadas de morbo y malintencionadas de los funcionarios encargados de la investigación y de llevar el proceso?

¿pensó acaso que tal vez prefiera ocultar su vergüenza y no verse exhibida por la prensa amarillista? ¿tomó en cuenta acaso que carearse con su violador pudiera remover dolorosos recuerdos que le pueden dejar daños psíquicos de naturaleza irreparable?.

Los cuestionamientos anteriores fueron, entre otras reflexiones, las que movieron al suscrito a intentar realizar una investigación que se espera concluya con una propuesta de reclasificación del delito de violación desde el punto de vista de su perseguibilidad. Desde luego que esta propuesta no abarca todas las situaciones posibles en donde se puede cometer este delito sino solo en situaciones de verdadera excepción y solo cuando se den determinadas circunstancias que tienen que ver tanto con la persona como con la familia de la víctima del delito.

Es muy probable, y el que esto escribe no pierde de vista esta circunstancia, que en el transcurso de esta investigación o al concluir la misma nos encontremos con un aparente conflicto

de intereses que desde luego tienen que ver con los valores que en su caso deben ser preponderantes para tomar una decisión determinada; esto es, la posibilidad de que entren en aparente conflicto los intereses de la víctima con los intereses sociales; en su oportunidad trataremos de demostrar que no hay tal conflicto pues los intereses sociales son de tal manera amplios que incluso abarcan los propios intereses particulares en cuanto no llegan a contravenir los valores que la propia sociedad considera jurídicamente tutelables.

2.- LAS ESTADISTICAS EN EL DELITO DE

VIOLACION

Algunos estudiosos del tema han realizado algunas investigaciones estadísticas y afirman que la proporción de violaciones ha aumentado en los últimos años en forma alarmante, Judith Becker¹ afirma que se calcula que en Estados Unidos hay de 40 a 70 violaciones por cada 100 000 mujeres por cada año, pero que en realidad las no reportadas (cifra negra), se calculan en 2.2 a 10 veces este número.

Nuestro país no ha cumplido en forma adecuada con sus compromisos internacionales al firmar la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ni en lo relativo a la prevención ni en lo que atañe a la atención

¹ "Men and the Victimization of women" citado por Luis Rodriguez Manzanera. En "Victimología". Edit. Porrúa. Pag. 192.

de las víctimas de la violencia sexual e intradoméstica, esto según interesantes investigaciones del Centro de Investigación y Capacitación de la Mujer (CICAM).

Las cifras difundidas por el Centro de Terapia de Apoyo a Delitos Sexuales es ilustrativa: en el último semestre de 1992, las Agencias del Ministerio Público especializadas en delitos sexuales captaron 1945 denuncias, de las que el 50% eran relativas a violación o tentativas de violación, 19.85% por abuso sexual, y 4.88% por estupro.

En 74.11 por ciento de las violaciones, los violadores son personas conocidas o familiares de las víctimas, y en 42.15 por ciento es el padre. No obstante, menos del 5 por ciento de las denuncias son consignadas, lo que evidencia las irregularidades en la impartición de justicia.

Pero este tipo de problemas no aparecen en los reportes que sobre violación de derechos realizan tanto organismos oficiales como los no gubernamentales. Todavía no hay plena conciencia sobre los derechos humanos de las mujeres ni siquiera entre quienes se especializan en la defensa y promoción de los derechos humanos.

Tan solo el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI) -que depende de la Procuraduría General de Justicia del D.F.- atendió en 1992 a mas de seis mil mujeres. Muchas de ellas golpeadas constantemente, torturadas de manera psicológica, prácticamente secuestradas.

Según las investigaciones de dicha Dependencia, junto con

el maltrato a las mujeres, se encuentra un buen porcentaje de abuso sexual a menores y un maltrato a los otros miembros de la familia, como los ancianos, y a pesar de que se ha documentado desde diferentes organizaciones civiles este problema, el Estado no ha tomado las medidas necesarias para prevenirlo ni para atender a las víctimas del problema, y citan como ejemplo de ello que no existe en los Estados del país Centros de Terapia ni agencias especializadas en delitos sexuales, y en algunas de las que existen han presentado serias irregularidades en sus formas de atención.

Señalan además que si bien es cierto que en el D:F: y en Colima hay Centros de atención a la violencia doméstica, no existen refugios para que las mujeres violentadas puedan tener una transición a la libertad.

Es de dominio público que las cifras oficiales no reflejan la dimensión real del problema, especialistas internacionales calculan que por cada caso de violación reportado hay diez que no se reportan.

En 1984² fueron denunciados en la Procuraduría del D.F., 1247 presuntas violaciones; para 1985 fueron 1158, lo que representa una disminución de -7.14%. A esto debe sumarse las tentativas de violación que fueron 207, el resultado es de 1365, que significaría entonces un aumento de 9.46%.

La violación significa el 61.39% de las denuncias por delitos sexuales, pero solamente el 0.86% del total.

²RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. "Victimologia". Ed. Porrúa, Mexico, 1988. pag.290

Esto nos lleva directamente al problema de la cifra negra: ¿realmente es tan bajo el índice de violaciones?

En Nuestra investigación³ (Xalapa), el 2.03% de las víctimas lo fueron por violación (de éstos 94.26% mujeres), en el D.F. resultó el 2.8% (90.9% mujeres). De aquí podríamos decir que, al menos proporcionalmente, lo confesado por las víctimas a los investigadores es el triple de lo denunciado a la procuraduría.

En una investigación llevada a cabo en la Delegación

³RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Opus Cit. p. 291.

azcapotzalco (D.F.) durante 1983-1984, se detectaron ¹⁸ 165 violaciones, de las que 43 (23%) fueron denunciadas, de éstos 14 porque hubo lesiones u homicidio.

Para Ruiz Harrel, se cometen 80,000 violaciones al año en la República Mexicana, 10,000 de ellas en el Distrito Federal, lo que indica 125 por cada 100,000 habitantes. El Centro de Apoyo a Mujeres Violadas da los mismos datos.

En Estados Unidos, los especialistas calculan que una mujer de cada 10 será violada alguna vez en su vida.

De acuerdo con el F.B.I., en 1975 alrededor de 56,000 violaciones fueron reportadas a la policía (una cada nueve minutos). Las investigaciones victimológicas indican que el número de víctimas puede ser el doble del reportado a la policía. En el mismo año el F.B.I. estima que 26,670 arrestos por violación fueron realizados (uno por cada dos reportados), sin embargo solamente el 8.8% llega a un veredicto de culpabilidad.

El fin de semana es el periodo más victimógeno, el 50% de las víctimas fueron violadas entre viernes y sábado (Jalapa); resultado similar obtiene Ruiz Harrel⁴, en que el 54.4% de su muestra sufrió la victimización en fin de semana.

⁴RUIZ HARREL, RAFAEL. "La violación en México: un crimen impune". Ed. Mundo Médico, Tomo V. num. 48, México. 1977. p. 14.

La casa habitación es el lugar de comisión del 27% de los casos, en Xalapa es el 21.74%. mientras que en el D.F. es de 18.2%.

En lo referente al costo social del delito, en la investigación realizada por Quiroz Cuarón⁵, los sexuales ocupan el 7.23% del total de los delitos investigados con el 4.59% del costo social total, pero la violación se lleva el 97.2% del costo social de los sexuales, a pesar de ser el 56.39% de los mismos. Para los Quiroz Cuaron el costo es alto por la falta de productividad de la familia del delincuente y por los gastos médicos de la víctima, y ocupa el cuarto lugar, después de homicidio, lesiones y robo.

⁵citada por RODRIGUEZ MANZANERA. Opus Citatus. p. 291.

3.- BREVE ESTUDIO DOGMATICO DE LA ²¹
VIOLACION

3.1.-CONCEPTO.- El artículo 265 del Código Penal del D.F. establece que:

"al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años."

"Para los efectos de este artículo se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo."

"Se sancionará con prisión de tres a ocho 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 el sexo del ofendido."

A su vez, el artículo 266 equipara a la violación y castiga 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."

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

La pena por este delito puede llegar a agravarse si en su realización intervienen dos o mas personas; o si existe entre víctima y victimario una relación de ascendiente-descendiente, entre hermanos, tutor-pupilo, padrastro-hijastro; o si se aprovecha del cargo público o su profesión para cometer el ilícito.

3.2.- ELEMENTOS DEL DELITO

Acercas de los elementos constitutivos del delito de violación, la Suprema Corte de Justicia de la nación ha sostenido que:

"Las constitutivas de este delito, son: el ayuntamiento; que éste se verifique por medio de la violencia física o moral y que el agente pasivo no preste su voluntad; las señales de violencia que presente dicho agente pasivo, si no se comprueba que fueron el resultado de actos para vencer su falta de voluntad, no pueden ser elemento para considerar que existe el delito. El dictamen pericial no puede comprobar, en manera alguna, la falta de voluntad del ofendido; por otra parte, es evidente que la definición del delito requiere la falta de

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

(Semanao Judicial de la Federación, XXV, pp. 1133-1134. Quinta Epoca).

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito federal, ha establecido que:

"El delito de violación se integra por tres distintos elementos: uno primero material, la consumación de la

cópula, un segundo de la misma naturaleza y que consiste en el empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacciones morales, siendo necesario a este respecto hacer notar que el empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral, en virtud de la intimidación que produce en la víctima. Hay finalmente, un tercer elemento: que la cópula realizada con violencia, se verifica en ausencia de la voluntad de la víctima." (Anales de Jurisprudencia, XIII, p. 236).

A).- BIEN JURIDICO PROTEGIDO.- Según Jiménez Huerta⁶, el objeto jurídico protegido en la violación "es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de

⁶JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "Derecho Penal Mexicano". T. II, Edit. Porrúa. México, 1971. pp. 266 a 300.

hacerlo con quien no fuera de su gusto y agrado".

La cópula que constituye la violación es para el mencionado tratadista el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal, pues ello se deduce claramente y sin lugar a dudas del artículo 265 del Código Penal.

GONZALEZ BLANCO⁷, sostiene que el objeto jurídico protegido en la violación es la libertad sexual, en virtud de que los medios violentos que se emplean para obtener la cópula, impiden a la víctima determinarse libremente.

⁷ GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. "Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano". Edit. Porrúa, México. 1969. pp. 135 a 173.

La violencia física, en concepto de este autor, se caracteriza porque los medios empleados obran directamente sobre el cuerpo de la víctima, en tanto que en la violencia moral los medios son de naturaleza intimidatoria.

En opinión de nuestro tratadista, "como la cópula consiste en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir, el hombre. En consecuencia, como la mujer no puede tener cópula, no cabe admitir que pueda desarrollar una conducta que sea subsumible en el precepto del artículo 265 del Código Penal."⁸

⁸ GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Op. Cit. p. 162

Según dicho autor, para que el delito quede tipificado, basta la introducción del miembro viril, aunque no sea en forma plena sino superficial, ya sea hecha esta introducción en vaso idóneo o inidoneo.

GONZALEZ DE LA VEGA⁹ manifiesta que el objeto protegido por el delito de violación es la libertad sexual. La violación, afirma, es el mas grave de los delitos sexuales porque "además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los pacientes."¹⁰

⁹ GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. "Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa. México, 1970.pp. 375 a 403.

¹⁰ GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Op. Cit. p. 376.

Para González de la Vega, lo que doctrinariamente se conoce como "violación presunta", contenida en el artículo 266 del Código Penal, no comprende en sus hipótesis el uso de la violencia, y los bienes jurídicos lesionados por la acción delictiva a veces son distintos a la libertad sexual, mas bien constituye éste un delito especial con caracteres propios por lo que a juicio de éste tratadista se le debe llamar "*violación impropia*".

Según González de la Vega, si el significado latino de la palabra copular significa unirse o juntarse carnalmente, debe aceptarse como cópula de la violación tanto la normal como la anormal, ya que existe actividad sexual tanto en los actos normales como en los actos contra natura.

La violencia física es para González de la Vega "la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir".¹¹

Para dicho autor la violencia moral consiste "en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir el ayuntamiento que en realidad no ha querido".¹²

¹¹ GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Op. Cit. p.387.

¹² GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Op. Cit. p. 391.

SEBASTIAN SOLER¹³ afirma que el objeto jurídico protegido en el delito de violación es la libertad sexual. y reconoce que solo el hombre puede ser sujeto activo ya que únicamente él puede tener acceso carnal.

PORTE PETIT¹⁴ afirma que *"por violación debemos entender, la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva"*.

Señala dicho tratadista que *"el acceso carnal normal se consuma desde que el órgano sexual masculino penetra en el orificio vulvar, con o sin la seminatio intra vas"*.¹⁵

¹³ SOLER, SEBASTIAN. "Derecho Penal Argentino" Tomo III. Ed. Argentina. Buenos Aires, 1970. pp. 281 a 292.

¹⁴ PORTE PETIT CANDAUCAP, CELESTINO. "Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación". Editorial Jurídica Mexicana. Mex. 1966. pp. 11 a 65.

¹⁵ PORTE PETIT CANDAUCAP, CELESTINO. Op. Cit. p. 19.

Para dicho autor la *vis compulsiva* o violencia moral consiste en "la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro capaz de contreñirlo para realizar la cópula".¹⁶

Acepta Porte Petit que el bien jurídico protegido por el delito es la libertad sexual, excepto en el caso de que el sujeto pasivo sea una persona impúber, pues en esta hipótesis no existe todavía libertad sexual.

B).- SUJETO ACTIVO.- El artículo 265 del Código Penal Federal establece que:

¹⁶ PORTE PETIT CANDAUCAP, CELESTINO. Op. Cit. P. 25.

"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"

Al establecer la legislación "al que", nos obliga a intentar resolver el problema de si puede ser sujeto activo tanto el hombre como la mujer, o solamente el hombre, en este sentido, la doctrina nos señala que existen seguidores de dos corrientes:

1.- los que admiten que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos del delito de violación, y

2.- aquellos que sostienen que sólo el hombre puede ser sujeto activo de este delito.

Diferentes tratadistas han opinado sobre el tema, defendiendo cada cual alguna de las dos corrientes ya expuestas, así, defendiendo la primera de las tesis mencionadas, tenemos a GOMEZ¹⁷, para quien "tampoco debe excluirse la posibilidad de violencia física de la mujer sobre el hombre con el fin expuesto", y a FONTAN BALESTRA¹⁸, para quien *"en la práctica no es fácil llegar al acceso carnal con un hombre contra su voluntad, pues la naturaleza ha hecho que al sujeto masculino le sea necesaria una colaboración psíquica, para que sus órganos genitales estén en condiciones de realizar el acto carnal, no escapa, sin embargo, la situación del individuo al que le ha sido suministrado un afrodisiaco, capaz de producir una hiperexcitabilidad venérea más o menos incontenible que le lleve al acto carnal, contrariamente a los dictados de su voluntad, en situaciones normales"*

¹⁷citado por FORTE PETIT.- op. cit. pag. 37

¹⁸FONTAN BALESTRA.- "Delitos Sexuales", 2ª Ed. Buenos

PORTE PETIT¹⁹ considera que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación mediante la violencia física, "puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada", por lo que considera a la violación como "un delito común o indiferente", porque lo puede cometer cualquiera, es decir el hombre o la mujer.

Defendiendo la corriente contraria, tenemos a SOLER²⁰, quien sostiene que si el acceso carnal quiere decir entrada o penetración y no compenetración, la mujer está imposibilitada para ser sujeto activo.

Aires. p. 61.

¹⁹ PORTE PETIT, CELESTINO. Opus Cit. pp. 38 y 39.

Por su parte, GONZALEZ BLANCO²¹ afirma que "el elemento nuclear de la acción descrita en el artículo 265 de nuestro Código Penal es "tener cópula", y tener cópula es una conducta eminentemente activa; como la cópula consiste en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir, el hombre. En consecuencia, como la mujer no puede tener cópula, no cabe admitir que pueda desarrollar una conducta que sea subsumible en el precepto del artículo 265 del Código Penal"

En nuestra opinión, dado que el segundo párrafo del numeral citado establece con toda precisión que "se entiende

²⁰SOLER, SEBASTIAN. Opus Cit. p. 344.

²¹ GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Opus Cit. p. 160.

por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo", y tomando en cuenta que sólo el hombre posee tal miembro viril, en tal circunstancia no se surte la hipótesis prevista en el tipo en el caso de la mujer, por lo que, siendo incapaz de tener cópula no puede considerarse sujeto activo del delito.

C).- SUJETO PASIVO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 265 de Código Penal, resulta ser sujeto pasivo del delito de violación la "persona de cualquier sexo" sobre quien se realiza la cópula en forma violenta.

Desde luego, queda entendido que la cópula impuesta violentamente debe recaer sobre una persona de cualquier sexo, pero viva, no sobre un cadáver, pues en tal caso se estaría ante una figura típica diferente y ya sancionada por la fracción II del artículo 281 del Código Penal; tampoco debe imponerse la cópula constitutiva del delito de violación sobre animales, ya que el texto del artículo 265 del citado Código punitivo es bastante claro al precisar que tal cópula debe ser "con persona de cualquier sexo". Es decir, hombre o mujer.

Sobre este particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un criterio perfectamente definido ha sostenido lo siguiente:

"La legislación del Distrito Federal y la del Estado de Puebla, extienden su protección no solo a mujeres que son víctimas de fornicación violenta, sino aún a los hombres que lo son de ayuntamiento homosexual masculino, como se deduce de la descripción legal del tipo correspondiente al delito de violación." (Semanao Judicial de la Federación. tomo CXXXII, p. 76. 5ª época).

D).- MEDIOS EXIGIDOS: VIS ABSOLUTA, VIS
COMPULSIVA

La vis absoluta se identifica con la violencia física y consiste en la fuerza material ejercida sobre la persona de la víctima para contraerla a la conjunción carnal; es decir, es la fuerza de naturaleza material y que es bastante y suficiente, misma que es desplegada en el sujeto pasivo venciendo su resistencia para la obtención de la cópula.

Para que la vis absoluta pueda considerarse existente en el delito de violación, es indispensable que haya oposición o resistencia, misma que debe ser seria o evidente, es decir, no rebuscada para simular honestidad, por el contrario, debe por sí misma expresar una voluntad o un querer en abierta contradicción con la voluntad del sujeto activo. debe además

ser constante, es decir, mantenida hasta el último momento, sin interrupciones que reflejen aceptación o mutuo goce.

