

109



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ACATLAN

"INEFICACIA DE FACTO EN LA INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA DEL DELITO DE VIOLACION"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIATURA EN DERECHO PRESENTA: SARA FERNANDEZ OCHOA

297312

ASESOR DE TESIS: LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedicatorias

A Dios.

Gracias por tus bendiciones, por permitirme estar en este mundo, Por vivir y tener salud, y por tener a mi familia conmigo. Gracias por iluminar mi camino día con día. Por las pruebas que me has puesto, y con las que aprendí a valorar lo que tengo, y ser feliz, gracias por todo lo que me has dado.

A mi mamá Sarita.

Muy en especial a ti, porque se, que desde tu estrella me cuidas, y se que te sientes orgullosa de mi, gracias por todo lo que me enseñaste de la vida, y gracias por quererme siempre. Te voy a amar y a honrar siempre.

A mis padres

A mi Mamá.

A ti mamá, te dedico especialmente este trabajo, por haberme dado la vida, por educarme, y hacerme valer por mi misma, por enseñarme a vivir con honestidad y dignidad, a ti que eres la persona más hermosa que conozco, por tener un alma tan grande y bondadosa, tanto como tu espíritu, por contagiarme tu alegría de vivir, y porque que gracias a ti, y pensando siempre en ti, logre llegar a este momento tan importante en mi vida, con tu apoyo, tus consejos, tu amor, dedicación y sacrificios. Gracias por todo esto y por ser mi mamá . Te amo mamá..

A mi Papá.

Gracias papá, por ser mi ejemplo a seguir, porque siempre estas conmigo, me aconsejas, y me proteges, porque por ti elegí el camino de la abogacía, de la justicia, porque que eres mi maestro, y amigo, gracias por tus consejos, por quererme y cuidarme, y porque escuchas lo que tengo que decir, te amo papá.

A mis hermanos y sobrino

A Marcos.

A mi amigo, mi compañero de juegos, a mi único hermano, gracias por estar conmigo y apoyarme, en las buenas y en las malas, por crecer conmigo, y por creer en mí, y siempre estar cuando te necesito.
Los quiero muchísimo

A Iliana.

A mi hermanita pequeña, mi amiga, mi mejor amiga, te dedico este trabajo, y se que algún día, tu estarás en esta misma situación, y yo voy a estar mas orgullosa de ti, como lo estoy ahora, te quiero mucho, y te deseo lo mejor de la vida, y me gustaría que este logro, te sirviera de ejemplo para que sepas que los sueños se pueden hacer realidad, y que nunca es tarde para empezar a construirlos.

A Alfredo Michel.

A ese angelito precioso que llego a nuestra familia, para darnos felicidad, y para unirnos más como familia.

A David

A mi compañero, simplemente por ser el amor de mi vida, porque a tu lado soy una mejor persona, te amo con toda mi alma, y te voy amar hasta el último día de mi vida, y más allá, gracias por atravesarte en mi camino, y por estar conmigo, te amo mucho.

A mis amigos.

- Lic. Gloria Rojas Martínez.
- Lic. Fernando Horta Díaz.
- Lic. Héctor Hernández Rosales
- Patricia Sanabria Miranda
- Ilse Fajardo Guerrero
- Liliana García León

*A mi asesor de tesis.
Licenciado Rafael Chainé
López.*

Gracias por compartir conmigo algo de su infinito conocimiento sobre el derecho, gracias por su amistad y apoyo.

*A la Universidad Nacional
Autónoma de México.*

Gracias a esta casa, que ha sido mi casa, por tantos años, y lo seguirá siendo por siempre, en la que me siento segura, y sobre todo muy orgullosa de pertenecer a ella, a mi Alma Mater, que confió en mi, y me dio la oportunidad de pertenecer a ella, de la que espero este muy orgullosa de mi, porque jamás la defraudare, gracias por hacer de mi una persona especial, desde el momento en pertenecer a ella en cuerpo y alma..