Lo anterior quiere decir que deberá demostrarse que el sujeto pasivo realmente se opuso a la realización de la cópula y que la oposición o resistencia permaneció viva durante todo el tiempo en que el sujeto activo desplegó la fuerza material.²²

De igual manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido sobre este particular lo siguiente:

"La fuerza ha de ejercitarse sobre la misma persona que se viola y ha de ser constante, pues si aquella cede al que

²²FORTE PETIT, CELESTINO. Opus Cit. pag. 45

violentemente intenta poseerla, no puede considerarse víctima de violación." (Semanao Judicial de la Federación. LX. 5º época. pag. 768)

"Para que exista la violencia requerida por la ley como elemento material de la violación, no se requiere la presencia del desfloramiento ni de lesiones corporales, pues basta para tal efecto la coacción física o moral que conduzca a la realización de la cópula por parte del infractor y la falta de voluntad de la ofendida." (Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1944. Primera Sala, p. 71)

A la vis compulsiva se le ha identificado como la violencia moral y consiste en una manifestación de la voluntad

del agente dirigida a anunciar a la víctima un mal futuro en caso de que se niegue a la realización del ayuntamiento carnal.

PORTE PETIT²³ entiende por vis compulsiva " *la exteriorización al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo vínculos de afecto, de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo a realizar la cópula*".

Ahora bien, si como ya lo anotamos anteriormente, para la acreditación de la existencia de la vis absoluta o violencia física deben llenarse ciertos requisitos, de igual manera para que se demuestre la existencia de la vis compulsiva debe acreditarse que ésta es seria, grave, y de la cual se derive un mal inminente, o futuro.

²³PORTE PETIT, CELESTINO. Opus Cit. pag. 47.

Nuestro máximo tribunal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así lo ha determinado en su siguiente tesis:

"El empleo de la violencia moral se caracteriza por la amenaza de un mal grave e inminente y en la persona de la ofendida, en su reputación e intereses, o bien, contra un tercero, cuando con ello cause una fuerte coacción sobre el ánimo de aquella, como la amenaza de matar a un ser querido." (Semanao Judicial de la Federación. 5ª época. pp. 768-769)

Es importante señalar que los elementos que estamos estudiando se aplican a los casos de violación propia, esto es, no son de tomarse en cuenta en los casos de violación a

inimputables o a menores de doce años, pues en tal caso estaríamos ante un caso de violación impropia, que analizaremos en otro apartado.

3.3.- ATIPICIDAD.- Pudiera darse el caso de que en una conducta determinada falten los elementos necesarios y constitutivos del tipo penal, es decir, la vis absoluta o la vis compulsiva, dándose lugar a una "atipicidad". En el delito de violación, el consentimiento del ofendido figura como causa de atipicidad ya que el tipo exigido por el artículo 265 del Código Penal requiere que la función copulativa se realice en contra de la voluntad del ofendido, de tal manera que si dicho agraviado conviene en la cópula, estamos ante una causa de atipicidad, consecuentemente, no hay violación.

El consentimiento en el delito es una figura ampliamente estudiada por los tratadistas penales, así VANINI, citado por PORTE PETIT²⁴, sostiene que en la violación carnal, a diferencia de otros delitos, el consentimiento no es una causa que justifique, o convierta en no punible, el hecho previsto por el Código Penal, sino que es una condición negativa del hecho, ya que mientras en el homicidio, por ejemplo, el hecho consiste en "causar la muerte de un hombre", en el delito de violación en cambio, el hecho consiste en violar a una persona o abusar de una persona, de modo que si existe un consentimiento válido, no hay hecho.

Para JIMENEZ HUERTA²⁵, en aquellos delitos en que,

²⁴PORTE PETIT, CELESTINO. Opus Cit. pag. 51

²⁵JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "La antijuricidad".

como en los de violación, rapto de fuerza o atentados al pudor realizados sobre persona púber, se tutela la libertad sexual como derecho subjetivo, el consentimiento otorgado por su titular imposibilita la valoración antijurídica de la conducta.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido al respecto el siguiente criterio:

"Si se acredita que después de consumado el delito, el inculpado y su víctima continuaron las relaciones sexuales, esto no prueba en manera alguna que la ofendida haya consentido en que el acusado realizara la cópula constitutiva del delito, pues claramente se trata de actos y situaciones posteriores" (Semanao Judicial de la Federación. Vol. CXXXVIII. p. 34. 6ª época)

3.4.- ANTIJURICIDAD.- Para que se configure el delito de violación, ya hemos dicho que debe mediar violencia física o moral, el ayuntamiento carnal debe ser sin derecho, ilegítimo, para FONTAN BALESTRA²⁶ el acceso carnal es ilegítimo cuando se realiza con persona respecto de la cual no tenga el agente derecho al coito.

Para ZAFFARONI²⁷, en la violación y en otros delitos, afirmada la tipicidad queda también comprobada la antijuricidad, porque no admite causas de justificación.

²⁶ FONTAN BALESTRA. "Delitos Sexuales". Edit. Depalma, Buenos Aires, 1953. pag. 66

²⁷ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. "Teoría del delito". Edit. Ediar, Buenos Aires. 1973. pag. 114.

Para PORTE PETIT²⁸ es indudable que la conducta en la violación será antijurídica cuando, siendo típica, no exista una causa de licitud, en caso de que proceda.

Sobre este particular, no creemos que en el delito de violación exista alguna causa de licitud que prive de antijuricidad el delito, a no ser que, en el caso del matrimonio se alegue ejercicio del derecho o el consentimiento lo que, en todo caso, todavía es discutible que, en el primer caso, un cónyuge pueda imponer el ayuntamiento carnal al otro por medios violentos aduciendo tener derecho a ello; y en el segundo caso, que pueda alegar consentimiento cuando se pueda demostrar el uso de la violencia física para vencer la resistencia del otro.

²⁸PORTE PETIT, CELESTINO. opus cit. pag. 53

Tampoco es posible probar la existencia de legítima defensa en la violación, pues es inimaginable una situación tal en la que, ante la necesidad de defenderse de una agresión actual e injusta, alguien se vea obligado a realizar la conjunción carnal violenta, pues además se tendría que demostrar la necesidad racional de la defensa empleada.

3.5.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.- Para poder ser sujeto del delito, es necesario que el sujeto activo tenga plena capacidad. Por tal razón, se origina una hipótesis de inimputabilidad en el delito de violación cuando exista en el sujeto activo una de las hipótesis previstas en la fracción II del artículo 15 del Código Penal, o sea, que padezca al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado

que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudentemente.

Opina PORTE PETIT²⁹ que no se puede negar que, en cuanto a las acciones libres en su causa, puede darse el delito de violación, pero naturalmente cuando el sujeto se ha colocado dolosamente en el estado de inimputabilidad para cometer la violación, pues si su conducta ha sido dolosa, pero únicamente para colocarse en ese estado, sin querer realizar la cópula, o bien, se ha colocado culposamente en tal estado, no puede responder del delito de violación, porque esta infracción sólo puede cometerse dolosamente.

Importante reflexión formula VANINI: *"Siempre a*

²⁹PORTE PETIT, CELESTINO.- opus cit. pag 63

propósito de la incapacidad me podríais preguntar: ¿si una persona en estado de completa embriaguez culposa comete violación carnal, es responsable penalmente del grave hecho cometido? Yo os respondería negativamente. Pero podríais insistir y decirme: ¿Acaso el artículo 92 párrafo primero no dispone que "la embriaguez que no derive de caso fortuito o de fuerza mayor no excluye ni disminuye la imputabilidad"? Por consiguiente, de acuerdo con tal disposición, ¿no debe considerarse la violación carnal cometida por quien se embriaga culposamente, como si hubiese sido cometida en estado de completa capacidad de entender y de querer? No, no es así, por mas que muchos así lo piensen. El artículo 92, párrafo primero, no presume la capacidad del borracho incapaz en el momento en que comete el hecho; quiere solamente (al menos ésta es, a mi parecer, la interpretación correcta) afirmar que el hecho perpetrado en estado de

embriaguez culposa, es siempre un hecho que puede atribuirse a un estado inicial de imputabilidad del sujeto, a aquél estado de imputabilidad en que el sujeto se embriagó, hecho doloso o culposo según que en relación a ellos haya sido dolosa o culposa la embriaguez, y, por tanto doloso y culposo será el delito (culposo cuando la ley considere el hecho también como delito culposo). Sin embargo, la violación carnal culposa, no está prevista por la ley; por ello, quien en estado de completa embriaguez culposa comete el delito de violación carnal, no comete delito. Solución poco satisfactoria, me diréis, pero yo os respondo: siempre mas satisfactoria que la solución de la doctrina común, que en estos casos considera al agente como responsable de violación carnal dolosa, en base a una presunción absoluta, o mejor a una ficción de capacidad psíquica".³⁰

³⁰Citado por FORTE PETIT, Opus Citatus, pags. 63 y 64.

3.6.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.-

Habida cuenta de que la opinión doctrinaria dominante es que este delito sólo puede cometerse dolosamente, tenemos que la especie de culpabilidad que se presenta en el mismo es el dolo.

En efecto, si como ya lo hemos dicho en capítulos anteriores, para que exista la violación es necesario que la cópula se realice por medio de la vis absoluta o compulsiva, es innegable que tiene que concurrir el dolo directo, ya que no se puede concebir la existencia de tales medios si no concurre necesariamente el dolo.

No puede darse el llamado dolo eventual en el delito de violación, en virtud de que la exigencia de los medios físicos

o morales necesariamente implican el querer desde un principio el ayuntamiento carnal.

Sobre este particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

"Lo característico de los delitos culposos o imprudenciales, es la ausencia del resultado, y si la voluntad existe, habrá entonces un delito doloso. Ahora bien, hay figuras delictivas que por su propia naturaleza son necesariamente dolosas y dentro de ellas están los delitos de violación e incesto y no puede imaginarse el ejercicio de la violencia como medio para la conjunción sexual y el logro de ésta última sin que medie la voluntad del sujeto que la lleve a cabo. y siendo lo característico del incesto el yacimiento sexual

con el ascendiente o descendiente o el colateral dentro del límite señalado por la ley, habrá la voluntad del acto sexual por razones obvias"(*Semanario Judicial de la federación, tomo CXXVII, p. 402, 5ª época*)

"La comprobación de que la víctima de un atentado sexual haya aceptado en principio el mismo, no excluye la posibilidad de que ya al procederse a la copulación, oponga resistencia para el acto, mordiendo a su violador y lanzando gritos en demanda de auxilio.." (Anales de jurisprudencia, XIII, p. 237)

Es importante dejar plenamente establecido si es o no posible la existencia de una conducta culposa en el delito de violación.

Sobre este importante asunto, VANINI expresa: *"un delito de violación carnal culposo no está previsto en la ley. Me decís que ni siquiera se puede imaginar lógicamente. ¡un momento! Estoy de acuerdo con vosotros en la hipótesis de la violencia o amenaza, pero no veo la imposibilidad de una violación carnal abusiva culposa. Pensemos, por ejemplo, en la ignorancia culposa del sujeto activo acerca de la incapacidad psíquica del sujeto pasivo"*.

Al respecto, PORTE PETIT³¹ opina que es indudable que no puede aceptarse la violación culposa, pues si se necesita, para la existencia de la violación, la concurrencia de la vis absoluta o compulsiva, no puede concebirse la realización

³¹PORTE PETIT, CELESTINO. Opus Citatus. p. 66 y 67.

de la cópula sino dolosamente y, por tanto, no es posible una violación culposa, que requeriría no querer la cópula; hipótesis antagónica a la esencia de la violación.

De lo que ya llevamos dicho hasta hoy, es claro que en el delito de violación no existe el aspecto negativo de la culpabilidad, pues no puede hablarse de error invencible o de licitud (creer que se tiene derecho a la cópula), ni tampoco de no exigibilidad de otra conducta.

3.7.- EL PROBLEMA DE LA TENTATIVA.-

Hablando específicamente de la tentativa en el delito de violación, detectamos dos corrientes de opinión diametralmente opuestas:

a) la que sostiene que sí se puede dar la tentativa en el delito de violación.

b) la que no admite la tentativa en dicho delito.

Importantes tratadistas como CARRANCA Y TRUJILLO, FONTAN BALESTRA, GONZALEZ BLANCO, CUELLO CALON, MANZINI y otros, admiten la violación en grado de tentativa.

Por su parte, CARRARA, refiriéndose a la tentativa de violación como violación frustrada, dice que si bien el Código Napolitano prevé la hipótesis del estupro violento frustrado, y a pesar de que en general los criminalistas de esa provincia admiten sin discusión y ejemplificación semejante hipótesis, la cortedad de su inteligencia no ha llegado nunca a concebir esa forma delictiva, cuya realización le parece imposible.

VANNINI³², examinando este problema, sostiene que lo que no consiente el delito de violación (en cuanto que es delito formal) es la figura de la tentativa perfecta, la que en un tiempo se llamó "delito frustrado" desde el momento en que una vez llevada a cabo en este delito la acción ejecutiva, el delito se

³²citado por PORTE PETIT. Opus Cit. pag. 71 y 72.

62

consume, agregando, que al ser el delito de violación un delito formal y no permitir la figura de la tentativa perfecta, no consiente la figura de la tentativa atenuada por arrepentimiento activo, en el sentido del artículo 56 último apartado; pero, en cambio, es posible el desistimiento voluntario (art. 56, apartado tercero), circunstancia subjetiva (artículo 119, apartado primero) resolutive de la ilicitud de la tentativa imperfecta.

LUZON DOMINGO³³ no concibe la violación en grado de tentativa acabada y sostiene que "es inaceptable, de todo punto, la postura que sigue nuestro Tribunal Supremo, en algunos fallos, al estimar la posibilidad de apreciación, en el delito de violación de este grado imperfecto de la frustración, pues si bien la frustración es una especie de consumación

³³"Derecho penal del Tribunal Supremo" II, pag. 53. Edit. Hispano Europea. Barcelona, 1964.

subjetiva, consistiendo la conducta delictiva típica en un acto de yacimiento, es absolutamente imposible separar la finalización de la actividad, de su resultado, en cuanto a la actividad de yacer sólo habrá acabado con el fenómeno de la introducción sexual, y esta introducción sexual perfecta o imperfecta, total o incompleta, ya nos sitúa ante el resultado del yacimiento que perfecciona el delito de violación"

ZAFFARONI³⁴, de igual manera, sostiene que en el delito de violación no cabe la tentativa acabada y afirma que: "Hemos visto que los delitos de pura actividad no carecen de resultado jurídico, sino que éste se individualiza de otro modo, que en un caso puede ser cualquier resultado jurídico, con tal que afecte al bien jurídico y, en otro, es el que consiste en la

³⁴ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. "Tratado de derecho penal", IV, pag. 416. Edit. Ediar. Buenos Aires. 1982.

misma exteriorización jurídica de la acción. En este último supuesto -como la violación, por ejemplo- no resulta concebible la tentativa acabada, puesto que la misma realización del verbo típico, implica el resultado."

Nuestro máximo Tribunal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación admite la tentativa, al establecer que "*si el acusado ejecuta una serie de actos encaminados directa o indirectamente a la realización del delito de violación y causas ajenas al infractor le impidieron la consumación de su propósito, comete el delito de violación en grado de tentativa*". (Semanao Judicial de la Federación, LIV, p. 1996, quinta época)

En distintas ejecutorias, nuestra Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

"Conforme a los artículos 265 y 266 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, comete el delito de violación el que, por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona, sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, y se equipara....y de conformidad con el artículo 12 del propio Código hay tentativa punible cuando se ejecutan hechos encaminados directamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Ahora bien, si se comprueba que el acusado ejecutó actos que tendieron a verificar la cópula con una niña menor de nueve años, la violencia se desprende del hecho que la ofendida, dada su edad no podía resistir a los actos

ejecutados en ella, y si del dictamen médico legal consta que la ofendida presentaba equimosis en los órganos genitales e igualmente se justifica que el acusado no logró llegar al fin de sus deseos, por causas ajenas a su voluntad, como la de haber sido sorprendido en el momento de consumir los hechos, aquel es reo del delito de violación en grado de tentativa, y la sentencia que así lo declara, no es violatoria de garantías". (Semnario Judicial de la Federación, L.I. p. 50 Quinta época)

"Si el delito de lesiones se evidenció y fue el medio de que se valió el sujeto activo para consumir el acto tentado de violación en la ofendida, ya que al oponerse la golpeó en diversas partes de su organismo, pero el agente desistió de su propósito por una causa ajena a su voluntad, toda vez que al

pasar un tercero lo impidió, de ahí que en estricta técnica existió violación en grado de tentativa."(Semnario Judicial de la Federación, XVIII, p. 721. Sexta Epoca)

"Si sólo existe el desgarramiento de periné, no puede tenerse por comprobado el cuerpo del delito de violación, pero sí el de tentativa de violación, ya que el acusado ejecutó todos los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de dicho delito, y si no se consumó, fue por causas ajenas a la voluntad del agente".(Semnario judicial de la Federación. LI. p. 2916, Quinta Epoca)

"En delitos de ésta índole (violación) la declaración de la ofendida, corroborada por un testigo presencial, es

suficiente para tener por comprobada la existencia del delito de tentativa de violación, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 10, 63 y 214 del Código Penal del Estado de Sonora." (Semanao Judicial de la Federación. XXXIII. p. 110, Sexta Epoca)

"Si los médicos legistas encuentran desgarraduras incompletas en el himen de la ofendida, pero que no permiten la introducción del órgano sexual masculino, se llega al conocimiento de que en el caso, se trata de un delito tentado de violación." (Semanao Judicial de la Federación, XII. p. 89. Sexta Epoca)

"Es correcto declarar la culpabilidad del quejoso como autor del delito de tentativa de violación, si la cópula que

trató de imponer a la sujeto pasivo no se consumó por causas ajenas a su voluntad, que es lo que caracteriza a la tentativa de violación como delito inacabado."(Semnario judicial de la Federaci3n LV, p.73 Sexta Epoca)

"La tentativa de violaci3n implica ciertos actos de ejecuci3n del delito y su no consumaci3n por causas ajenas a la voluntad del agente, por lo que si en la especie no existi3 c3pula y hay ausencia de pruebas que acrediten que el procesado realiz3 actos tendientes a ese fin sin llegar a consumarlo por causas ajenas a su voluntad, es claro que los hechos realizados podr3n ser constitutivos de cualquier otra figura delictuosa, pero no la imputada."(Semnario Judicial de la Federaci3n. XLVIII. p. 71 Sexta Epoca)

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

(Semanao Judicial de la Federación, LXII. p. 65. sexta Epoca)

"Es contraria a derecho la aseveración del acusado respecto de que el delito de violación solamente se castiga cuando se consuma, pues ninguna disposición legal expresa existe en ese sentido, la cual sería necesaria para establecer una excepción a la regla general de que los delitos se

clasifican desde el punto de vista de su ejecución, en intentados y consumados; en cambio, sí existe en el Código Penal del Estado de Chiapas una disposición expresa según la cual el delito de atentado contra el pudor sólo se castiga cuando se consuma (art. 262 del Código Penal del Estado de Chiapas, semejante al 261 del Código Penal del Distrito Federal), mas el delito de violación consumado no requiere, para su integración, el desfloramiento de la mujer violada, ya que ésta puede ser o no doncella, y en caso afirmativo puede tener himen complaciente, sino que sólo se requiere la realización de la cópula con una persona, por medio de la violencia física o moral, sin su voluntad, atento a lo dispuesto por el artículo 266 reformado del Código Penal del Estado de Chiapas (semejante al 265 del Código Penal del Distrito Federal); por otra parte, el delito de atentado al pudor no puede ser confundido, en ningún caso, con la tentativa de

violación, ya que ésta última obedece al propósito de llegar a la cópula, mientras que aquél, por su definición legal en el artículo 261 reformado del Código Penal del Estado de Chiapas (semejante al 260 del Código Penal del Distrito Federal) excluye ese propósito"(Semanao Judicial de la Federación. CIII. p. 1420. 5ª Epoca)

"Si de autos aparece acreditado que uno de los acusados pretendió tener cópula con la fuerza con la ofendida, que no consumó por causas ajenas a su voluntad, su conducta configuró el delito de violación en grado de tentativa, por haber ejecutado hechos encaminados directa e inmediatamente a realizarlo, y la responsabilidad en que incurrió, debe hacerse extensiva a sus coacusados, en virtud de haber tomado parte en su intento evitando que prestaran auxilio a la

ofendida" (Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1956. Primera Sala. p. 91)

"Si está acreditado en el sumario que el acusado tenía libre acceso para penetrar al domicilio de la ofendida, en virtud de haberse solicitado sus servicios como carpintero, como lo acredita la prueba testimonial, y en tales circunstancias concibe el propósito de imponer la cópula a la ofendida y al efecto, despliega acciones encaminadas directa e inmediatamente a tal fin, las que no culminaron a virtud del auxilio que una de las testigos prestó a la víctima, tal conducta de parte del quejoso, es configuradora del delito de violación en grado de tentativa, supuesto que las acciones realizadas, implican un principio de ejecución del núcleo central del tipo incriminado." (Semanao Judicial de la Federación. tomo

CXXVII, p. 431. quinta época.)

"La tentativa de violación está integrada al mismo núcleo que integra el tipo de violación consumada, y constituye un estado antijurídico inferior a ésta."

(Semanao Judicial de la Federación, CXXIII, p. 31. Sexta época)

"Tratándose del delito consumado de violación, no hay problema incriminatorio puesto que el propósito del autor se confirma con el hecho mismo, pero cuando se trata de una comisión inconsumada, puede acontecer o bien que el frustrado violador confiese francamente su propósito, en cuyo

caso basta verificar las maniobras encaminadas a su realización, o bien que el agente esté remiso a aceptar dicho propósito. En éste segundo caso es menester comprobarlo en forma plena e indubitable por un conjunto de indicios que lleven al convencimiento judicial la certeza de los designios del infractor." (Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1937. Primera Sala. pp. 94-95).

"De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Este precepto fija una regla general a todos los delitos, y aún cuando existen excepciones a tal regla, como la que consagra

el artículo 205 del mismo ordenamiento, tratándose del delito de corrupción de menores, la que establece el artículo 261 del mismo cuerpo de leyes que se refiere al delito de atentados contra el pudor, etc., en tales excepciones no está comprendido el delito de violación, y por tanto, debe estarse a la regla general, llegándose a la conclusión de que tal delito, puede ejecutarse en grado de tentativa." (Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1937. Primera Sala. pag. 94)

"La tentativa es delito inacabado e implica un principio de ejecución del delito perseguido por parte del sujeto; por consiguiente, si está demostrado que el proceder del quejoso estaba directa e inmediatamente encaminado a la realización del delito de violación, que no se consumó por

causas ajenas a su voluntad, su conducta es constitutiva del delito de violación en grado de tentativa, conforme a lo dispuesto por los artículos 12 y 265 del Código Penal en consulta." (Boletín de 1964, p. 318)

Con las tesis anteriormente anunciadas, parecería clara la posición y el criterio de nuestro máximo Tribunal, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido una tesis contraria, al afirmar que el delito de violación no admite grados, ya que, o se consuma, o los actos ejecutados por el agente del delito revisten el carácter de preparatorios, caso en el cual se castigan únicamente como atentados al pudor.³⁵

³⁵Semanario Judicial de la Federación, XXV, p. 1117.

PORTE PETIT³⁶ sostiene que es indudable que, en el delito de violación, puede darse la tentativa inacabada, la acabada o frustración, así como el delito imposible. En otros términos, habrá tentativa cuando, existiendo un comienzo o total ejecución, no se realiza la introducción del órgano masculino en el orificio vulvar por causas ajenas a la voluntad del agente, coincidiendo con FRIAS CABALLERO, al afirmar que la tentativa existe cuando el proceso ejecutivo, sobrepasando el mero principio de ejecución, no ha alcanzado en su realización práctica el momento consumativo, o sea, la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo, en el orificio vulvar o anal, sin ningún ulterior resultado. Siendo indudable que el comienzo de ejecución, o sea, la tentativa inacabada, se efectúa con la vis absoluta o compulsiva.

³⁶PORTE PETIT, CELESTINO. Opus Cit. pag. 78.

La fijación del comienzo de la ejecución debe efectuarse de conformidad a la regla del uso del medio señalado por el tipo; apenas se use la violencia o la amenaza en forma efectiva y real, la tentativa ha comenzado.³⁷

Para FRIAS CABALLERO³⁸, respecto a los casos de hipnotismo, embriaguez, afrodisiacos, narcóticos, etc., cuando son utilizados por el agente con el propósito de llegar por ese medio a la realización de la cópula, *"apenas el sujeto pasivo ha sido hipnotizado, narcotizado, excitado irresistiblemente, reducido a cosa inerte y pasivo por el efecto del alcohol, etc., la tentativa ha comenzado. No habrá ninguna duda al respecto, si se piensa que estos actos son ya un primer ataque al bien*

³⁷FRIAS CABALLERO.. "El proceso ejecutivo del delito". Buenos Aires. 1958. pag 281.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

jurídico protegido en modo subsidiario, puesto que amulan la libertad de determinación sexual."

Por lo anterior, se puede afirmar que en el camino del delito ("iter criminis"), la tentativa abarca desde que se realiza la violencia, hasta los actos ejecutivos anteriores a la introducción del órgano sexual masculino en el orificio vulvar o anal, y, para efectos de su punibilidad, procede aplicar hasta las dos terceras partes de la pena que corresponde al delito consumado, salvo disposición en contrario.

En una interesante tesis, la Suprema Corte de Justicia precisa lo que debe entenderse por tentativa de violación, en los siguientes términos:

³⁸Opus Cit. pag. 282.

"Si está probado que el ahora quejoso tenía intención de copular con la menor, tal intención por sí misma no es punible y el solo hecho de que intentó tirarla al suelo, según lo expresa la misma ofendida, y que le haya manifestado que quería estar con ella, no puede estimarse técnicamente como actos ejecutivos de delito, o, dicho de otra forma, que tal proceder del quejoso no integra la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, pues por su propia naturaleza los actos realizados, aunque sean unívocos, por cuanto revelan la intención del sujeto, no son actos ejecutivos sino meros actos preparatorios no punibles, por lo que la sentencia reclamada en esta vía, al condenar al quejoso como responsable del delito de violación en grado de tentativa, es violatoria de garantías." (Semanao Judicial de la Federación. XLVI, p. 34. Sexta Epoca)

Ahora bien, ¿puede hablarse de desistimiento o de arrepentimiento en el delito de violación?, en opinión de PORTE PETIT³⁹, si se llega a la conclusión de que en el delito de violación se puede presentar un comienzo de ejecución o una ejecución inacabada, es indudable que puede darse el desistimiento, mas no el arrepentimiento, por tratarse de un delito formal o de mera conducta.

El tercer párrafo del artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal reglamenta el desistimiento al disponer que:

"Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de

³⁹opus Cit. pag. 79-80

aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."

Sobre esta cuestión se ha pronunciado de igual manera la Suprema Corte de Justicia de la nación en los siguientes términos:

"El arrepentimiento consiste en una vez realizados todos los actos de ejecución, impedir la consumación del delito. Esto quiere decir que el sujeto ha llevado a cabo, en forma total, los actos de ejecución productores, en todo caso, del resultado. Por ello, para que pueda presentarse el arrepentimiento, tiene que existir la posibilidad del resultado, y en el caso a estudio, una vez realizados todos los actos de ejecución y no realizándose como fue, la cópula, no había ya la

posibilidad de consumación de la misma por los mismos actos ejecutivos y, en consecuencia, no podía el sujeto de propia voluntad impedir un resultado que ya no podía efectuarse. En otros términos, la posibilidad del arrepentimiento solo pueden presentarse en los delitos de resultado material. Y así, se observa que la afirmación de la Corte Sentenciadora no tiene fundamento alguno, ya que en el caso presente no cabe el arrepentimiento porque el sujeto realizó todos los actos de ejecución sin que se produjera el delito, y no había la posibilidad de propia voluntad impedir un resultado que ya no se iba a producir; como hemos manifestado, por los mismos actos ejecutivos por él realizados. (Anales de Jurisprudencia. T. CXXI. pags.231-232)

"Según se desprende de la declaración del inculpado, y

*de lo manifestado por el sujeto pasivo, aquel trató de copular con ella, pero no logró hacerlo, mas no por causas ajenas a la voluntad del acusado, sino en atención a su desistimiento, pues voluntariamente dejó de insistir en su intento de efectuar el acto sexual, motivado por que la ofendida bruscamente se separó de él y porque pensó "que podría meterme en problemas". Dicho en otros términos, y acudiendo a la tradicional expresión tedesca, se está en presencia de un "yo no quiero, a pesar de que puedo", característico de un desistimiento eficaz en la tentativa, a diferencia del "yo quiero" pero "no puedo", que matiza a la tentativa. Además conviene destacar que el desistimiento del sujeto activo, que en la especie impide que se adecue la conducta al tipo, es eficaz independientemente de que se haga *formidie poenae* o *virtutis amore*, es decir, por temor a la pena o por pena a la virtud. (Informe de 1985, Segunda parte, p. 36).*

Con relación al tema de la posible coexistencia de la violación en grado de tentativa con el delito de abuso deshonesto, autores de la talla de CUELLO CALON⁴⁰ sostienen que la determinación de si el hecho constituye tentativa de violación, presenta no escasas dificultades, por las semejanzas que presenta con el abuso deshonesto violento, pues los actos externos en ambos delitos son los mismos (como arrojar a la víctima sobre el lecho o sobre el suelo, levantar sus vestidos, etc.), pero se diferencian entre sí en que en la tentativa de violación los actos realizados se encaminan al acceso carnal, existe ánimo de yacer, mientras que los constitutivos de abuso deshonesto violento no aspiran a tal fin; la finalidad de éstos hechos está en ellos mismos, y, por lo tanto, para que los actos impúdicos realizados violentamente sobre una mujer, o sin su

⁴⁰CUELLO CALON, EUGENIO. "Derecho Penal", Tomo II, 9ª Ed. Barcelona. 1955. pag. 560

consentimiento, puedan ser calificados de tentativa de violación, debe probarse cumplidamente en el culpable el ánimo de yacer.

PUIG PEÑA⁴¹ sostiene que, precisamente en la inexistencia del ánimo de yacer, se distingue el delito de abusos deshonestos violentos de la tentativa de violación, ya que aquel se caracteriza porque los actos ejecutados no tienden al yacimiento.

Establece el artículo 260 del Código Penal del Distrito federal que comete el delito de abuso sexual, el que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la

⁴¹PUIG PEÑA. "Derecho penal". Tomo IV. 4ª Edición. Madrid. 1955. p. 32.

cópula ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 12 en relación con el párrafo primero del artículo 265 del citado Código Penal, la tentativa de violación existe cuando la resolución de cometer el delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, concluyéndose que, aún cuando en ambos casos se trata de la ejecución de actos erótico-sexuales, o sea, que el elemento objetivo es el mismo, en un caso se realizan sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, y en el otro caso, se llevan a cabo con el fin de llegar al ayuntamiento carnal.

Cabe de todos modos la pregunta: ¿la tentativa de violación se configura por la violencia ejercida o por los actos erótico-sexuales realizados?

Para contestarla, PORTE PETIT⁴² afirma que para demostrar que son totalmente irrelevantes los segundos, bastaría comprobar que hay tentativa de violación cuando se realiza solamente la violencia con el fin de consumar la cópula. Así como no hay tentativa de violación si se llevan a cabo actos erótico-sexuales con el fin de realizar la cópula sin existir la violencia.

⁴²PORTE PETIT, CELESTINO. Opus Citatus. pag. 83

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en reiteradas ejecutorias ha sostenido lo siguiente:

"Conforme al artículo 244 del Código Penal del Estado de Tamaulipas, comete el delito de atentados al pudor el que sin consentimiento de ésta última, ejecuta en ella un acto erótico-sexual, sin llegar a la cópula. Francisco González de la Vega en su obra "El Código Penal Comentado", refiriéndose al artículo 26 del Código Penal del Distrito Federal, que es en todo semejante al 244 del Código de Tamaulipas, expresa que el atentado al pudor es un acto sexual incompleto; lo es materialmente, ya que la acción erótica no debe llegar a la cópula; si esto acontece, desaparece la figura y surge posiblemente la violación; es además incompleto subjetivamente, puesto que si el atentado persigue una próxima fornicación desaparece también el atentado, pudiendo surgir la

tentativa de violación. Ahora bien, si el acusado de atentado al pudor se le imputa que ayudó a otro, sujetando a la ofendida para que tuviera contacto carnal con ella, lo cual no llegó a ocurrir, por haber intervenido la policía, no se llenan los requisitos del citado artículo 244, sino que, en todo caso, podría haberse llegado a tener como legalmente comprobado el cuerpo del delito de tentativa de violación; y el auto de formal prisión dictado, por el mencionado delito de atentados al pudor, es violatorio de garantías, y debe concederse el amparo, sin perjuicio de que continúe en forma legal la averiguación, cuando fuere procedente."(Semanao Judicial de la Federación, LXII, p. 1845. 5ª Epoca)

"Los delitos de atentados al pudor y tentativa de violación, por su esencia misma, no pueden coexistir y se

excluyen uno al otro, puesto que en el primero de ellos, no existe el propósito de llegar a la cópula carnal, y en el segundo, se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula, que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del activo."(Semanao Judicial de la Federación. XXIV. p. 13. Sexta Epoca).

"El delito de atentados al pudor que define el artículo 260 del Código Penal vigente, tiene presupuestos distintos respecto del delito de violación en grado de tentativa, ya que en aquel, quien realiza un acto erótico sexual excluye la posibilidad de la realización de la cópula entendida ésta como toda forma de ayuntamiento carnal con eyaculación o sin ella. Esto es, constituye aquel delito una acción lujuriosa que el agente realiza físicamente en el cuerpo del pasivo de la infracción, como puede serlo una caricia o un tocamiento

corporal obsceno, o que el agente haga ejecutar a la ofendida, pero lo que es esencial es que el agente no tuviera el propósito de llegar a la cópula, en tanto que la violación sexual fue tentada por el quejoso, si quedó plenamente probado que se proponía realizar la cópula, lo que no llegó a término por causas ajenas a su voluntad, dada la pequeña edad de la ofendida." (Semanao Judicial de la Federación, XXIX, p. 13. Sexta Época).

"Los atentados al pudor y la tentativa de violación, no pueden coexistir, puesto que en la primera, el agente activo no tiene el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula carnal, y en la segunda, ejecuta hechos directamente encaminados para lograrla, no obteniéndose por circunstancias ajenas a su voluntad, en consecuencia, si la

sentencia de la responsable, revocando la de primer grado, sentenció exclusivamente por el delito de atentados al pudor, considerando que en los hechos no había el propósito indicado, su sentencia se encuentra ajustada a derecho."

(Boletín de 1958, p. 389)

"En el Código Penal en vigor, no pueden concurrir ideológica y jurídicamente el delito de atentados al pudor en el de tentativa de violación. Es inútil igualmente en el mismo, la discusión sobre si en la violación caben los grados imperfectos o solamente consumados, dada la definición de la tentativa." (Anales de Jurisprudencia. Tomo 3 pag. 417)

"No es exacto que el delito de actos libidinosos quede

subsumido en la violación, por ser aquellos un medio para excitar el acto carnal y consumir la violación, porque en los actos libidinosos se ejecutan maniobras eróticas sexuales sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, tal como lo define el artículo 204 del Código Penal del Estado de México, siendo obvio que lo que dicho precepto tutela es la seguridad sexual contra los actos lascivos que facilitan una prematura corrupción en personas de corta edad, a diferencia de la violación, en donde, para realizar la cópula sin voluntad del pasivo que es la finalidad que se propone consumir el sujeto activo, emplea violencia física o moral." (Semanao Judicial de la Federación. CXV, p. 48, sexta Epoca)

"Si el reo ejecutó sobre la menor ofendida actos

eróticos, pero ante la insuficiencia de pruebas, no es posible precisar la verdadera naturaleza de tales actos, que bien pudieron tipificar el delito de atentados al pudor sobre mujer impúber, no se sigue de manera indudable, que puedan integrar el delito de violación en grado de tentativa, porque no hay elementos que exterioricen o permitan conocer si la voluntad del agente consistió en ejecutar actos encaminados directa e inmediatamente a la cópula mediante la violencia y que aquella no se haya consumado por causas ajenas a su voluntad." (Semanao Judicial de la Federación, Sexta Epoca. Vol. VII. P. 94)

"Los delitos de atentados al pudor y tentativa de violación, se excluyen y su incompatibilidad se manifiesta porque en el de atentados al pudor los actos lúbricos deben ser

realizados " sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula" y en el de violación en grado de tentativa, se requiere precisamente que "se efectúen hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito" en el caso, a verificar la cópula." (Semanao Judicial de la Federación, LXXXIV, p. 10. Sexta Epoca)

"Es indebida la acumulación de los delitos de atentados al pudor y violación en grado de tentativa cuando se fundan en los mismos hechos, ya que en el primer delito se requiere que la conducta del agente sea sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula y el segundo delito se necesita que dicha conducta se verifique encaminada directa e inmediatamente a la realización de la cópula y tratándose de los mismos actos el sujeto activo no puede tener al mismo

tiempo dos propósitos contradictorios." (Amparo Directo Número 7139/63.- Santos Manríquez Martínez. Resuelto el 8 de junio de 1964, por unanimidad de 5 votos. Ponente: Ministro Mamuel Rivera Silva).