INDICE GENERAL

**INEFICACIA DE FACTO EN LA INTEGRACION DE LA AVERIGUACION
PREVIA DEL DELITO DE VIOLACIÓN.****Índice General****Introducción.****Capítulo I**

Conceptos Generales	01
1.1 Concepto de Violación	01
1.2. Elemento Material. Copula con Violencia	04
1.2.1. Copula Normal o Anormal	05
1.3 La Conducta	08
1.3.1. Clasificación del Delito en orden a la Conducta	09
1.3.2. Clasificación del Delito en orden al Resultado	10

Capítulo II.

Averiguación Previa	12
2.1 Concepto	12
2.2. Diligencias básicas para la integración de la Averiguación Previa	13
2.3 Integración de la Averiguación	15
2.4. Tipo	16
2.4.1. Clases de Tipo	17
2.4.2. Clasificación del delito en orden al tipo	22
2.4.3. Tipicidad	23
2.4.4. Cuerpo del Delito	24
2.5. Antijuricidad	33
2.5.1. Causas de Justificación	35
2.5.2. Violación entre cónyuges y concubinos	37
2.6. Culpabilidad	43
2.6. 1. Imputabilidad como Presupuesto del Delito	45
2.6.2. Idea de la Culpabilidad	47
2.6.2.1. Teorías de la Culpabilidad	49
2.6.2.2. Teoría Psicológica O Psicologista de la Culpabilidad	49
2.6.2.3. Teoría Normativa de la Culpabilidad	51
2.7. Formas de Culpabilidad	52
2.8. El Dolo	52
2.9. La Culpabilidad en la Violación	57

Capítulo III.**Marco Jurídico**

3.1.	El Iter Criminis	58
3.2.	La Tentativa	60
3.3.	Tentativa de Violación y Abuso Sexual	63
3.4.	El Momento Consumativo	64
3.5.	La Participación y concurso	65
3.6.	La Participación	65
3.6.1.	Formas de Participación	66
3.6.2.	Participación en la Violación	68
3.7.	El Concurso	69
3.7.1.	Violación y Estupro	70
3.7.2.	Violación y Abuso Sexual	70
3.7.3.	Violación e Incesto	72
3.7.4.	Violación y Lesiones	76
3.7.5.	Violación y Corrupción de Menores	79
3.8.	Penalidad para el Delito de Violación	79
3.9.	Circunstancias Agravantes de la Pena	79

Capítulo IV.**Eficacia en la Integración de la Averiguación Previa en caso del delito de violación**

4.1	Teoría y practica en la integración de la averiguación previa en caso del delito de violación	82
4.2	Criterios de la autoridad administrativa investigadora (Ministerio Publico) en la integración de la averiguación previa del delito de violación.	91
4.3	Criterios de la autoridad judicial (Juez) en la integración de la Averiguación Previa del delito de violación	95
4.4	Los derechos humanos de las víctimas del delito de violación	97
	Conclusiones	116
	Bibliografía	121

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Todo alumno al concluir su carrera, para obtener su título profesional, debe realizar un trabajo que cumpla con los requisitos que exige la Universidad en su normatividad.

La tesis que presento, tiene como propósito, cumplir con la ley y reglamento universitario, abordando un tema por lo más interesante, y tratar un delito que es de los que más se cometen en el Distrito Federal, y en el país.

Estoy totalmente convencida de lo escrito en él, ya que el tema fue escogido, con base en el Derecho penal, que es muy amplio y apasionante, así como una de las materias que me parecieron más interesantes, al estudiar la Carrera de Licenciatura en Derecho.

Al estudiar un delito en específico, y como en este caso el delito de VIOLACION, a la luz de la teoría del delito, resulta difícil y complejo.

Hay que reconocer que en la práctica, en ocasiones se presentan dificultades de criterio como son: acerca del término cópula, que tiene distintas acepciones desde el punto de vista médico y legal, otra dificultad de criterio es si se puede concurrir la violación con otros delitos como lesiones, o incesto. Existen otros motivos que producen dificultad para decidir, porque no se investiga suficientemente sobre los hechos, no siendo ajenos a que existen delitos de violación no castigados, como también existen casos en que los hechos denunciados no debieran llegar siquiera a consignarse, porque no resultan más que actos de presión, venganza o falsas acusaciones.