"El delito de atentados contra el pudor y la tentativa de violación, por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto que en el primero no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, y en la segunda, se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo." (Semancario Judicial de la Federación. VII p. 94; XXIV p. 13. XLV, p 21. LVII, p 12. Sexta época. Cfr. Informe de 1961. p. 214)

3.8.- AUTORES Y PARTICIPES DEL DELITO.- La determinación de las diversas formas de participación con relación al delito de violación es el problema relacionado al concurso de personas en dicho delito.

Cuando se ha intentado conceptualizar al "autor" se han seguido caminos distintos, que provienen de puntos de vista también diferentes.

Para algunos, autor es un "concepto extensivo" (Tejedor), que abarca a todo el que pone una causa para la producción del resultado. Según ésta idea, es la causalidad - entendida conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones- la que da la base del concepto de autor. Por consiguiente, todo "causante" es un autor.

Según ésta teoría, el legislador pretende la aplicación directa del tipo penal a todos los causantes, sin distinguir para nada entre autores y partícipes, dando lugar a la tesis del "autor único", o bien puede el legislador haber distinguido al autor del partícipe y, sin embargo, la doctrina puede partir del concepto extensivo de autor, para afirmar que la participación es solo una forma de atenuación de la pena.

En éste sentido, la teoría de la participación sería una forma de restricción de la punibilidad.

Esta teoría no parece ser muy coherente al afirmar lo anterior, pues no parece ser del todo cierto que la participación

sea siempre una forma de restringir la punibilidad, pues cuando se trata de la punición de la participación en delitos propios, la punición del partícipe, en lugar de ser una forma de restringir la punibilidad del autor, es una clara forma de extenderla.

Tampoco puede pasarse por alto la circunstancia de que, por ser "autor" y "causante" dos cosas distintas, la extensión del concepto de "autor" hasta abarcar a cualquier "causante" resulta violatoria del principio de legalidad: El principio "nullum crimen sine lege" pierde su sentido cuando cualquier causación del resultado prohibido se quiere hacer valer como autoría fundamentalmente punible y de este modo eliminar los límites ciertos.

Nos queda entonces identificar la otra corriente doctrinaria, según la cual el concepto de autor es mucho más restringido y la participación (léase complicidad e instigación) son formas de extender la punibilidad. Esta tesis es la aceptada por la mayoría de los tratadistas del tema.

Resulta lógico que el concepto extensivo de autor, incline a los estudiosos del tema a buscar una delimitación de la autoría por el camino de lo subjetivo, Si queremos pensar que el concepto extensivo de autor tiene su base en la causalidad, y recordamos que todos los intentos de limitar la causalidad al margen de conceptos jurídicos han fracasado, veremos que en la objetividad de la conducta se hará casi imposible encontrar los conceptos que permitan un límite.

Consiguientemente, con el fracaso de las teorías individualizadoras de la causalidad, el concepto de autor - fundado en la equivalencia de todas las condiciones- se amplía hasta abarcar a todos los causantes, apelando para su delimitación a criterios eminentemente subjetivos, lo que da lugar a la llamada "teoría subjetiva de la autoría", que se basa en la tesis de la equivalencia de las condiciones, afirmando que el autor quiere el hecho como propio (*animus auctoris*), por oposición al "*animus socii*", que sería característico de los partícipes.

Esta teoría fue sostenida, entre otros, por ZIMMERL, y quizá su máxima difusión la alcanzo con MEZGER, aunque

también fue sostenida por otros varios autores. Así, MEZGER sostenía que autor es el que comete el hecho "con voluntad de autor", pero se crea una gran confusión cuando hay que precisar en qué consiste precisamente esa "voluntad de autor".

Una de las tesis al respecto pretendió que era autor el que perseguía intereses propios. La insuficiencia de esta variable es obvia, porque hay casos en que por mas que un sujeto haya querido un resultado como propio y lo haya causado, no puede considerársele autor, e inversamente, también hay casos en que el sujeto debe considerarse autor, pese a que no haya querido el resultado para sí.

La teoría subjetiva de la autoría llevó a la jurisprudencia alemana a resolver dos casos en forma arto descabellada: el RG "no tuvo reparos en castigar como simple cómplice al que había realizado un tipo, sólo y de propia mano, por el sólo hecho de que le faltaron la voluntad de autor y el interés personal en el resultado, mientras que al inductor interesado en el hecho lo condenó como autor". El caso mas conocido es la llamada "sentencia de la bañera":

inmediatamente después de dar a luz un hijo ilegítimo, una joven, *"que estaba del todo debilitada en la cama, había pedido a su hermana, por miedo a la cólera del padre, que ahogase al niño en la bañera. Ahora bien, el RG castigó a la madre como autora; a la hermana, en cambio, sólo como cómplice"*⁴³

⁴³de MAURACH, citado por ZAFFARONI.- "Tratado de Derecho Penal. parte general". Tomo IV. Cárdenas Editor.

Debemos tomar en cuenta que esta tesis parte de un concepto de autor que afecta el principio de legalidad porque extiende tal concepto a cualquier causante, lo que hace que la autoría dolosa se identifique con la culposa, dando así una amplitud al concepto de autor que resulta lesiva del principio de legalidad.

Pues bien, con el pretexto de que la participación es una restricción a la autoría, la misma se resuelve por la vía del "animus", argumentándose que no daría por resultado la caída en el derecho penal de ánimo, porque se emplearía para atenuar la punibilidad. Lo cierto es que esta tesis es un juego arbitrario

de razonamientos que desembocan en el derecho penal de ánimo, porque desde que falla el argumento de que todo causante es autor, pasa a "socii" y, aún admitiendo el planteo del concepto extensivo de autor, la autoría sería siempre una circunstancia de mayor gravedad fundada invariablemente en el "animus".⁴⁴

Quedaría por verse, por otra parte, cual es el ámbito en el que la teoría subjetiva del "animus auctoris" pretende resolver el problema de la autoría en cuanto a su delimitación, porque bien podría pensarse que el problema quiere resolverse fuera del marco de la teoría de la tipicidad, llevándolo a la culpabilidad, lo que daría por resultado un completo desplazamiento del mismo, con consecuencias sistemáticas imprevisibles.

⁴⁴ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Opus citatus. pag. 302.

De cualquier manera, afirma ZAFFARONI, cabe advertir que la teoría subjetiva surgió como una necesidad ante el fracaso de las "teorías objetivas", es decir, de los intentos de delimitar la autoría dentro del marco de la tipicidad o de la conducta y apelando a puros criterios objetivos. Si bien en la teoría subjetiva permanece un fondo de verdad -dado por la insuficiencia de los criterios objetivos-, en las teorías objetivas también había un fondo de verdad, en la medida en que quisieron hacer el planteamiento del problema dentro de la teoría de la tipicidad y vinculando a la estructura del tipo. El fracaso de las teorías objetivas se debe, precisamente, a la insuficiencia de la teoría del tipo concebido como puramente objetivo.

Dentro de las teorías objetivas cabe distinguir la antigua teoría formal-objetiva y los intentos en sentido material-objetivo.

La teoría formal-objetiva se atenía, según ZAFFARONI⁴⁵, a la relevancia delimitadora del verbo típico. Para ésta teoría es autor el que realiza personalmente la acción que está descrita en el tipo. El concepto de autor así obtenido tiene la ventaja de ser sumamente respetuoso del principio de legalidad penal, puesto que se vincula al concepto restrictivo de autor, es decir, que proporciona una concepción según la cual la participación es una ampliación de la punibilidad. No obstante, tiene el serio inconveniente de proporcionar un concepto de autor demasiado estrecho, en cuyo ámbito no tiene

⁴⁵ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Opus citatus. p. 303.

cabida la autoría mediata ni tampoco la coautora, cuando se presenta en la forma de empresa común entre varios sujetos, en la que nadie individualmente realiza la totalidad de la acción típica.

La autoría mediata, en el caso en que el interpuesto actúe sin dolo, conforme a la teoría formal-objetiva, debe considerarse un supuesto de instigación de delito culposo.⁴⁶

Dado que el concepto de autor de la teoría formal-objetiva es demasiado limitado, y pese que esto no podía pasarle por alto a los autores que la sostenían, éstos se veían obligados a excluir del círculo de autores a quienes evidentemente lo eran: el "entregador", que además es jefe de

⁴⁶BACIGALUFO. "La noción de autor en el derecho penal". p. 43. Citado por ZAFFARONI. Opus cit. p. 303.

la banda y que aguarda en el automóvil a que sus cómplices se apoderen de las cosas, para poder fugarse rápidamente, como las circunstancias del caso lo exigen, para esta teoría no pasa de ser instigador y encubridor.

Por otra parte, el requerimiento de que el sujeto ejecute "en persona" el núcleo verbal del tipo, excluía del ámbito de la autoría aquellos casos en que el autor se vale de un tercero sin dolo: el que en lugar de bala de "fogueo" coloca un proyectil en el arma a utilizarse por otro en una representación teatral, será instigador, de acuerdo con esta teoría.

Para obviar estos inconvenientes, esta teoría apela a una

ampliación del verbo típico, en función del "simple empleo del lenguaje cotidiano".

Aunque no se acostumbra señalarlo así expresamente, parece ser éste el criterio decisivo para la extensión de la autoría a la "mediata" en la doctrina. Por esta vía se provocó la extensión del concepto de autor al que ejecuta "por mano ajena".

No obstante, la apelación al empleo del lenguaje significa sólo la renuncia a la aplicación de criterios precisos de delimitación. La teoría formal-objetiva, aquí como en la tentativa, sólo puede posibilitar el punto de partida.

La teoría formal-objetiva, a su vez, se anunció porque dentro del campo de la conducta, es decir, pre-típica y pre-jurídicamente, no era posible hallar criterio objetivo alguno que permitiese una distinción del autor respecto del partícipe.

Los ensayos que habían querido hacerse en este sentido conducían inexorablemente a un fracaso, puesto que en el plano ontico no hay posibilidad alguna de caracterizar la autoría en forma puramente objetiva, es decir, prescindiendo de todo el dato sobre la voluntad del sujeto.

No obstante, éste fue el sendero intentado por las antiguas teorías material-objetivas, que pretendieron fundarse en teorías de la causalidad distintas de la equivalencia de las condiciones, tratando de establecer una diferencia cuantitativa entre el aporte del autor y el del partícipe en el plano de la causalidad.

Así, se pretendió que era necesario distinguir entre la causa necesaria o inevitable y la causa meramente aprovechable, o entre la causa y la condición, o la causalidad que interviene físicamente de la que lo hace psíquicamente.

Desde que toda distinción limitativa de la causalidad en el plano pre-típico ha fracasado, ninguna de estas teorías podía ver coronada exitosamente su empresa, por lo que, desde hace muchos años, han sido desechadas.⁴⁷

El artículo 13 del Código Penal delimita la responsabilidad penal a:

- I.- los que acuerden o preparen la realización del delito.
- II.- Los que lo realicen por sí.
- III.- los que lo realicen conjuntamente.
- IV.- los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.
- V.- los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.

⁴⁷ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Opus Cit. pag. 304.

VI.- Los que intencionalmente presten ayuda ó auxiliien a otro para su comisión..

VII.- los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y

VIII.- los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

Para PORTE PETIT⁴⁸, en el delito de violación puede presentarse el caso de autoría intelectual, ya que un individuo puede determinar a otro a que cometa el delito de violación, pues la fracción V del artículo 13 del Código Penal establece la responsabilidad de quien determine a otro a cometer tal delito.

⁴⁸PORTE PETIT, CELESTINO. Opus Cit. pag. 87.

Por cuanto a la autoría material o inmediata, no existe duda alguna al respecto: es responsable penalmente del delito quien realiza por sí mismo el delito de violación. (art. 13 fracción II).

Respecto a la coautoría, NOVOA MONREAL⁴⁹, tocando dicho tema, trata el caso en que un individuo realiza la cópula y otro lleva a cabo la violencia física, considerando que estamos frente a una coautora, "si alguien ve que otro trata de violar a una mujer y sin que éste lo pida, pero con su aceptación implícita, sujeta a la mujer para que se logre la consumación."

⁴⁹NOVOA MONREAL, CARLOS. "Curso de derecho penal chileno" Tomo II, pag. 179. Edit. Jurídica de Chile. 1966.

Una opinión contraria a la anterior la sustenta ZAFFARONI⁵⁰, quien afirma que "en caso de la violación, cuando un sujeto ejerce la violencia y otro ejecuta la cópula, sólo es autor el último, porque el otro no tiene la voluntad de copular, que integra el dominio del hecho como característica general del autor."

Sobre este particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido lo siguiente:

"Si fueron varias las personas que asaltaron y violaron a una de las ofendidas, y causaron las lesiones mortales a otra, debe estimarse que se está en el caso de la

⁵⁰ZAFFARONI, AUGENIO RAUL. "Teoría del delito" pag. 647. Ediar. Buenos aires. 1973.

coparticipación, que es el fenómeno jurídico cuando varios delincuentes concurren a la comisión de un mismo delito."

(Semanao Judicial de la Federación, XL, p. 62. Sexta Epoca)

Por cuanto a la autoría mediata en el delito de violación, existen dos corrientes de opinión francamente contradictorias:

a).- la que niega que en el delito de violación pueda darse la autoría mediata.

b).- la que admite la posibilidad de que en el delito de violación se dé la autoría mediata.

Partidario de la corriente que rechaza la autoría mediata en el delito de violación, VANINI⁵¹, sostiene:

"tratándose de delito formal,, no es posible en la violencia carnal la figura del llamado "autor mediato"; figura que, en cambio, es posible en los delitos materiales en cuanto que consisten en "producir un resultado determinado". Así, la figura del autor mediato es posible en el homicidio, en que la causa del resultado muerte, es tanto aquel que da el golpe (autor inmediato) como el que instiga a dar el golpe (autor mediato). Sin embargo en los delitos formales el autor del delito no es cualquier persona cuyo comportamiento haya de cualquier manera contribuido a la realización del delito mismo; autor es solamente quien ha llevado a cabo la acción ejecutiva característica del delito, indicada en el precepto penal (el que ha robado, estuprado, etc.)."

⁵¹Citado por PORTE PETIT. Opus cit. pag. 89.

Por la corriente contraria, es decir, los que aceptan la autoría mediata en el delito de violación, destaca PANNAIN⁵², para quien : *"la cuestión del agente mediato es diversa del concurso de personas: en el último caso hay un autor inmediato y un concurso en el hecho por él realizado; en el primero, hay una actividad realizada a través del sujeto inculpable que hace las funciones de mero instrumento. Se sostiene que en la hipótesis de quien determine a un sujeto inimputable a cometer el delito de violencia carnal, no existe la responsabilidad del autor mediato sino el hecho de un concurrente responsable en el delito cuyo ejecutor material no es punible. La afirmación debe rechazarse. La institución del agente mediato no se presenta positivamente sólo a propósito de los delitos materiales: es preciso solamente que se haya*

⁵²Citado por FORTE PETIT. Opus Cit. pags. 89-90.

cometido un delito o un hecho a través de la persona que es como un instrumento material. La única discusión es sobre los delitos de propia mano, dentro de los cuales se encuentra en primera línea la violencia carnal, pero también se ha superado ya. Por lo que se refiere a la violencia carnal, se puede tener la responsabilidad de autor mediato no solo de acuerdo con el artículo 86 (determinación de otras personas del estado de incapacidad con el fin de hacerles cometer el delito), y con el artículo 111 (determinación al delito de persona inimputable o no punible), sino también de acuerdo con el artículo 48 (error determinado con el engaño de otras personas): caso de engaño determinado mediante el cambio de las recámaras o de las camas de ambos sujetos o de sólo uno de ellos cuando la otra persona es incapaz."

3.9.- CONCURSO DE DELITOS EN LA

VIOLACION.- Desde el planteamiento del problema, en la introducción que hicimos al abordar este trabajo, mencionamos que, por lo general, al darse el delito de violación, se vulneraban de igual manera otros bienes jurídicos al configurarse otras figuras típicas como las lesiones, las amenazas, la corrupción de menores, el incesto, etc. por lo que se da la posibilidad del concurso de delitos, tema que a continuación pasaré a abordar.

Trataremos en consecuencia de estudiar las siguientes hipótesis:

I.- La violación y el abuso sexual.

II.- La violación y las lesiones.

III.- La violación y el incesto.

IV.- La violación y el rapto.

V.- La violación y la corrupción de menores.

VI.- La violación y las amenazas.

I).- LA VIOLACION Y EL ABUSO SEXUAL.-

El problema a estudiar es que, en caso de que se den ambos delitos, ambos subsisten independientemente el uno del otro o si, por el contrario, el abuso sexual es subsumido por la

violación,, por tratarse de una hipótesis de progresión
criminosa.

En opinión de VANINI, en fuerza del principio de la
progresión,, no es responsable del delito de actos libidinosos
violentos en concurso material de la violación carnal, sino
únicamente del delito de violación carnal, el culpable que
inmediatamente después de haber llevado a cabo actos
libidinosos violentos o abusivos (no dirigidos a enlace carnal)
decida violar y viole a la víctima.

FRIAS CABALLERO⁵³, opina que "si un hecho es
calificado como violación, quedan absorbidos los actos
deshonestos que acompañen al acceso carnal sin necesidad de
recurrir a la regla del artículo 54, pues no hay concurso ideal."

⁵³FRIAS CABALLERO. "El proceso ejecutivo del delito".
pag. 267, ed. Bibliográfica Argentina. 1956.

MACCIORE⁵⁴, sostiene que no es admisible el concurso entre la violencia carnal y los actos libidinosos, porque éstos están normalmente comprendidos en los actos de aquella, dando lugar a un solo delito progresivo, a menos que se hayan consumado en momentos distintos y con fines especiales.

Regresando con VANINI, éste sostuvo que así como en razón de la progresión criminosa es uno solo el delito (violación carnal), cuando los actos libidinosos, no dirigidos al enlace carnal, terminan con el enlace violento y abusivo, así también en razón de la regresión criminosa no pueden tener sentido jurídico los actos libidinosos que en el mismo contexto de acción sucedan al enlace carnal o abusivo.

⁵⁴"Derecho Penal. Parte especial". Tomo IV. Ed. Themis. Bogotá. 1955. pag. 72.