Tampoco soy ajena a las tendencias de que este delito, se castigue con mayor rigor y se tipifique cuando se introduzcan otros objetos en cavidades, vaginales o anales, que si bien en sentido estricto y conservador no es admisible que se tipifique como violación, sin embargo, debe considerarse como tal, para dar mayor seguridad a la sociedad, que es una finalidad propia del Estado y del Derecho.

A pesar de las posibles deficiencias considero que se presenta una inquietud, acerca no solo de la ley; sino también de su interpretación y de su aplicación y sobre todo de una realidad social y de una necesidad de resolver el grave daño que a la colectividad se produce.

CAPITULO I
CONCEPTOS GENERALES

CAPITULO I.

CONCEPTOS GENERALES.

1.1. CONCEPTO DE LA VIOLACION.

El delito de violación es dentro de los clasificados como sexuales, el de mayor gravedad, pues como asevera ANTONIO DE P. MORENO ¹ “el sujeto pasivo del delito sufre en su cuerpo el máximo ultraje que le impone el agente del delito, con el uso de la violencia física o moral, que lo constriñen y le impiden hacer uso de su derecho de resistencia y libertad”, FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA,² asevera que “además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los pasivos”. Para el argentino CARLOS FROTAN BALESTRA³ “la violación es el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima”. GIUSEPPE MAGGIORE⁴ expresa que consiste en “obligar a alguno a la unión carnal por medio de la violencia o amenazas”.

SEBASTIAN SOLER⁵ la define como “el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante la violencia real o presunta”.

¹ Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Editorial Porrúa México 1968. P. 250.

² Derecho Penal Mexicano. Los delitos. Edit. Porrúa México 1973, p. 380.

³ Manual de Derecho Penal Parte Especial I. Editorial de Palma. Buenos aires. 1951, p. 202.

⁴ Derecho Penal Parte Especial VOL. IV Editorial Themis Bogotá 1955. P. 56.

⁵ Derecho Penal Argentino. Volumen III Hipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1970. P. 282.

Entre nosotros CELESTINO PORTE PETIT⁶ considera como copula “la realizada entre personas de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta de la vis compulsiva”.

El código penal alemán en su artículo 177 sanciona como el acceso carnal y violento, la coacción realizada con violencia o amenaza, contra una mujer a fin de hacerle víctima de una conjunción carnal extramatrimonial, mujer que el autor ha colocado con esta finalidad en un estado de incapacidad de querer o de entender. En este precepto, como puede advertirse, se contempla tanto la llamada por la doctrina violación propia como la violación por equiparación. Para el maestro ANTONIO QUINTANO RIPOLLIZ⁷ el Código Penal Español sanciona como violación el yacimiento con una mujer en los tres casos siguientes:

- a) que se emplee fuerza o intimidación,
- b) que la mujer este privada de razón o sentido por cualquier causa, y
- c) que sea menor de 12 años.

El Código Penal de Argentina regula al delito en cuestión en el artículo 119 y lo define como acceso carnal de uno u otro sexo, cuando la víctima es menor de 12 años de edad, cuando el ofendido este privado de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiera resistir o bien, se use la fuerza o intimidación.

⁶ Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Editorial Mexicana, México 1933. p 12.

⁷ Compendio de Derecho Penal, Volumen II, Editorial de Derecho Privado. Madrid 1973 p. 171 y 172.