PUIG PEÑA⁵⁵ sostiene que funciona el principio de consunción cuando "el acto principal absorbe las conductas delictivas inferiores de la misma naturaleza de aquel", pues si por ejemplo, sigue diciendo, *"una persona viola a una mujer, no cabe duda que, los abusos deshonestos realizados con motivo de la violación quedarán consumidos por la misma, ya que el legislador supone que el acto de yacimiento como principal lleva normalmente consigo los abusos deshonestos realizados con el sujeto pasivo."*

Contraria a las opiniones anteriores es la de MANZINI⁵⁶, quien opina que puede subsistir el concurso material entre el delito de violación y el de actos libidinosos aún cuando cometidos en el mismo contexto de acción, cuando

⁵⁵"Colisión de normas penales". pag. 60. Barcelona. 1955.

el agente, además de realizar la unión carnal, haya ejecutado también otros y diversos actos de la libido.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

"No es exacto que el delito de actos libidinosos quede subsumido en la violación, por ser aquellos un medio para excitar al acto carnal y consumir la violación, porque en los actos libidinosos se ejecutan maniobras eróticas sexuales sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, tal como lo define el artículo 204 del Código Penal del Estado de México, siendo obvio que lo que dicho precepto tutela es la

⁵⁶citado por FORTE PETIT. Opus Cit. pag. 92.

seguridad sexual contra los actos lascivos que facilitan una prematura corrupción en personas de corta edad, a diferencia de la violación, en donde, para realizar la cópula sin la voluntad del pasivo que es la finalidad que se propone consumir el sujeto activo, emplea la violencia física o moral." (Semanao Judicial de la Federación, CXV. pag. 48. Sexta época.)

II).- LA VIOLACION Y LAS LESIONES.-

De igual manera, habría que determinar si existe o no concurso de delitos cuando al consumarse el delito de violación, concurren lesiones en la ofendida. Distinguidos tratadistas han externado sus autorizadas opiniones al respecto y, en resumen, han sido del siguiente tenor:

SOLER⁵⁷sostiene que *"la violación deja siempre rastros indudables en el cuerpo, algunos de ellos característicos de éste delito, como la rotura del himen; pequeñas equimosis y aún lesiones inguinales. No son éstos los daños a que esta figura agravada se refiere. Ni siquiera es correcto pensar en que los rastros de esa clase puedan ser considerados como infracciones autónomas; son propiamente las violencias que la ley presupone necesarias para que pueda hablarse de violación. Son lesiones leves absorbidas por la figura misma, ya consideradas por la ley, al fijar el monto de la pena. Es caso de encuadramiento único y no doble."*

Sigue diciendo: *"la circunstancia de que una lesión no*

⁵⁷"Derecho penal argentino". Tomo LII, pag. 349. Buenos Aires. 1956.

pueda llamarse propiamente grave daño, no impide la aplicación de la figura de violación simple en concurso ideal con lesiones leves, siempre que no se trate de una de esas lesiones que pueden decirse presupuestas por el delito de violación".

Citado por PORTE PETIT, RANIERI piensa que si la violencia supera los golpes, se tiene concurso de delitos con la lesión personal o el homicidio.

CUELLO CALON⁵⁸ sostiene que la violación puede concurrir con otros delitos, con el de homicidio o asesinato y especialmente con el de lesiones graves o menos graves

⁵⁸"Derecho penal". tomo II. pags. 561-562. Ed. Barcelona. 1955.

causadas a la víctima en sus partes sexuales o en otras de su cuerpo a causa de la violencia empleada, o provenientes del contagio de enfermedades sexuales.

MANZINI, por su parte, expone que las lesiones personales voluntariamente inferidas por el culpable en el acto de cometer el delito de violación, como también el homicidio preterintencional, son punibles. Agrega además que si las lesiones son consecuencia no querida del delito de violación, el culpable responde de este delito en concurso material con el delito de lesiones culposas.

Para VANNINI, el delito de violación concurre materialmente con el delito de lesiones, dolosas o culposas, pero hace además las siguientes precisiones:

a).- Que en el caso de lesión personal dolosa cometida (sobre la víctima o sobre un tercero) en el acto de cometer la violación (por ejemplo por mera satisfacción, por despecho, etc., o como medio para constreñir a la víctima a sufrir la cópula), concurren materialmente el delito de violación y lesiones.

b).- Que la lesión personal culposa (consecuencia no querida del delito consumado o simplemente intentado de violación) concurre con la violación.

c).- CARRANCA Y TRUJILLO⁵⁹ sostiene que "La resistencia del pasivo, real y seria, efectiva y constante, aunque no tenga que ser desesperada, debe ser superada por aquellas

⁵⁹ "Código Penal Anotado". Ed. Porrúa. México. 1962. pag. 616.

fuerzas. Si el pasivo resistiere al principio y finalmente consintiere, no habrá violación. Si se causaren lesiones ellas integrarán el elemento "fuerza física" no estándose en el caso del concurso ideal de delitos. El engaño no es constitutivo de la fuerza moral."

Es indudable que el sujeto activo del delito de violación puede cometer, además de dicho delito, el de lesiones.

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que cuando de ninguna manera puedan separarse la violación y las lesiones, como si hubieran sido ejecutados en

actos distintos, no es procedente la acumulación.⁶⁰

Además, es aplicable al caso el siguiente criterio de nuestro Máximo Tribunal:

"Si las ligeras lesiones que presenta la víctima, constituidas por excoriaciones, constituyen uno de los elementos del delito de violación que en su persona se cometió, ya que demuestran que fue objeto de violencia, no puede constituir en forma independiente el delito de lesiones."
(*Semanario Judicial de la Federación, LXXXIV, pp. 2760 y 3148. Quinta época.*)

"Si las lesiones a que se refiere el certificado médico

⁶⁰Anales de Jurisprudencia, Tomo V, pag. 681.

que obra en autos, son inherentes al delito de violación consumado en la persona de la ofendida, y consecuencia necesaria de ese hecho, no procede la acumulación, puesto que los delitos fueron ejecutados en el mismo acto." (Semanao Judicial de la Federación, LXXXIX, p. 1331. Quinta época.)

"Entre los elementos constitutivos del delito de violación figura el elemento violencia física o moral, y es inconcuso que las lesiones que presentaba el cuerpo de la ofendida no pueden integrar un delito destacado, si lo son del delito de violación sexual." (Semanao Judicial de la Federación, VII, p. 98. Sexta época. Segunda Parte.)

"Estuvo en lo justo el sentenciador al aplicar las reglas

para la acumulación de sanciones correspondientes a los delitos de violación y lesiones, si no es exacto que se hayan ejecutado en un mismo acto, puesto que las lesiones se realizaron en un acto diverso al de la actividad sexual." (Semanario Judicial de la Federación, XXIV, pp. 132-133, Sexta época. Segunda Parte.)

No son pocas las ocasiones en que la Suprema Corte de Justicia ha aceptado la concurrencia de delitos específicamente en el tema que hoy nos ocupa, con el delito de lesiones e inclusive con el de homicidio, ejemplo de ello son las siguientes tesis:

"Si en autos se encuentra plenamente comprobado tanto el cuerpo del delito de violación como las consecuencias

lesivas que en el cuerpo del ofendido dejó el acto sexual realizado, la sentencia impugnada apreció correctamente las probanzas, y, haciendo fiel interpretación de las reglas que rigen su valor jurídico, tuvo por comprobado el cuerpo de los delitos de lesiones y violación." (Semanao Judicial de la Federación, XXXVII, p. 186, Sexta época. Segunda parte.)

"No es atendible la aseveración del quejoso en el sentido de que la lesión que infirió al menor ofendido fue consecuencia del empleo de la fuerza física y el medio para lograr la realización del delito de violación. Ciertamente la violencia física se caracteriza en que constriñe objetivamente a la víctima para realizar en ella la fornicación, y siempre implica acciones compulsivas ejecutadas materialmente en su cuerpo a fin de impedir o superar su resistencia muscular; mas

tales imposiciones pueden consistir en simples maniobras coactivas o en la comisión de ataques corporales constitutivos de otros delitos, como acontece en la especie. En efecto, el golpe que propinó el inculpado al ofendido es un acto punible que concurre en acumulación real con el delito de violación, porque no obstante el ligamento de las acciones y su unidad de intención, son ejecutados en actos distintos, siendo aplicable lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal." (Informe rendido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 26. 1963.)

"Es inexacto que el atentado contra la libertad y seguridad sexual sólo admita como medio adecuado, en la violencia física, la consumación de lesiones, y, por consiguiente, que desaparezca esta figura como entidad

delictiva independiente, supuesto que el empleo de la fuerza muscular no necesariamente debe causar daños sino que en ocasiones se circunscribe a maniobras de amordazamiento, sujeción o ligaduras o en general inmovilización del paciente; pero cuando, además ocasionan alteración a la salud o la muerte, concurren con el delito de violación los delitos de lesiones u homicidio y, en otros, disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos, de suerte que son aplicables a otros casos las reglas del concurso de infracciones (artículo 58 del Código Penal), por lo que si, al oponerse al designio criminal, la sujeto pasivo fue golpeada por el reo, éste consumió, además de la tentativa acabada de citar o delito frustrado de violación, el diverso de lesiones." (Semanario Judicial de la Federación, XVIII, p. 121, Sexta época. Primera parte, 1959.)

"Ahora bien, atendiendo a la levedad de las lesiones, se estima que fueron las estrictamente necesarias para la integración del tipo de violación, toda vez que éste ilícito penal únicamente se configura cuando la cópula se verifica venciendo la resistencia del pasivo por medio de la violencia física o moral y considerar que las lesiones producidas a la ofendida para aminorar su resistencia constituyen el delito autónomo de lesiones, implica una recalificación de la conducta del inculpado." (Amparo Directo. 1325/67, Primera Sala. 1968)

"Si las ligeras lesiones que presenta la víctima, constituidas por excoriaciones, constituyen uno de los elementos del delito de violación que en su persona se cometió, ya que demuestran que fue objeto de violencia, no pueden

constituir, en forma independiente, el delito de lesiones."
(Semanao Judicial de la Federación, LXXXIV, p. 3148. Sexta época.)

"Si las excoriaciones apreciadas por los médicos legistas en la base de los labios mayores de la vulva de la ofendida, constituyen un medio en la conducta desplegada por el inculpado con relación al delito de violación, no pueden ser consideradas como configurativas de un hecho delictivo autónomo, y si el fallo reclamado no lo estima así, sino por el contrario, considera que las excoriaciones de referencia constituyen el delito de lesiones, es evidente que se está recalificando la conducta del activo, con notoria violación de sus garantías individuales." (Semanao Judicial de la Federación, pag. 78. Séptima época. Segunda Parte.)

III).- LA VIOLACION Y EL INCESTO.-

En este punto, al igual que en el anterior, existe una interesante polémica entre dos corrientes de tratadistas del derecho penal:

- 1.- los que niegan la concurrencia de ambos delitos: violación e incesto, y

- 2.- los que afirman la posibilidad de concurrencia entre dichos delitos.

Entre los tratadistas que niegan la concurrencia entre los delitos de violación e incesto, destaca MANZINI, quien considera que el hecho del ascendiente es necesariamente

incestuoso, pero puesto que el delito de incesto es bilateral, no puede haber concurso material con éste delito, aunque el menor haya tenido capacidad de entender y de querer, porque es sujeto pasivo del delito del artículo 519 y, por esto mismo, no puede considerarse como sujeto activo del delito de incesto.

Para dicho tratadista, si la delictuosa constricción tiene por sujeto pasivo una de las personas en relación a las cuales es posible el delito de incesto, el título criminoso aplicable es el de violencia carnal, y no se tiene concurso material con el delito de incesto, porque este último delito tiene carácter bilateral.

MAGGIORE⁶¹ sostiene que si el ascendiente hace uso carnal de su descendiente, con escándalo público, debe

⁶¹ "Derecho Penal". Tomo IV. p. 65. Edit. Temis. Bogotá. 1955.

responder también de incesto, pero el concurso entre ambos delitos es inadmisibile, pues el descendiente violentado debe considerarse como sujeto pasivo del delito y no como concurrente, dado que el incesto es bilateral, pero la violencia carnal es unilateral.

Para dicho tratadista el incesto no puede concurrir materialmente con la violencia carnal, porque ésta supone un sujeto activo y uno pasivo (de la violencia), mientras en el incesto, delito bilateral, ambos sujetos son agentes, pues si uno de los incestuosos ha cometido violencia carnal sobre el otro, responderá de ella personalmente.

CUELLO CALON⁶² opina que si el yacimiento tuviere lugar con violencia o intimidación, o si la estuprada no fuere capaz de consentir por ser alienada, idiota o débil mental, o si fuere menor de doce años, el hecho no integrará el delito de incesto, sino el de violación.

VANNINI⁶³, se refiere a las opiniones de MANZINI Y MAGGIORE y hace el siguiente planteamiento: "¿Os parecen aceptables las tesis de MANZINI y MAGGIORE? A mi no me parecen aceptables, porque que el incesto sea un delito bilateral, ninguno puede ponerlo en duda; pero ¿que significa esto? No hemos de olvidar que en el caso del incesto no se trata de bilateralidad o plurisubjetividad exigida por la ley como condición para la existencia del delito (v.gr. en la huelga,

⁶²"Derecho Penal" Tomo II, p. 590, 9ª Ed. Barcelona. 1955.

en la asociación para delinquir, etc.), sino de bilateralidad o pluralidad impuesta por la naturaleza del hecho; de modo que por haber sido violado igualmente el interés de la moral familiar, aunque no sean imputables y culpables ambos sujetos, el delito de incesto subsiste igualmente.

Para VANNINI es suficiente que uno de los sujetos sea imputable o culpable. Por lo demás, esto lo reconoce el mismo MANZINI, que en otro lugar escribe: "el delito de incesto es bilateral, al menos materialmente, porque para concretar el hecho que lo constituye, es siempre necesario el concurso de dos personas, por mas que una de ellas sea inimputable o no punible". Esto significa que no se puede considerar la objetividad jurídica del delito de violación carnal,

⁶³citado por FORTE PETIT. Op. Cit. pag. 100 y 101.

puesto que se trata de dos objetividades jurídicas neta y evidentemente distintas. Tampoco se ve como el ser sujetos pasivos del hecho que constituye cierto delito (v. gr. violación carnal) haya de impedir el ser al mismo tiempo sujetos activos del mismo hecho que concreta algún otro delito (v. gr. incesto). Hemos visto en el número 10 (letra B) cómo en el caso de la mujer casada que se une carnalmente con la persona que la ha engañado, confundiéndola con el amante, el delito de violación carnal, de que es responsable el engañador, concurre materialmente con el del adulterio de que es responsable tanto el engañador como la persona engañada; aquí la mujer, en el mismo hecho, es sujeto pasivo de la violencia carnal y sujeto activo del delito de adulterio. A mi parecer (de VANNINI), por consiguiente, el concurso material entre el delito de violación carnal y el incesto, es posible, y en consecuencia de tal posibilidad, en que la víctima del enlace carnal abusivo (por

tanto no violento) sea, por ejemplo la hija de quince años capaz de entender y querer, plenamente consciente del horrendo y torpe enlace, también ella habrá de responder del delito de incesto.

Ahora bien, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido al respecto, lo siguiente:

"El delito de incesto se configura por la concordancia de voluntades de ambos sujetos, pues los delitos de violación e incesto son jurídicamente incoexistentes; el primero supone la violencia del agente sobre la víctima, en tanto que el segundo, supone dos sujetos cuyas voluntades concuerdan en realizar el hecho delictuoso. Así, ambos delitos se excluyen, pues si se habla de violación, se elimina el concepto de

concordancia de voluntades, y si se habla de incesto, se elimina la acción de violencia. En concreto, el delito de incesto es un delito plurisubjetivo y bilateral. Por consiguiente, a pesar de que se haya aportado al expediente el acta de nacimiento de la menor ofendida y que de tal acta se desprenda que ésta sea hija del inculpado, es evidente la falta de voluntad de dicha menor en la ejecución de los hechos delictuosos, y palpable que éstos se llevaron al cabo con indudable violencia: circunstancia que hace desaparecer la existencia del delito de incesto y no así el delito de violación."(Semanao Judicial de la Federación, LVI. p. 66. Sexta época. Segunda Parte)

No obstante el criterio anterior, es importante indicar la evidente contradicción en que incurre nuestro Máximo Tribunal al declarar, en tesis diversa, que los delitos de

violación e incesto no se excluyen, he aquí la que el sustentante considera una tesis fuera de toda justificación:

"No es cierto que, por sancionar la ley penal a ambos incestuosos, debe interpretarse que se excluyen el incesto y la violación, porque en ésta no puede suponerse consentimiento mutuo. El Código Penal prevé la concurrencia de delitos cuando en un solo acto se violan varias disposiciones penales, y para el incesto, no tiene una afirmación expresa de que se necesite el consentimiento de ambos, ni mucho menos que nunca pueda haber un ofendido. La afirmación implícita contraria, queda manifiesta al no referirse para nada a casos en que la relación sexual se realice por medio de la violencia o con menores incapaces. Así pues, el hecho de que la ley prevea sancionar a ambos, tendrá vigencia sólo cuando, de acuerdo con las normas penales mismas, resulten responsables

los dos protagonistas." (Semanao Judicial de la Federación, XXVI, p. 96. Sexta época. Segunda Parte.)

Por si lo anterior fuera poco, habrá que decir que la tesis anterior no es la única que sostiene tal criterio, a continuación transcribo otras en el mismo sentido, sin que por ello consideremos que sean justificadas.

"Los delitos de violación e incesto pueden perfectamente coexistir, porque una cosa es que nadie pueda tener relaciones sexuales él solo, ya que relación significa referencia a otro, y otra, que el incesto se integre exclusivamente cuando las dos partes de la relación sexual la realizan de común acuerdo, pues esto es inexacto al ser posible que una de ellas verifique ayuntamiento carnal normal

contando con el solo cuerpo de la otra y no con su voluntad, siendo aquella la sola responsable del delito." (Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el Presidente de la Primera Sala, pp. 80-81, año 1963)

"La jurisprudencia número 339, visible en la página 725 del volumen correspondiente a la Primera Sala, última compilación que concede autonomía a las figuras delictivas de violación e incesto, subsiste cuando no opera el criterio de excepción externado por ésta Sala, que se originó al adicionarse el artículo 266 bis del Código Penal del distrito Federal, en el Diario Oficial de la federación del veinte de enero de mil novecientos sesenta y siete, con posterioridad a la citada jurisprudencia, en virtud de que se estimó como calificada de violación al cometerse por un ascendiente contra

su descendiente; motivo por el cual los hechos que podrían configurar el ilícito de incesto se subsumen dentro de la violación agravada. Criterio que no es aplicable a las legislaciones, como lo es el Código Penal del Estado de México que no prevé la hipótesis en cuestión para crear un tipo complementado cualificado, en cuyo caso subsiste paralelamente a la violación, el incesto, si no medió violencia física o moral en la relación sexual como en el que ahora se revisa." (Informe de 1985. Segunda Parte, p. 39).

A pesar de los contradictorios criterios anteriormente mencionados, somos partidarios de la no concurrencia entre el delito de violación y el de incesto, pues ambos son excluyentes pues mientras el delito de violación exige para su integración el uso de la violencia física o moral, la consumación del incesto requiere el consentimiento voluntario de sus agentes, esto quiere decir que si hay violencia física sobre alguien para

imponer el ayuntamiento carnal, no puede hablarse entonces de consentimiento alguno, desechándose la hipótesis de incesto. Por el contrario, si el ayuntamiento carnal entre parientes cercanos se da con su mutuo consentimiento, tal consentimiento destruye la hipótesis de la violación, por lo que es claro que la connivencia entre ambas figuras es materialmente imposible, pues no es dable que se hable simultáneamente, en un mismo acto, de consentimiento y de ausencia del mismo.

En el caso de la llamada violación impropia, el argumento es exactamente el mismo, ya que es claro que aunque se pruebe que hubo consentimiento, en estos casos no hay consentimiento válido, por lo que tampoco puede hablarse de compatibilidad con el incesto, ya que ambos delitos se excluyen mutuamente.

IV).- LA VIOLACION Y EL RAPTO.- Este problema los tratadistas lo abordan desde tres puntos de vista o corrientes doctrinales:

1.- la que afirma la independenciam de ambos delitos.

2.- La que afirma que el delito de violación queda subsumido en el de rapto.

3.- La que afirma que el delito de rapto queda subsumido en el de violación.

Partidario de la primera tesis VANNINI⁶⁴ se pregunta: ¿que sucede en el caso en que, después de haber cometido un rapto de persona menor con fines libidinosos (artículo 573),

⁶⁴Citado por PORTE PETIT. Opus Citatus. pag 105.

cometa violación carnal sobre la víctima? ¿podrá hablarse de una progresión criminosa, o sea de un concurso aparente? responde que no, porque en la progresión jurídica criminosa la objetividad jurídica de la infracción mas grave debe contener en sí y agotar la objetividad jurídica de la infracción precedente y menos grave, lo que aquí no sucede, porque el rapto es un delito contra la familia, mientras que la violación carnal es un delito contra la libertad sexual.

Para ORTIZ TIRADO⁶⁵ "El rapto en sí, no implica la forma delictuosa que revista el fin propuesto y, por lo mismo, los hechos delictuosos que puedan cometerse al tiempo y con posterioridad al rapto, deben castigarse cuando contengan todos los elementos constitutivos de la categoría delictiva que defina y que prevea nuestra ley, con independencia del rapto, y no pueden considerarse, como dice TEJERA, como actos distintos a una sola acción. Existe el concurso formal o aparente que

⁶⁵ "Apuntes de derecho penal". pp. 149-150, México,

llaman los autores, cuando la acción es una y varias las violaciones de la ley penal que de la misma se derivan; es cierto que una acción se puede componer de varios actos y que si estos diversos actos están todos determinados e inspirados por un fin único, el hecho es jurídicamente uno, aún cuando el resultado material sea múltiple, como por ejemplo, el que opone resistencia a varios agentes de la autoridad a la vez, el que causa diversas heridas a la misma persona en una sola acción, etc.; pero en el supuesto que estudiamos, rapto seguido de violación o de atentados al pudor, no solo existen diversos actos, sino también diversas acciones desde el punto de vista físico; con el apoderamiento y sustracción de la mujer con el objeto criminal que hemos indicado, se ejecutan diversos actos de una sola acción que consuma el rapto; con los atentados al pudor, o con la violación, se ejecutan varios actos de otra acción diferente, o sea, lo que MERKEL denomina "varias actitudes".

Sigue diciendo ORTIZ TIRADO: "Si el delito de rapto se comete para realizar la violación, esto es, cuando existe entre ellos la relación de medio a fin, se tiene, como dicen EUGENIO FLORIAN e IMPALLOMENI, la conexión real o ideológica, en la que existe unidad de determinación genérica, pero pluralidad de determinaciones específicas, no en consideración del fin que se propone obtener el delincuente, sino tomando en cuenta la ofensa que se inflige a la ley y el derecho o derechos que se vulneran. La tesis anterior la acepta el Proyecto en la parte final del artículo 261, al declarar, como una consecuencia del carácter privado del delito de rapto, que cuando éste se acompañe de otro delito perseguible de oficio, sí se procederá contra el raptor por éste último."

MENDOZA⁶⁶ también es partidario de la tesis de que el rapto es absorbido por el delito de violación, al afirmar

⁶⁶"Curso de derecho penal venezolano. Compendio de

que: "si la violación recae sobre una mujer casada, el adulterio queda absorbido por el de violación y lo mismo sucede con el rapto."

Aunque es bastante discutible el punto de vista de MENDOZA en lo que se refiere al delito de adulterio, pues a nuestro entender no se configura en la hipótesis que plantea, el resto de su tesis es compartida también por CARRARA, para quien la violación también absorbe al rapto cuando éste delito es seguido por la satisfacción del deseo libidinoso sobre la raptada, caso en que el rapto representa la primera exteriorización de la violencia.

PORTE PETIT⁶⁷ opina que en aquellas legislaciones que regulen el delito de rapto así como el de violación, ambos deben acumularse, ya que en éste último se viola un bien jurídico distinto del que tutela el delito de rapto.

parte Especial". p. 325. Caracas. 1957.

Sobre este discutido tema, las contradicciones llegan incluso al seno mismo de nuestro Máximo Tribunal, así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado las siguientes tesis:

"Los delitos de rapto y violación no permiten su incriminación conjunta, excluyéndose mutuamente; que en el primero de esos delitos, la acción de apoderamiento de la mujer va dirigida a la satisfacción de un deseo erótico sexual o para casarse; cuando se cumple el primero de esos propósitos no puede constituirse, evidentemente, el diverso delito de violación, pues la actitud no implica sino la fase consumativa del delito de rapto. Si se conviene en otro orden de ideas, en que el rapto lleva consigo el empleo de la seducción o del engaño, ejercidos en la raptada, es obvio que ese proceso

⁶¹Opus Citatus, pag. 107.

seductor excluye, por innecesario, el empleo de la violencia para el acto sexual."

"Se consuman en realidad y jurídicamente tantas violaciones cuantas veces esto aconteció; sin embargo, el apoderamiento, constitutivo del delito de rapto, no es de carácter mas o menos momentáneo como es la violación, sino que la sustracción del medio familiar que protege a la ofendida debe ser mas o menos prolongada, quedando durante cierto lapso sujeta a la voluntad del agente activo hasta que éste logre sus propósitos y aún después de ellos; esto es, que el bien jurídicamente protegido no lo constituye la libertad sexual de la víctima, sino el orden familiar que se ve desconocido, roto durante algún tiempo, por la acción violenta o seductiva del autor material, con el propósito definido de realizar la cópula con la ofendida; ahora bien, si se observa de

las constancias de autos que el retiro del hogar se presentó en varias ocasiones, cada una de ellas fue originada en la licencia maternal otorgada al quejoso para que trasladase a la menor de una ciudad a otra para que la dejase en la escuela y posteriormente volviese a llevarla a su domicilio en la primera ciudad indicada, de lo cual se valió el acusado para cometer las violaciones, pero retornándola inmediatamente después de cada acto sexual al seno de su familia, por lo que en estricto derecho se impone conceder el amparo al quejoso, para el efecto de que se le absuelva de tal imputación de rapto."
(*Semanario Judicial de la Federación. LI. pp. 77-78. Sexta época. Segunda Parte.*)

Existe todavía una tesis mas, según la cual "los delitos de rapto y violación no se excluyen"⁶⁸

⁶⁸Semanario Judicial de la Federación. LXXXIV, p. 1505. Quinta época.

V).- LA VIOLACION Y LA CORRUPCION DE
MENORES.-

Sobre este tema en particular, encontramos que, para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ambos delitos no son excluyentes, por lo que de hecho existe concurrencia entre ambos, dicho criterio es del tenor siguiente:

"Si una niña fue víctima de reiteradas fornicaciones consumadas por los dos acusados varones, siendo ella menor de diez años, sin que estuviera en aptitud de defenderse y de eludir la ofensa y hasta la embriagaban en ocasiones, aparte de que también se ejerció sobre ella violencia moral y física dadas las condiciones familiares en que se mantenía a la pequeña víctima y las edades comparativas de los protagonistas, es de concluirse que se comprobó el cuerpo del

delito de violación en los términos de los artículos 261 y 266 del Código Penal, y que también se comprobó el cuerpo del delito de corrupción de menores a que se refiere el artículo 201 del Código citado." (Semanao Judicial de la Federación. XXXIII, pp. 110-111. Sexta época. Segunda Parte)

VI).- LA VIOLACION Y LAS AMENAZAS.- Este es un tema interesante ya que se plantea el problema de si el delito de amenazas, en el contexto del delito de violación, tiene vida autónoma o, por el contrario, queda subsumido por éste delito (por el de violación).

Sobre este particular, la respuesta la encontramos en el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contenida en la siguiente tesis:

"Aunque sea cierto que el reo amenazó a la ofendida, debe estimarse que si en esto consistió la violencia moral que es uno de los elementos integrantes del delito de violación, resulta indebido considerar este hecho como un delito separado, ya que tales amenazas se subsumen en la violación."
(*Semanario Judicial de la Federación, XIII, p. 16. Sexta época.*
Segunda Parte)

3.10.- LA REPARACION DEL DAÑO EN LA VIOLACION.-

Desde luego que, en nuestra opinión personal, no es posible determinar la magnitud del daño causado en el delito de violación para efectos de cuantificarlo económicamente. Si no es posible determinar la cantidad justa a pagarse para reparar el daño físico causado, menos aún se puede cuantificar el daño psicológico ocasionado a la víctima de una violación.

No obstante lo anterior, y previéndose que, además de los daños físicos y psicológicos causados a la víctima del delito de violación, como agravación de la situación de la ofendida y como consecuencia de tal ilícito resulten hijos, tal situación la prevé el artículo 276 bis del Código Penal al determinar que:

"Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en éste título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio"

Ahora bien, hay que considerar que los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco y abarcan de acuerdo con el artículo 308 del Código Civil la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, comprenden además,

los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

En opinión de ROJINA VILLEGAS⁶⁹, "Podemos definir el derecho de alimentos diciendo que es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio, o del divorcio en determinados casos."

No obstante, debemos considerar que, en nuestro derecho, la obligación de dar alimentos se puede satisfacer de dos maneras:

a).- Mediante el pago de una pensión alimenticia, y

⁶⁹ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio de derecho civil". Tomo I. Ed. Porrúa, México. 1988. pag. 263.

b).- Incorporando al deudor alimentista al acreedor, para proporcionarle los elementos necesarios en cuanto a comida, vestido, habitación y asistencia en casos de enfermedad.

Sin embargo, dadas las características especiales del hijo producto de una violación, puede validamente la madre negarse a la segunda opción, en cuyo caso será operante lo dispuesto por el artículo 310 del Código Civil, que reglamenta los casos en que no puede haber reincorporación al seno familiar del acreedor alimentista, al prescribir lo siguiente: "El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir los alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro, y cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación".

En el caso a estudio, es claro que existe un claro inconveniente legal para incorporar a la familia del violador al producto de la violación, por una parte, mientras que por la otra, recordemos que, según la tesis jurisprudencial transcrita, la reparación del daño comprende también a la mujer violada en su derecho a recibir alimentos, quien recibirá para tal efecto el trato de divorciada.

De tal manera se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis:

"El derecho de incorporar al acreedor alimentario al domicilio del deudor, se encuentra subordinado a la doble condición de que el deudor tenga casa o domicilio propio y de que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor sea trasladado a ella y pueda obtener así el conjunto de ventajas

naturales y civiles que se comprenden en la acepción jurídica de la palabra alimentos, pues faltando cualquiera de estas condiciones, la opción del deudor se hace imposible y el pago de alimentos tiene que cumplirse, necesariamente, en forma distinta de la incorporación." (Tesis 35 de la última compilación de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1965. Cuarta Parte. p. 118).

3.11.- LA VIOLACION ENTRE CONYUGES.-

El problema de la violación entre cónyuges, ha sido motivo de muchas controversias entre los mas connotados tratadistas penales tanto de nuestro país como del extranjero, a tal grado que se puede decir que existen tres corrientes de opinión:

a) la que sostiene que existe el delito de violación entre cónyuges.

b) la que afirma que no existe el delito de violación sino el ejercicio de un derecho.

c) la que opina que no existe el delito de violación en tales casos, sino que se configura un delito diferente.

Para GOMEZ⁷⁰, partidario de la primera corriente, aquellos que no admiten la posibilidad jurídica de la violación entre cónyuges, invocan el argumento de la licitud de la cópula, emanada del derecho a la misma que al marido pertenece, y es innegable tal derecho, que tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y a sus finalidades responde, pero -agrega- la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante

⁷⁰"Tratado de Derecho Penal". Tomo III. p. 120. Buenos

para fundar la tesis enunciada, pues lo que sus defensores han debido mostrar, necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga facultad para recurrir a la violencia a fin de ejercitar su derecho cuando le es negado por la mujer, y esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza, finalizando que, por respeto a la dignidad humana, debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia -física o moral-, tiene acceso carnal con su cónyuge, comete el delito de violación.

JIMENEZ HUERTA⁷¹, partidario de la misma tesis, acepta que puede haber violación entre cónyuges puesto que el matrimonio "no cercena la libertad ni engendra ninguna servidumbre"

Aires. 1940.

⁷¹JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "Derecho penal mexicano". tomo II. Edit. Porrúa. México. 1971, p. 250.

Para GONZALEZ BLANCO⁷² "la cópula obtenida por medios violentos, aún dentro del matrimonio, constituye delito de violación"

Según GONZALEZ DE LA VEGA⁷³ "Reconocida la licitud de la cópula matrimonial y aceptado el derecho legal a su realización, puede pensarse que el marido que por la fuerza impone su cumplimiento a la esposa renuente no comete el delito de violación por ausencia de antijuricidad de su conducta y porque le asiste la excluyente de responsabilidad de obrar en el ejercicio de un derecho reconocido en la ley. No obstante que reconocemos el palmario derecho al fornicio matrimonial, estimamos que su exigencia por medios violentos no puede quedar amparada por la excluyente. Ciertamente que esta es una

⁷²GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. "Delitos Sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano". Edt. Porrúa. México. 1969.

causa de justificación de la conducta o de eliminación de lo injusto; pero como los derechos individuales están condicionados por los derechos de terceros, en la estimativa de la eximente, se hace necesaria la valoración jurídica de las acciones efectuadas por el sujeto al exigir o imponer el cumplimiento de su derecho y recordar los casos de "abuso del derecho" estudiados en la doctrina moderna. La cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio, es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos (art. 17 de la Constitución). Proclamar el derecho marital a la cópula aún por medios violentos no consentidos por la esposa, nos parece resabio bárbaro o de tipo medieval."

Entre los partidarios de la corriente que niega la violación

⁷³GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. "Derecho penal mexicano". Edit, Porrúa. México, 1971. p. 395.

entre cónyuges, ABARCA⁷⁴, sostiene que: "Los tratadistas presentan también la cuestión de la legítima defensa de la mujer que resiste el coito que el marido intenta con ella, y vienen a la conclusión de que, siendo el ayuntamiento sexual acto propio del matrimonio, el marido tiene derecho a ejecutarlo con su esposa y, por lo tanto, no cabe la legítima defensa de ésta, salvo el caso de que el marido lo intentare "contra naturam" o en condiciones que dañen gravemente la salud de la mujer o que la ofendan."

"En el derecho mexicano -sigue diciendo-, esta cuestión carece de sentido porque la legítima defensa tiene por objeto la defensa de los bienes jurídicamente protegidos, y de ninguna manera pueden caber dentro de estos bienes la continencia de la mujer casada respecto de su marido. Si el acto sexual que intenta el marido ataca otro bien jurídico como es la salud, o el

⁷⁴"El derecho penal en México", p. 285, México, 1941.

honor, cabrá la legítima defensa en las condiciones apropiadas para rechazar el acto que se intenta. Sería deshonesto para la mujer, que su marido ejecutara en ella el acto sexual públicamente, pero para defenderse de la agresión violenta no sería necesario que lo matara."

Partidario de la misma tesis es CARRARA⁷⁵, para quien "es indudable que aunque pueda reprochársele brutalidad, el marido nunca podrá ser declarado culpable en razón de cualquier acto que autorice la consumación o tentativa de la cópula carnal."

De igual parecer es CARRANCA Y TRUJILLO⁷⁶, para quien "no es constitutivo de delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando la

⁷⁵"Programma" parágrafo 1542, nota 2. (citado por PORTE PETIT, opus cit. P. 56.

⁷⁶"Código Penal Anotado", Edit. Porrúa, México, 1962.

violencia, pues ello es en ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima."

CUELLO CALON⁷⁷ sostiene que "El yacimiento o acceso carnal ejecutado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer, no constituye violación, pues aquel, al disponer sexualmente de ésta, obra en el ejercicio legítimo de un derecho, pero además la mujer no puede invocar, en caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay por parte del marido agresión ilegítima. Podrá aquel, en ciertos casos, ser responsable en vías de hecho o de lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación."

MAGGIORE⁷⁸, al opinar al respecto, afirma que "No existe delito en el hecho del cónyuge que obligue al coito al

paq. 616, nota 870.

⁷⁷"Derecho penal". Tomo II. Ed. Barcelona, 1955. p. 551.

⁷⁸"Derecho penal". Tomo IV. Edit. Temis. Bogotá: 1955

otro cónyuge, a menos que se trate de un "desahogo indebido y de manera ilícita", como dice CARRARA, esto es, de una cópula contraria a la naturaleza o peligrosa para la salud del sujeto pasivo."

MANZINI⁷⁹, por su parte, opina que "No es punible el cónyuge que constriña al otro cónyuge, mediante violencia o amenaza, a la conjunción carnal según la naturaleza y en condiciones normales. Entre los fines del matrimonio, en verdad está también el de proveer "remedium concupiscentiae".

De opinión similar a las anteriores son PANNAIN, SOLER, GONZALEZ ROURA, al negar la posibilidad de que se configure el delito de violación entre cónyuges, pues, al igual que los ya citados, opinan que se trata del "ejercicio de un derecho".