El Código Penal Mexicano de 1871 en su artículo 795 y el Código Penal de 1929 en su artículo 860 reglamentaban en idénticos términos el delito de violación “comete el delito de violación al que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de esta, sea cual fuere el sexo” el Código Penal vigente para el Distrito Federal antes de la reforma del 12 de diciembre de 1966 establecía que cometía el delito de violación “el que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta sea cual fuere su sexo”, en el año mencionado se suprimió la expresión “sin la voluntad de esta”, y por cierto, lo anterior, no fue del agrado del maestro GONZALEZ DE LA VEGA⁸ quien sostiene que “posiblemente por error de los visos legisladores, omitieron tan importante elemento o que probablemente pensaron que el empleo de la violencia física o moral suponía la ausencia del consentimiento de la víctima pero esto no siempre es verdad, ya que puede existir en el acto sexual la aplicación de la violencia con el pleno consentimiento del que la sufre, tal y como acontece en sórdidos episodios del masoquismo, biosadismo, en degradantes casos del ejercicio de la prostitución, del cruel exhibicionismo erótico, aún en el secreto de las alcobas de algunos matrimonios o concubinatos”.

En la República Mexicana la mayoría de los códigos penales conservan íntegro el texto del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal antes de la reforma o sea “al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula sin la voluntad de ésta”. Otros han suprimido “sin la voluntad de ésta”. Acorde con lo anterior podemos concluir

⁸ Ob.Cit. p. 382

que por violación se entiende la cópula con una persona mediante la violencia física o moral, sin su consentimiento.

1.2 ELEMENTO MATERIAL. CÓPULA CON VIOLENCIA.

La mayoría de las legislaciones no se han puesto de acuerdo en un vocablo unitario que constituya la materialidad de la figura delictiva que tratamos y se emplean incorrectamente como sinónimos los términos cópula, coito, conjunción carnal, acceso carnal, yacimiento carnal, ayuntamiento carnal, concúbiteo y fornicación. El legislador mexicano del Distrito Federal utiliza la expresión cópula que viene a ser el elemento objetivo del delito en cuestión. Pero la cópula por sí sola no tiene relevancia típica es un acto perfectamente normal que obedece a las necesidades del ser humano y para que adquiera matices delictivos es preciso que se asocie a determinados medios de comisión o a ciertas situaciones en que se encuentra el sujeto pasivo. LUIS JIMÉNEZ DE AZUA⁹ enseña que en algunas ocasiones el núcleo del tipo no reviste características antijurídicas sino que se relaciona con los medios empleados: “el acceso carnal es una función perfectamente ajena al derecho punitivo, si no va acompañado de violencia o de fraude”, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido “que para que exista el delito de violación, se requiere del hecho del acceso carnal de uno o del otro sexo, que es lo que constituye la materialidad de este delito” ya habíamos dicho que no existía punibilidad para el empleo de una sola voz constitutiva del núcleo de este tipo, en el delito en cuestión y así obtenemos que mientras el legislador utiliza el término cópula, nuestro más alto tribunal emplea el de acceso carnal.

1.2.1. CÓPULA NORMAL O ANORMAL.

La acción típica del delito consiste en la cópula, pudiendo ser ésta, normal o anormal. El significado de la palabra cópula, dentro de nuestras instituciones jurídico-penales positivas, ofrece aparentemente algunas dificultades que deben esclarecerse. El problema se origina, principalmente, en que el legislador mexicano emplea la misma voz “cópula” en la descripción de los delitos –violación y estupro- cuya composición jurídica es tan distinta que necesariamente ha de dársele a la citada palabra acepciones conceptuales diversas: extensas en la violación (ayuntamiento normal o anormal) y estrictas en el estupro (coito normal).

No es lo mismo la cópula normal y la cópula anormal, ya que la primera se da cuando hay introducción natural y completa la palabra gramaticalmente significa unión, atadura, trabazón, acción de copularse, unión sexual. A la voz que comentamos se le puede tratar desde el punto de vista biológico y otro jurídico. En el primer caso se dice que es la introducción del órgano viril en la vagina esto es la cópula normal. Sin embargo, pensamos que ésta no es la acepción que pretende darle el legislador, toda vez que en el artículo 279 de nuestro ordenamiento vigente se habla de tener cópula con una persona no se dice con una mujer y persona puede ser tanto hombre como mujer y si esto acontece, la cópula no ha de ser necesariamente normal o sea que el legislador considera que la cópula en la violación puede ser también anormal o sea la introducción del órgano

⁹ Citado por Celestino Porte Petit ob.cit. p. 15.

o miembro viril en cavidades no idóneas para el fomicio como podría ser la vía anal u oral, como después lo expondremos.

La doctrina en este sentido es dispar destacándose dos posturas:

- 1.- La que acepta únicamente la cópula normal.
- 2.- La que estima que la cópula de la relación puede ser normal o anormal.

Dentro de la primera corriente FEDERICO PUIG PEÑA Y ANTOLISEY PANAI¹⁰ aseguran que el acceso carnal debe efectuarse necesariamente por la vía vaginal pues de no efectuarse de este modo emergerá otra figura delictiva, pero nunca podrá hablarse de impunidad de violación. En la segunda postura encontramos a los que sostienen que la cópula puede ser normal o anormal.

En estas se contemplan dos vertientes:

- a) Unos consideran que coito “es el ayuntamiento carnal de los órganos sexuales del forzador y del forzado” y que son órganos sexuales el pene, la vulva o ano, pero no la boca; FELATIO IN ORE, que propiamente se ha designado coito bucal como únicamente una forma de masturbación por medio de la boca, no constituye violencia carnal sino solamente un acto libidinoso.

¹⁰ Citado por Jorge Petit p.17. Derecho Penal Vol. IV Ediciones Nautas, S. A. p. 31

Discrepamos de esta opinión porque definitivamente el ano no es un órgano sexual; cierto que en él se encuentra un sin número de terminaciones altamente sensibles que pueden hacer y de hecho hacen mayor la excitación, pero desde luego no es un órgano sexual; su función es enteramente diferente.

b) Otros autores, entre ellos el maestro FORTAN BALESTRA¹¹ convienen que la cópula puede ser normal o anormal sin hacer alusión a la FELATIO IN ORE un grupo más adentro de esta corriente, entre ellos la mayoría de autores acepta la posibilidad de la cópula por la boca; desde nuestro punto de vista somos del parecer que definitivamente en la violación la cópula puede ser normal o anormal a diferencia del estupro en que forzosamente debe ser normal, por las cualidades exigidas por el tipo del sujeto pasivo: una mujer que es casta y honesta, no habla de cópula distinta a la normal.

En estas condiciones estamos de acuerdo con el pensamiento de los penalistas mexicanos y creemos que la cópula puede efectuarse vía vaginal, anal u oral y desde este momento sostenemos que lo que va a decidir si un acto es no constitutivo de una cópula será la naturaleza del objeto introducido por el activo en el cuerpo de la víctima: si se trata del órgano sexual, entonces nos hallaremos ante una cópula. El anteproyecto del Código Penal para el Estado de México, define correctamente a nuestro juicio, como violación la introducción de cualquier objeto en el cuerpo del sujeto por vía vaginal o

anal, porque las normas encuentran su fuente real en la problemática social y actualmente este criterio obedece a un clamor de sus habitantes, por existir más violaciones de este tipo, denominada comúnmente violación instrumentada.

1.3. LA CONDUCTA.

En todos los delitos el elemento objetivo del núcleo del tipo esta constituido por una conducta y este sentido los autores no logran ponerse de acuerdo acerca del término y así algunos consideran que el adecuado es conducta, otros acción, unos más acto y todavía otros estiman que deben ser el de hecho. Suele acontecer que cuando se ha llegado al fondo de un problema comienzan las discusiones en torno a la terminología y para nosotros esto es lo de menos; pese a ello nos inclinamos por el empleo de la palabra conducta que incluye tanto la acción como la omisión. Algunos autores distinguen entre la conducta y hecho y hablan de la primera cuando el tipo no exige la producción de un resultado y del segundo cuando se requiere una mutación del mundo exterior=resultado. Por conducta vamos a entender el movimiento humano voluntario, positivo o negativo, tendiente a la realización de un fin. La conducta pues en la violación esta constituida por la cópula que es, como ya explicamos la introducción del órgano viril dentro de una cavidad corporal de la víctima, sea vaginal, anal u oral. Diremos también que el aspecto negativo de la conducta viene a ser precisamente la ausencia de conducta y los

¹¹ Ob. Cit. P. 210

estudiosos de la materia citan como ejemplo de ello la fuerza física exterior irresistible, el sonambulismo, el hipnotismo y los movimientos reflejos.