Partidario de la tercera corriente de opinión, es decir, de aquella que sostiene que no existe violación entre cónyuges pero sí un delito diverso, citaremos a VANNINI⁸⁰, para quien "no puede existir delito de violación carnal en la violación entre casados, pues no subsiste un derecho a la inviolabilidad sexual de un cónyuge respecto del otro, cuando, por el contrario, sí subsiste, un derecho a la no violación de la libertad individual".

Y continúa interrogando: "¿no comete delito el marido que con violencia o amenazas se une carnalmente con su mujer? y contesta: sí comete un delito, pero no el del artículo 319, sino el del artículo 610."

⁷⁹Citado por FORTE PETIT. Opus Cit. pag. 57.

⁸⁰Citado por FORTE PETIT. Opus Citatus. pp. 57-58.

En opinión de PORTE PETIT⁸¹ "El cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud. Por tanto, al realizarla, ejercita un derecho."

No obstante lo anterior, PORTE PETIT reconoce que al efectuarse dicha cópula por medio de la violencia física o moral, se está ejercitando ilícitamente este derecho; en consecuencia, no le puede amparar una causa de licitud, habida cuenta que para que el ejercicio origine el aspecto negativo de la antijuricidad, debe ser un ejercicio legítimo. Por otra parte, no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aún cuando lo ha ejercido indebidamente, originándose o debiéndose originar en todo caso un diverso ilícito penal: sería el ejercicio indebido del propio derecho previsto en el artículo

⁸¹Opus Citatus. pag. 58.

226, del Código Penal; en otros términos, a virtud del matrimonio los cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquellos y, consiguientemente, cuando realiza uno de ellos la cópula por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva, en opinión de dicho tratadista "no atacan la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose, en consecuencia, el delito de violación, sino el ejercicio indebido del propio derecho."

La suprema Corte de justicia de la nación tiene su propio criterio al respecto, el cual se reproduce en la siguiente tesis:

"El código civil, al referirse al matrimonio, no menciona en forma expresa, como una obligación de los

contrayentes, la sexual; pero siendo uno de los fines del matrimonio la reproducción de la especie, los cónyuges están obligados en todo caso a aquellos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa, quedando, por consiguiente, excluidas las cópulas de carácter anormal, aquellas en que intervenga el uso de anticonceptivos y las cópulas con enfermos que padecen males transmisibles, porque estos ayuntamientos serían ilícitos, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro. Aún en el supuesto de que la cópula se verifique por la vía normal, si se exige en forma violenta existirá el delito de violación, pues siendo el matrimonio un contrato, el cumplimiento del mismo debe ser exigido por la vía legal, sin que se autorice para ello el empleo de la violencia." (Anales de Jurisprudencia, XXXIV, p. 523.)

No existe mucha diferencia de opinión en tratándose de violación entre concubinos, donde, fundamentalmente, existen dos corrientes contrarias de opinión:

a).- La que sostiene que no existe el delito de violación entre concubinos. y

b).- La que sostiene que sí puede darse el delito de violación, tanto entre cónyuges como entre concubinos.

Partidario de la primera corriente, MANFREDINI⁸² considera que "asimismo, tampoco es antisocial y, por ende, no es antijurídica la violación sobre la concubina de un hombre que viva en concubinato, siendo obvio que las relaciones sexuales en estas hipótesis deben tener en el hecho aquella demostración de constancia, de unión sexual consentida, que está insito en el matrimonio, y que justifica los principios expuestos."

⁸²Citado por FORTE PETIT. Opus Citatus. pags. 61-62.

Por la corriente contraria, es decir, aquella que sostiene que este delito se puede dar tanto entre cónyuges como entre concubinos, tenemos a VANNINI⁸³ quien, al preguntarse si puede equipararse la concubina a la esposa, o sea, si puede la concubina ser sujeto pasivo del delito de violación carnal; y se contesta que "no es difícil responder a la pregunta, ya que la concubina no puede ser equiparada a la esposa, y, por tanto, es posible la violación carnal del hombre sobre la concubina, porque la concubina no tiene ninguna obligación jurídica de prestaciones carnales frente al amante; que el hecho de que la ley no prohíba convivencia "more uxorio", no confiere al hombre ningún derecho a prestaciones sexuales por parte de la mujer con quien convive, incluso porque sería extraño no admitir el delito de violación carnal del soltero sobre la concubina y, en cambio, admitirlo en la violación carnal del casado sobre la concubina"

⁸³Opus Cit. pag. 6.

Continuando su exposición, VANNINI opina que: "en este punto, toda la cuestión se centra sobre el consentimiento, si se tienen presentes las relaciones especiales que obligan al sujeto activo con el sujeto pasivo, pero si pudiera probarse con certeza que el hombre violó a sabiendas a la mujer (concubina) y conociendo el preciso y decidido disentimiento de ella, ¿como podrá negarse el delito de violación carnal?

4.- NUESTRA PROPUESTA DE RECLASIFICACION.

4.1.- JUSTIFICACION.- La violación es un acto de violencia física o moral que tiene en muchos casos repercusiones mas serias y duraderas que cualquier otro acto delictuoso. No obstante lo anterior "parece tener una legitimidad y una aprobación sociales de las que carece cualquier otra conducta delictiva"⁸⁴.

⁸⁴DOWDESWELL, JANE. " La violación: hablan los

Si bien es cierto que no solamente las mujeres pueden ser víctimas de violación, también lo es que este sector constituye la mayoría de los casos conocidos, por lo que nuestro estudio abarca exclusivamente a las violaciones sufridas por ellas, intentando con ello procurar una alternativa de procedimiento legal que evite aún mas su victimización.

En contra del estereotipo del extraño que ataca en lugares como en un callejón oscuro o en lugares abandonados, es mucho mas probable -de acuerdo con las estadísticas - que el violador sea alguien a quien la mujer conoce o ha visto antes. Menos de un cuarenta por ciento de los agresores son desconocidos; lo mas probable es que sean conocidos, ex novios, amigos, familiares o vecinos. El violador puede ser el marido, el padre, el jefe, el compañero de trabajo, en fin,

cualquier persona que, ya sea por el parentesco o por las relaciones amistosas que la vinculan a la víctima, lo hacen acreedor a su confianza y, consecuentemente, convierte la violación en un shock traumático de profundas consecuencias psicológicas.

Aunado a lo anterior, por si acaso la violación en sí misma considerada no fuera suficientemente traumática, nos encontramos que, puesto que dicho delito se persigue oficiosamente en nuestro país, la mujer violada tiene la obligación de presentarse personalmente ante el órgano investigador de delitos que, en manos de una persona impreparada, la someterá a morbosos interrogatorios en los que le recordarán en forma constante y minuciosa, momento a momento, el horror y la pesadilla por ella sufrida.

Pero aquí no acaba todo, posteriormente será remitida a un "medico forense", quien le practicará un minucioso y humillante examen en sus orificios genitales "para buscar restos seminales" y localizar posibles lesiones, examen que se puede repetir en días posteriores "en busca de secuelas de las lesiones", pues, generalmente, los hematomas se pueden apreciar a simple vista y con mucha mayor claridad después de varios días de ocurrido el hecho.

Pero si se cree que aquí termina el calvario de la víctima de un delito de violación, se cae en una grave equivocación, pues sin contar con la humillación y vergüenza a que se somete a la víctima con el interrogatorio tanto del órgano investigador como del médico forense, agreguemos a todo esto el shock que representa para ella el encontrarse en el proceso nuevamente frente a frente con su violador en los careos, el tener que verse

obligada a recordar nuevamente lo que lucha a toda costa por olvidar.

¿Y que se puede decir del amarillismo cotidiano de la prensa?. Lo que menos interesa a la mujer que ha sido víctima de una violación seguramente será que su desgracia sea conocida por todo mundo, por el contrario, desearía con toda seguridad que ni parientes ni amigos se enteren nunca de su vergüenza. ¿que sucede en cambio?, pareciera que la prensa encuentra acceso hasta a la información mas cuidadosamente ocultada, mas aún a aquella que representa la explotación del morbo público, lo que representa mas ventas y, obviamente, mayores ingresos económicos, para asegurarse de ello inclusive publican dichas notas en primera plana, a ocho columnas y con grandes titulares sensacionalistas, marginando la información que pudiera ser de interés nacional.

Por otro lado, tampoco podemos dejar de considerar que, en tratándose de violación entre cónyuges o concubinos, se dan circunstancias y situaciones especialísimas en las que hay que pensar detenidamente antes de someter a esa relación al riesgo del rompimiento radical, situación a la que se caería casi necesariamente si permitimos que a los cónyuges se les dé el mismo trato que al torvo violador que, agazapado en un oscuro callejón, espera pacientemente el paso de su víctima. La preocupación anterior tiene su origen al observar cómo la mayoría de las esposas o concubinas que denuncian a sus parejas por el delito de violación, a pesar de comprobarse el mismo dada la violencia empleada, posteriormente son las más preocupadas por conseguir su libertad, arrepentidas de haber denunciado el hecho.

4.2.- LA VICTIMA Y EL PROCEDIMIENTO.

En otro orden de ideas y entrando al terreno del derecho procesal penal, vamos a proceder a hacer un leve análisis de cada uno de los periodos procedimentales en materia penal y del papel que a la víctima de un delito de violación le corresponde jugar.

Así, podemos afirmar que en el procedimiento penal mexicano se pueden distinguir fácilmente tres periodos:

- a).- Periodo de preparación de la acción procesal;
- b).- Periodo de preparación del proceso, y
- c).- Periodo del proceso.

a).- LA VICTIMA EN EL PERIODO DE PREPARACION DE LA ACCION PROCESAL.-

Este periodo comprende todo un conjunto de actividades que desarrolla el Agente del Ministerio Público para resolver finalmente si ejercita o no la acción penal en contra del presunto violador, esto en base a las facultades persecutorias del delito que le confiere el artículo 21 Constitucional.

La función persecutoria del Ministerio Público le atribuye al mismo dos tipos de facultades o atribuciones, a saber:

- 1.- Actividad investigadora, y
- 2.- Ejercicio de la acción penal.

La actividad investigadora implica una labor de auténtica averiguación; de búsqueda constante de pruebas que, en el caso

concreto del delito de violación, se acredite plenamente su existencia, así como la responsabilidad de su autor o autores. Solo con la comprobación de los anteriores datos se puede comparecer ante los tribunales a pedir la aplicación de la ley.

Pero, ¿que sucede si la orden de aprehensión es negada porque, a juicio del juzgador, falte alguno de los requisitos del artículo 16 Constitucional?, en estos casos la víctima carece de legitimación para impugnar tal resolución, quien puede hacerlo es el propio Ministerio Público, pero no existe ninguna disposición legal que lo obligue a ello, lo que deja a la víctima del delito de violación en un evidente estado de indefensión.

En la actividad investigadora encontramos un principio que es muy importante para efectos de esta investigación, tal principio es conocido como "principio de requisitos de iniciación"⁸⁵, en cuanto no se deja a la iniciativa del órgano

⁸⁵RIVERA SILVA, MANUEL.- "El procedimiento penal".

investigador el comienzo de la misma investigación (pues de acuerdo con lo previsto por el artículo 16 Constitucional, están prohibidas las pesquisas), sino que para dicho comienzo, se necesita la reunión de requisitos fijados en la ley, entre los que encontramos la denuncia (en los delitos perseguibles de oficio), y la querrela (para los delitos perseguibles a petición de parte). Una vez presentada la denuncia o la querrela, entra en función el principio de oficiosidad, o sea, la obligación del órgano investigador de proveer todo lo necesario para proveerse elementos para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad penal de sus autores.

Una vez presentada la denuncia, el Ministerio Público turnará a la ofendida del delito al Médico forense para que se le practique un examen y, en su caso, se dé fe de las lesiones que presente (desgarres, hematomas, rasguños, etc.), lo que implica

la obligación para la víctima de soportar el exhibir sus partes íntimas tanto al Médico como a todos quienes intervengan en su revisión.

No quisiera pasar a analizar otro tema relacionado, sin antes hacer una reflexión que es muy importante porque fue una de las razones que nos motivó para trabajar sobre este tema:

Decíamos líneas arriba que el órgano investigador sólo comenzará a intervenir a partir del llamado "principio de requisitos de iniciación", esto es, que necesariamente habrá necesidad de una denuncia previa, sin embargo, ¿que sucede si la mujer violada, dentro de su humillación y su infinita vergüenza decide no denunciar el hecho, con la esperanza de que nadie se entere de su pena?, pudiéramos contestar

afirmando que este delito quedaría impune pues el Ministerio Público no tendría facultades para una investigación oficiosa sin la previa denuncia. Sin embargo ¿que pasa si en la violación hubo testigos y están dispuestos a declarar sobre los hechos?. La respuesta de igual manera no es difícil de dar, puesto que para iniciar una averiguación penal sólo basta satisfacer el principio de requisitos de iniciación, y toda vez que en los delitos perseguibles de oficio, la violación entre ellos, basta con que cualquier persona a la que les consten los hechos los denuncie ante el órgano investigador para que éste, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento del principio de oficiosidad, proceda, aún en contra de la voluntad de la víctima, a la indagación de los hechos.

b).- LA VICTIMA EN EL PERIODO DE PREPARACION DEL PROCESO.

De las investigaciones que practica el Ministerio Público, y que inicia a partir de que tiene conocimiento del delito de violación, y, suponiendo que estime probado el cuerpo del delito así como la probable responsabilidad penal de su autor o autores, se surtirá la necesidad de consignar la averiguación previa al juez penal correspondiente en ejercicio de la acción penal.

En el periodo de preparación del proceso, a diferencia del periodo de preparación de la acción procesal, el Ministerio Público deja su papel de autoridad investigadora para convertirse, de esta etapa hacia adelante, en parte interesada. Hipotéticamente se supone que la sociedad (?) interviene en todo procedimiento penal y el Ministerio Público asume su

representación; el problema es que, en su intervención como "representante social" olvida muy frecuentemente el papel de la víctima y no siempre tutela sus intereses. La mejor manera de comprobar lo anterior es que, además del estado de indefensión en que se deja a la víctima al imposibilitarla legalmente a impugnar una negativa a dictar la orden de aprehensión, tal condición se confirma tanto en el periodo de preparación del proceso, como en el proceso mismo, pues en ambos el pasivo del delito no se le permite que juegue el papel de parte y, en consecuencia, no puede ni probar ni alegar absolutamente nada, si acaso, se le permitirá aportar sus elementos al Ministerio Público quien en todo caso decidirá si los aprovecha o no. En este punto es de apuntarse la notable desventaja en que se encuentra la víctima frente a su violador:

1.-este puede escoger a su defensor. la víctima no, ya que se encuentra "representada" por el Ministerio Público quien es nombrado por el Estado sin ninguna intervención de ni opinión previa de sus "representados".

2.-Puede además revocar el nombramiento de su defensor en cuanto considere que no representa suficientemente sus intereses, lo que no sucede con la víctima.

c).- LA VICTIMA EN EL PROCESO.

En cuanto al papel que la víctima juega en el proceso, salta a la vista de inmediato la poca atención que los legisladores le han prestado.

En los tratados de Derecho Penal, en la parte general, se estudia a la víctima, en cuanto "sujeto pasivo", en forma por demás superflua; según parece lo verdaderamente importante para la dogmática penal es la teoría del delito, y dentro de ésta, ha tomado relevancia especial la teoría del tipo.⁸⁶

⁸⁶RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Opus Citatus. pag. 297.

Algunos autores consideran a la víctima del delito como un simple elemento del tipo, otros ni siquiera lo mencionan; en muy raras ocasiones se puede encontrar en los tratados de parte general, si acaso, será al referirse a la parte especial cuando se haga alguna referencia a la víctima.

El derecho penal regula la conducta humana en un contexto social, protegiendo bienes jurídicamente importantes para lograr la convivencia social, por tal razón, reprime determinadas conductas que, al calificarlas de antisociales, las denomina como "delitos".

Los delitos son enlistados y clasificados en un Código penal que, enfocado primordialmente hacia el infractor de la norma, le fija las consecuencias jurídicas de su conducta antisocial, y, por lo general, trata de eliminar toda mención hacia la víctima.

Sin embargo, en opinión de Von Henting "aunque la ley trate de excluir a la víctima de la participación en el delito y de lo a él inherente, ha reconocido a veces, titubeando y de mala gana, su implicación. Las leyes de los países latinos han ido mas lejos en este camino, probablemente porque su cólera está mas próxima al punto de explosión."⁸⁷

Así, encontramos que en el Código Penal Federal, en su artículo 52 establece lo siguiente:

Artículo 52. En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

1°.- ...

2°.- ...

3°.- Las condiciones especiales en que se encontraba en

⁸⁷Citado por RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Op. Cit. p. 297.

el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, **la calidad de las personas ofendidas** y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

En cuanto al papel de la víctima, ya en el proceso, el mas importante avance en su favor lo encontramos en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero que consigna, desde el primer artículo, la obligación del Ministerio Público de dictar "medidas para la protección de las víctimas", y, para los tribunales del Estado, (art. 3) "la protección de los intereses de la víctima".

El artículo 5 de dicho Código Procesal aclara que, si bien el ofendido no es parte en el proceso penal, podrá coadyuvar

con el Ministerio Público, proporcionando al juzgador, por conducto de aquél o **directamente**, todos los elementos que tenga y que conduzcan a comprobar la procedencia y monto de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el delito.

Una importante innovación la encontramos en la parte final del artículo comentado que establece que, en todo caso, el juez "mandará citar al ofendido", de oficio, para que comparezca en el juicio, **por sí o por representante**, a manifestar lo que a su derecho convenga.

Este avance, aunque pequeño, es muy significativo dado el olvido casi total en que se tenía a la parte ofendida del delito. no obstante, continúa sin tener calidad de parte en el proceso penal, lo que la coloca en evidente desventaja en el proceso, por lo que "Es indudable que el derecho penal debe ser, en palabras de uno de los grandes clásicos, un derecho protector

de los delincuentes, pero esto no implica, que se convierta en un derecho desprotector de las víctimas".⁸⁸

La justicia por propia mano está proscrita por el artículo 17 de nuestra Constitución, a cambio de eso, el Estado es quien toma la representación de toda la sociedad y, por conducto del Ministerio Público, reprime y persigue las conductas antisociales constitutivas de delitos, arrogándose el monopolio del ejercicio de la acción penal, de manera que, si un particular intentara dicha acción, se encontraría deslegitimado para hacerlo y su acción no solo no prosperaría sino que ni siquiera sería admitida.