Pensamos que en el delito de violación no pueden darse casos de ausencia de conducta o quizá esforzándonos mucho podríamos imaginar el caso de alguien que realiza una cópula violenta que se encuentra en estado hipnótico, aunque a decir verdad, rechazamos esta hipótesis, porque la opinión de los conocedores es la de que ningún hombre en ese estado puede realizar un acto que le resulte repulsivo a su conciencia. Sin embargo, si en algún momento se llegase a demostrar que un sujeto actuó bajo sugestión hipnótica, no dudaríamos en afirmar que nos hallamos en una situación de ausencia de conducta.

1.3.1. CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Atentos a la conducta del sujeto, la violación es un delito, de acción, o sea, que se comete mediante una actividad, un hacer no es posible que pudiera ejecutarse por una omisión, por un no hacer, el núcleo del tipo, o sea el verbo copular es necesariamente activo. También es un delito unisubsistente pues basta sólo acto del sujeto activo para configurarlo. Cuando afirmamos que basta un solo acto del agente queremos decir que únicamente se requiere una cópula, pues algunos autores creen que el delito es plurisubsistente cuando requiere para su integración varios movimientos corporales del

activo. Nosotros no contemplamos así el delito plurisubsistente. PORTE PETIT¹² enseña que puede ser también plurisubsistente porque al llegar al fornicio el agresor ejecuta varias acciones. Somos de la creencia que un delito es plurisubsistente cuando la ley pide más de un acto para su integración, como acontece en el Código Penal del Distrito Federal que necesita que violen dos veces o más los reglamentos o disposiciones sobre tránsito de vehículos en los que se refiere al acceso de vialidad, para que se tipifique el delito de ataques a las vías de comunicación, o como se exige en algunas legislaciones en que no basta el manejar vehículo de motor en estado de ebriedad sino que es menester que se cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito. Tal es la esencia del delito plurisubsistente. Atentos a los anteriores, sostenemos que el delito de violación es unisubsistente porque requiere solamente de una cópula violenta para su aparición.

1.3.2. CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO.

La consecuencia de la conducta, de ese movimiento humano corporal positivo o negativo, es lo que recibe el nombre de resultado. Algunos delitos para su configuración requieren solamente de una conducta, otros en cambio precisan de un resultado que se manifiesta en la transformación del mundo exterior, en cambio perceptible objetivamente de la realidad.

¹² Ob.Cit. p.28.

Así por ejemplo en el delito de homicidio se genera una mutación en el mundo: un hombre que antes vivía ahora está muerto. El delito de violación es de mera conducta, porque no exige la producción de ese cambio. Algunos aseveran que el cambio podría ser por ejemplo la desfloración, pero eso no es exacto, porque para que haya cópula no es necesaria la desfloración; así lo ha sostenido nuestro más alto Tribunal en reiteradas ocasiones. En orden al resultado entonces la violación es un delito formal pues el delito se limita a describir la conducta del agente y los medios de que ha de valerse para alcanzar la conjunción carnal, pero no alude a ningún resultado. Así lo considera entre otros FRANCISCO PAVON VASCONCELOS¹³ también tratase de un delito de lesión puesto que se causa un daño efectivo en el bien jurídicamente protegido. Recordemos que frente a los delitos de lesión encontramos a los de peligro en los que no existe un daño al objeto jurídico sino una mera posibilidad de daño. Es de igual manera un delito instantáneo, toda vez que la consumación o el ataque a la objetividad jurídica se efectúa en un solo momento, como se verá más adelante al tratar el momento consumativo.

¹³ Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. México 1978. P. 232).

**CAPITULO II
AVERIGUACION PREVIA**

CAPITULO II.

AVERIGUACION PREVIA.

2.1. CONCEPTO.

La averiguación es la acción y efecto de averiguar, (del latín *ad, a, y verificare: de verum, verdadero y facere, hacer*). Indagar la verdad hasta conseguir descubrirla.

El vocablo es utilizado en su forma más general y ordinaria, en referencia a la esfera procesal penal.

El artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Penales al establecer los distintos periodos del procedimiento penal, señala en su fracción I, el de la averiguación previa, que comprende las diligencias necesarias para que el Ministerio Público pueda determinarse en orden a la acción penal.

Esa etapa de averiguación previa también recibe la denominación de preliminar; las actuaciones son realizadas, en sede administrativa, por el Ministerio Público.

La fase de averiguación comprende desde la denuncia o la querrela (que pone en marcha la investigación) hasta el ejercicio de la acción penal, con la consignación, o –en su caso- el acuerdo del archivo con la conclusión de la averiguación, o la determinación de reserva, que solamente suspende la averiguación.

La averiguación tiene por objeto que el Ministerio Público practique todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del diligenciado, en definitiva se trata de una preparación para el ejercicio de la acción penal.

La averiguación comporta, por consiguiente, todas las actuaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad material, de la verdad histórica.

2.2. DILIGENCIAS BASICAS PARA LA INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA.

La preparación del ejercicio de la acción penal.

a) Denuncia: El Agente del Ministerio Público puede tomar conocimiento de un hecho delictuoso, en forma directa e inmediata por conducto de particular, por agente de la Policía o por quien esté encargado de un servicio público.

b) Naturaleza jurídica del delito de que se trata..

c) Requisitos de punibilidad cuestiones prejudiciales y requisitos de procedibilidad Declaración del denunciante o bien la ofendida u ofendido a quien se le remitirá con el médico para su examen ginecológico correspondiente.

- d) Declaración de testigos a quienes se les protestará y si se trata de menores, se hará ante la presencia de sus padres, solicitando el auxilio de trabajadoras sociales y psicólogos, usando un lenguaje claro y sencillo, así como dibujos y figuras.
- e) Inspección ministerial en el lugar de los hechos, la cual deberá practicar físicamente el titular, en compañía de los peritos necesarios. -
- f) Solicitar la Representación Social, la intervención de la Policía Judicial para la investigación exhaustiva correspondiente.
- g) Los certificados médicos practicados a la víctima y al indiciado se agregarán a la averiguación previa.
- h) En caso de que haya detenido, se le deberá pasar inmediatamente al servicio médico, para que perito médico legista dictamine sobre su estado físico, se le tomará su declaración en presencia de su abogado o persona de su confianza, exhortando al primero para que declare con verdad y hecho esto, se le deberá pasar nuevamente con el médico a fin de que no se diga golpeado, o torturado, y por lo tanto forzado a declarar.
- i) En caso de ser necesario, llevar a cabo lo dispuesto por el artículo 9 bis del código de Procedimientos Penales, es decir identificar al sujeto activo del delito sin que éste vea a quien lo identifica, haciendo uso de la cámara de gessel.

- j) Las demás que se estimen pertinentes.
- k) Resolver lo conducente.

2.3. INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA.

Como se puede observar la primera diligencia para la integración de la averiguación previa es la declaración de quien realiza la denuncia o la querrela, en la que hace del conocimiento de la autoridad el hecho delictivo, una vez iniciada la averiguación previa se le dotara del número correspondiente al folio, así como al año y el mes en que se inicia la misma; en la declaración inicial se recabarán todos los datos que pueda aportar en relación al hecho de que se trata, la persona agraviada o la representante de esta, en caso de ser incapaz o menor de edad, en el caso del delito de violación será la denuncia de dicha persona, misma que será protestada para que se conduzca con verdad, y de la que se recabara una síntesis de los hechos a investigar, aportando la media filiación del o los probables responsables, en caso de no estar detenidos, a fin de que se realice el retrato hablado por parte del Perito en Dibujo, se realizará por parte de un Perito Médico Forense examen de integridad física y lesiones, estado psicofísico, ginecológico, proctológico, y edad clínica probable, en su caso, de la persona agraviada; examen del que se dará fe, y se emitirá un dictamen, mismo que se agregará a la averiguación previa que se inicia, también se dará intervención al servicio de psicología para efecto de que Perito Psicólogo realice entrevista psicológica, y valore en ese momento a la persona agraviada; se dará asimismo intervención a policía judicial para efecto de que elementos de la misma realicen la investigación exhaustiva de los hechos, en caso de existir testigos, se recabará la declaración de los mismos, y se realizará la inspección ocular en

el lugar de los hechos, a efecto de recabar objetos, evidencias e indicios de los mismos, y se dará fe de la misma, dándose intervención de los peritos necesarios como pueden ser en materia de fotografía, criminalística de campo, química forense, etcétera, se recabará también la declaración del indiciado si se encuentra detenido, mismo a quien también se le realizará por parte de perito médico examen médico de integridad física y lesiones, estado psicofísico, peso, talla, y andrológico, examen del que se realizará un dictamen y se agregará a la averiguación previa, dándose fe del mismo.

Una vez realizadas las diligencias básicas y demás que en derecho procedan, así como el resultado de las mismas y si se concluye que existen reunidos y satisfechos los elementos del cuerpo del delito así como la probable responsabilidad del indiciado, se procederá a resolver la averiguación previa, proponiéndose el ejercicio de la acción penal, en contra del mismo.

2.4. TIPO.

El tipo es la expresión usualmente utilizada por la doctrina para aludir la descripción de una conducta prohibida, realizada por una norma jurídico-penal. Algunas veces en el tipo se contiene todos los elementos del cuerpo del delito y entonces es acertado decir que es la descripción de un delito, pero en otras únicamente describe la conducta; en estos casos no podemos indicar con propiedad que es la descripción de un delito, sino únicamente de la conducta. Se define también como la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Hay tipos muy completos, en los cuales se contiene todos los elementos del cuerpo del delito, como ocurre, por ejemplo, en el de allanamiento de morada, en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos “con engaños”, “furtivamente”, etc. En este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo consiste en *la descripción legal de un delito*. Sin embargo, en ocasiones la ley se limita a formular la conducta prohibida (u ordenada, en los delitos omisivos); entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino una parte del mismo. Lo invariable es la descripción del comportamiento antijurídico (a menos que opere un factor de exclusión del injusto, como la legítima defensa). Con razón el profesor Mariano Jiménez Huerta, en su obra *La tipicidad*, define al tipo como *el injusto recogido y descrito en la ley penal*. En concreto: el tipo a veces es la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete “el que priva de la vida a otro”.

2.4.1. CLASES DE TIPOS.

ALFONSO REYES ECHANDIA¹ hace una clasificación de tipos en relación a su estructura, con el sujeto activo, con el bien jurídicamente tutelado y con su contenido.

En relación a la estructura, dice REYES ECHANDIA los tipos se dividen en básicos, especiales y subordinados. Son tipos básicos o fundamentales aquellos que describen

conductas que lesionan la integridad del bien jurídico protegido y respecto de los cuales el proceso de adecuación típica es autónomo en cuanto se realiza sin la ejecución ni la referencia de otros tipos. Los tipos fundamentales o básicos no dependen para su existencia de ningún otro. Los tipos especiales, señala el mismo autor, se caracterizan porque describen conductas referibles al básico aunque diferenciables de él, en cuanto que agregan, suprimen, modifican, concretan o cualifican elementos de aquel. Esta particular estructura de tales tipos le da vida propia e independiente y luego agrega, utilizando una expresión de PAVÓN VASCONCELOS "sin subordinación al tipo elemental"

Son tipos subordinados o complementarios aquellos que, refiriéndose inmediatamente a uno fundamental o especial, solamente circunstancias nuevas que apenas cualifican uno o varios elementos al tipo al cual se refieren. Por esta razón carecen de idea propia y no pueden aplicarse con independencia a los otros.

Estos tipos subordinados o complementarios se dividen a su vez al igual que los especiales en privilegiados y agravados. En los