La pérdida de ese derecho de "justicia propia" no significa que como víctima haya perdido sus derechos, todavía en las legislaciones civiles el delito es considerado como fuente

⁸⁸RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Opus Cit. p. 299.

de las obligaciones, esto trae como consecuencia una serie de derechos que puede ejercer la víctima de algún delito, sólo que ahora será ante autoridades de diferente jurisdicción.

Así, encontramos que el artículo 1735 del Código Civil para el Estado de Guerrero, uno de los mas modernos del país, establece:

"Artículo 1735.- Todo hecho del hombre ejecutado con dolo o culpa, que cause un daño a otro, obligará al autor a la reparación del daño y a la indemnización de los perjuicios, a menos que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa inexcusable de la víctima."

Sin embargo, queda todavía una cuestión por resolver: ¿como se cuantifican los daños y los perjuicios en una víctima de violación?

Anteriormente contestamos que, en caso de que de la violación resulten hijos, la reparación del daño consistirá en la asignación de una pensión alimenticia para ellos y para la mujer violada, en la proporción autorizada por el Código Civil en su parte conducente, misma que debe ser suficiente para garantizar alimentación, vestido, educación, salud, etc., el problema es: ¿que pasa si de la violación no hubo hijos? ¿tiene o no derecho la mujer violada a exigir reparación del daño?

¿como se considera reparado el daño en este caso?.

La solución no es fácil ya que la doctrina es omisa en cuanto a este punto concreto y, puesto que resultaría sumamente difícil el intentar ponerle precio al honor de una mujer mancillada, sólo nos queda la solución anglosajona del llamado "daño moral".

A este respecto, tendremos que decir que la reparación por daño moral no se encuentra suficientemente legislada en nuestro país, veamos un ejemplo:

En el Código Civil del Estado de Guerrero establece, en su artículo 1768, que la reparación del daño y la indemnización a la víctima por el daño causado serán "sin perjuicio de la indemnización por daño moral, si procediere.", sin embargo, a continuación precisa que dicha indemnización "podrá" ser acordada por el juez, pero "no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil".

¿Que es un daño moral? ¿cuando se estima que procede la indemnización por daño moral?, ¿cómo se determina cuando es procedente y cuando no dicha indemnización?, nada dice al respecto nuestra legislación, por lo que , mientras no se precise

tal circunstancia, con seguridad los intentos por lograr dicha indemnización por daño moral no obtendrán resultados satisfactorios.

c.1) EL PROBLEMA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Testigo es la persona física que puede suministrar datos sobre algo que percibió y de lo cual guarda recuerdo.⁸⁹

El testigo de un delito, es la persona física que en cualquier forma tiene conocimiento de los hechos constitutivos del mismo, consecuentemente, todos tienen capacidad para ser testigos. Así, el artículo 191 del Código Federal de Procedimientos Penales prescribe que "Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o

⁸⁹RIVERA SILVA, MANUEL. "El procedimiento penal". Ed. Porrúa. México. 1990. p. 249.

antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda dar alguna luz para la averiguación del delito y el juez estime necesario su examen."

Las excepciones a la anterior regla las encontramos en los casos del juez y del Ministerio Público, quienes por razones lógicas no pueden ser testigos de los asuntos en donde fungen como autoridades. Por lo que respecta a los familiares y dependientes directos del acusado, para el suscrito no están incapacitados para ser testigos, pues la ley sólo previene que "no se les obligará a declarar", lo que no les quita ni calidad ni capacidad como testigos.

Sentado lo anterior, cabría decir que en caso del delito de violación ante testigos, éstos se encuentran ante dos alternativas:

a).- Denunciar los hechos ante el órgano investigador, con o sin consentimiento de la víctima.

b).- Abstenerse de denunciar los hechos.

En el primer caso, de darse ésta hipótesis, podría decirse que con esta denuncia de hechos, por tratarse de un delito que se persigue de oficio, se agota el "principio de requisitos de iniciación", esto es que, aún cuando la víctima del delito de violación prefiriese ocultar su vergüenza y su humillación y deseara permanecer en el anonimato, aún cuando tal delito quedase impune, se satisface tal requisito de iniciación y en tratándose de delitos perseguibles oficiosamente, el Ministerio Público tiene ya no solo la facultad, sino también la obligación de realizar las investigaciones necesarias para comprobar tanto los hechos constitutivos del delito, como la responsabilidad penal de su autor o autores.

De esta manera, y como parte de su facultad investigativa, puede (y debe) citar a la víctima del delito para que comparezca a declarar su versión de los hechos; la hará revisar por uno o varios médicos legistas para efectos de certificar las posibles lesiones que presente y puede someterla a tantos y cuantos interrogatorios considere convenientes para aclarar o precisar los hechos sujetos a su investigación.

En el segundo caso, suponiendo que los testigos presenciales de los hechos se abstengan de presentar su respectiva denuncia de hechos o su testimonio, en caso de que la denuncia ya haya sido presentada por la ofendida, a requerimiento de la autoridad investigadora, deberá **obligatoriamente** presentarse a rendir su testimonio, pues de no hacerlo así, puede incurrir en el delito de encubrimiento, previsto por la fracción IV del artículo 400 del Código Penal.

c.2) EL PROBLEMA DE LA VIOLACION ENTRE CONYUGES Y CONCUBINOS.

Al margen de la vieja polémica protagonizada por las distintas corrientes doctrinarias acerca de la existencia o no del delito de violación entre cónyuges y concubinos, en la que al parecer la opinión dominante es la afirmativa, consideramos aún mas importante enfocar nuestro interés en los conflictos y las consecuencias posteriores que toda denuncia presentada por la mujer casada o la concubina por violación trae aparejada.

En efecto, suele ser demasiado frecuente que la cónyuge a la que le ha sido impuesta la cópula en forma violenta, al sentirse agredida sexualmente aún siendo por su esposo o concubino, la rabia y la indignación del momento la lleve a presentar una denuncia penal en contra de su violador.

aceptando desde luego pasar por todos los trámites mencionados con anterioridad (declaración ante la autoridad investigadora, exámenes médicos, interrogatorios, etc.) con tal de que se castigue la violenta fornicación realizada en ofensa a su voluntad; pero es aún mas frecuente el arrepentimiento en que incurren las víctimas de una violación sucedida en tales circunstancias, lo que las lleva a buscar por todos los medios la manera de sacar a sus respectivas parejas de la prisión a la que ellas mismas los sometieron.

¿Que hacer en tales casos?, recordemos que, siendo el delito de violación el mas grave de los delitos sexuales, el Estado ha puesto especial atención en el castigo ejemplar para quienes incurran en estas conductas y ha determinado, desde siempre, que se le persiga oficiosamente, consecuentemente, no puede hablarse de perdón o de retiro de acusación alguna, consecuentemente, habrá de esperar la resolución del juez que, de considerar probada la responsabilidad penal del acusado,

con seguridad lo condenará a varios años de prisión en castigo a su conducta lesiva a los intereses sociales.

El que el delito de violación se persiga, en todos los casos, de oficio, ha representado en la práctica un gran problema. Nuestros juzgadores se han visto frecuentemente ante grandes dilemas: ¿hasta qué punto la mujer que se dice violada está diciendo la verdad cuando del examen Médico no resultan lesiones que presuman la violencia física?

En ese aspecto la ley nos habla de la posibilidad de la violencia moral, es decir, aquella que se deduce de las amenazas; bastará entonces que la supuesta agraviada manifieste que accedió al ayuntamiento carnal porque fue amenazada con un mal mayor en caso de no aceptar la copulación; esta circunstancia, es decir, su dicho, puede ser suficiente para integrar una averiguación penal y enviar a un inocente a la cárcel. Pero, ¿que sucede si posteriormente,

arrepentida de su proceder, otorga el perdón judicial?²¹⁶ El tratamiento es el mismo que ya anunciamos líneas arriba: no procede el perdón en los delitos perseguibles de oficio, consecuentemente, sólo una retractación legal puede dar lugar a una segura sentencia absolutoria, pero traería otras consecuencias jurídicas para quien se condujo con falsedad, lo que no es materia de este trabajo.

c.3.- NUESTRA PROPUESTA

¿Cual sería entonces la solución?

A la luz de lo hasta aquí planteado, y considerando lo delicado del tema, seguimos considerando que el delito de violación es el mas grave de los delitos sexuales; que dicho delito, al cometerse mediante el uso de la violencia, sea física o moral, ataca de igual manera la voluntad y la libertad de la mujer de elegir el objeto de su actividad sexual y, por tanto, debe ser reprimido eficazmente por nuestras leyes.

Sin embargo, consideramos también que, al generalizarse las hipótesis del delito a "todo aquel que por medio de la violencia realice cópula", se incluyó a aquellos que, por su condición de cónyuges o concubinos, para una importante corriente doctrinaria de opinión, se está ante el "ejercicio legítimo de un derecho", por lo que no puede imputárseles violación alguna.

Independientemente de que estemos o no de acuerdo con este criterio, consideramos aún mas importante tomar en cuenta el alto porcentaje de mujeres que hoy pugnan por que sea operante la libertad mediante el perdón judicial, situación sólo operable en aquellos delitos perseguibles sólo por querrela.

En efecto, como ya lo mencionamos con anterioridad, cuando una mujer se ve vulnerada en su libertad sexual y sujeta a un ayuntamiento carnal no deseado, su rabia y desesperación pueden ser tal que se puede dar la posibilidad de que, no importando que su violador sea su propio esposo, se someta al procedimiento investigativo de rigor con tal de ver castigado a aquél que, valiéndose de su fuerza física, le impuso una cópula en contra de su voluntad. La reflexión vendrá después, cuando ya su pareja se encuentra privado de su libertad, entonces razonará de diferente manera y encontrará muchas razones justificativas para actuar de una manera totalmente contraria: de ser la mas interesada en castigar a su violador, pasará a ser la mas interesada en que éste salga en libertad para reintegrarse al seno del hogar.

Lamentablemente para ellas, esto sólo se conseguiría si el delito de violación, por lo que respecta al ocurrido entre

cónyuges y concubinos, como caso de excepción, se persiguiera por querrela necesaria.

En otro orden de cosas, en tratándose de mujeres mayores de edad (18 años o mas), suele suceder que, en un gran porcentaje de ellas, al ser víctimas del delito de violación, caen en un terrible shock nervioso y depresivo y se sienten vejadas y humilladas en su honor. En tales condiciones, lo que menos se les ocurriría sería hacer pública se vergüenza presentando su denuncia de los hechos; por el contrario, con toda seguridad preferirían que nadie, absolutamente nadie se entere de su desgracia aún cuando con ello su violación quede impune. Este convencimiento es aún mayor en aquellas mujeres que ya han tenido este tipo de experiencias anteriores o porque de alguna manera conocen el calvario por el que pasa quien ha sufrido una violación.

Para fundar un poco mas lo dicho con anterioridad, llama la atención la opinión de JANE DOWDESWELL, en los siguientes términos:

"En los momentos en que te sientes absolutamente confusa has de tomar una decisión importante, que te afectará durante bastante tiempo. Seguramente en lo último que quisieras pensar es en decidir si denunciarás o no el hecho a la policía."

"Si nos roban el coche o el bolso, casi todas iríamos a la policía sin pensarlo dos veces; pero en el caso de la violación, la reacción no es tan automática. Puedes encontrarte con que la mayoría de los que te rodean esperan que lo hagas inmediatamente. Es frecuente que la decisión inicial de

denunciarlo venga de los amigos y de la familia, que se hacen cargo de la situación y suponen que están haciendo lo "correcto"."

*"Lo cierto es que no estás legalmente obligada a denunciarlo y la decisión de hacerlo o no ha de ser tuya porque tú serás la mas afectada. Eres tú quien tiene que hacer la declaración y quien probablemente tenga que identificar al agresor e ir al juicio; no tu amiga ni tu compañero ni ninguna otra persona que intente forzarte a tomar una decisión de este tipo. Si no puedes tomar sola esa decisión, pide consejo a otras personas, pero no permitas que lo hagan por ti."*⁹⁰

⁹⁰DOWDESWELL, JANE. "La violación: hablan las mujeres". Ed. Grijalbo. México. 1987. p. 145.

En este caso, estamos ante la presencia de una víctima del delito que probablemente necesite previamente un tratamiento profesional antes de proceder en contra de su violador. de esta manera evitaríamos una doble victimización al obligar a la ofendida a someterse a un procedimiento que puede ocasionarle mayores traumas psicológicos y que pueden ser de difícil tratamiento y recuperación.

Lamentablemente, esto sólo podría lograrse si se introdujera, como caso de excepción, la posibilidad de que para las mujeres que sean mayores de edad el delito de violación se persiga por querrela necesaria.

Desde nuestro punto de vista, el delito de violación, por las profundas repercusiones que representa y por su intrínseca gravedad, debe continuar persiguiéndose de oficio, pues no sería ni justo ni conveniente socialmente que, en tratándose de

menores, incapacitados o minusválidos, sean del sexo que fueren, se dejara al arbitrio de sus tutores la facultad de instar al órgano persecutorio para que inicie el procedimiento represivo de tan deleznable conducta.

Si hoy planteamos estos casos de excepción, es por la preocupación que tenemos al analizar con gran detenimiento el caso concreto de la violación entre cónyuges y concubinos (violación incluso inexistente para un importante sector de respetados tratadistas penales), pues no creemos que el fin de la norma penal sea el de desintegrar un núcleo familiar en aras de hacer cumplir fríamente la ley.

Por otra parte, si al darse un hecho de ayuntamiento carnal en forma abusiva y violenta en perjuicio de una mujer mayor de edad, generándose el delito de violación, éste es denunciado por terceras personas que hayan presenciado los hechos, por ésta sola circunstancia, y por tratarse de un delito perseguible

de oficio, el Ministerio Público se encuentra obligado a iniciar la investigación de los hechos aún en contra de la voluntad de la víctima, provocándole seguramente un shock emocional que se sumará al problema psicológico por el que atraviesa toda mujer violada.

Por tal situación, creemos que en tales circunstancias debe generarse una segunda causa de excepción para que, si se da la hipótesis antes mencionada (violación sufrida por mujer mayor de edad denunciada por terceras personas), no se obligue a la víctima a someterse al procedimiento penal antes de ser auxiliada con un tratamiento médico-psicológico profesional, después del cual, quede a su criterio el proceder o no en contra de su violador.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito de violación, en virtud de los medios empleados para su comisión y las profundas repercusiones que deja tanto en la víctima como en la sociedad en general, es el mas grave de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

SEGUNDA.- El que el delito de violación sea el mas grave de los delitos de éste género, ha justificado que en todas las legislaciones penales del país se le clasifique, desde el punto de vista de su perseguibilidad, como el único de índole sexual al que se le reprime oficiosamente.

TERCERA.- El hecho de que este delito se persiga de oficio, ha traído como consecuencia que, aunque la víctima no desee denunciar de inmediato el delito por encontrarse en un estado de shock traumático y bajo una severa crisis emocional, si un tercero denuncia los hechos ante el Ministerio Público, éste, en ejercicio de sus funciones, en forma oficiosa inicia la investigación del delito, sin tomar en cuenta la voluntad de la ofendida.

CUARTA.- Por la razón anterior, se propone que, en tratándose de mujeres que sean mayores de edad y que estén en pleno uso de sus facultades mentales, y que hayan sido víctimas de este delito, se proceda en contra del violador a petición de la ofendida, estableciéndose como un primer caso de excepción a la regla general.

QUINTA.- En el marco doctrinario, mucho se ha polemizado acerca de si existe o no violación entre cónyuges y concubinos, existiendo un importante número de tratadistas que se inclinan por la respuesta negativa, argumentando que se trata del "ejercicio de un derecho".

SEXTA.- Frente a tal polémica, nuestra posición es que se considere el status y el vínculo que une a la pareja y, considerando el elevado número de mujeres que, arrepentidas de su denuncia inicial, busca liberar a su violador para reintegrarlo al seno del hogar, tal delito se persiga por querrela necesaria cuando se esté en esta hipótesis. De esta manera será operable el perdón judicial y traerá como consecuencia la cesación del procedimiento.

BIBLIOGRAFIA

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. *"Código penal anotado"*. Edit. Porrúa. México. 1962.

CUELLO CALON, EUGENIO. *"Derecho Penal"*, Tomo II, novena edición. Barcelona, 1955.

DOWDESWUELL, JANE. *"La violación: hablan las mujeres"*. Edit. Grijalbo. México. 1987.

FONTAN BALESTRA. *"Delitos sexuales"*. Segunda edición. Edit. De Palma. Buenos Aires. 1953.

FRIAS CABALLERO. *"El proceso ejecutivo del delito"*. Edit. Bibliográfica. Buenos Aires. 1958.

GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. "*Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano*". Edit. Porrúa. México. 1969.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. "*Derecho penal mexicano*". Edit. Porrúa México. 1970.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "*Derecho penal mexicano*". Tomo II. Edit. Porrúa México. 1971.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "*La antijuridicidad*". Imprenta Universitaria. México, 1952.

LUZON DOMINGO. "*Derecho penal del tribunal supremo*". Tomo II. Edit. Hispano Europea. Barcelona, 1964.

MAGGIORE. "*Derecho penal. Parte especial*". Tomo IV. Edit. Themis. Bogotá, 1955.

NOVOA MONREAL, CARLOS. "*Curso de derecho penal chileno*", Tomo II. Edit. Jurídica de Chile. 1966.

ORTIZ TIRADO. "*Apuntes de derecho penal*". México. 1929.

PORTE PETIT CANDAUCAP, CELESTINO. "*Ensayo dogmático sobre el delito de violación*". Edit. Porrúa. México. 1993.

PUIG PEÑA. "*Derecho penal*" Tomo IV. Madrid. 1955.

PUIG PEÑA. "*Colisión de normas penales*". Barcelona, 1955.

RIVERA SILVA, MANUEL. "*El procedimiento penal*". Edit. Porrúa, Mex. 1990.

RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. "*Victimología*". Editorial Porrúa. México. 1988.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "*Compendio de derecho civil*". Tomo I. Edit. Porrúa. México. 1988.

RUIZ HARREL, RAFAEL. "*La violación en México: un crimen impune*". Edit. Mundo Médico, tomo V, num. 48. México 1977.

SOLER, SEBASTIAN. "*Derecho penal argentino*". Tomo III. Edit. Argentina. Buenos Aires, 1970.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. *"Tratado de derecho penal"*. Tomo IV. Edit. Ediar. Buenos Aires. 1982.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. *"Teoría del delito"*. Edit. Ediar. Buenos Aires, 1973.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL D. F.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL
ESTADO DE GUERRERO.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUERRERO.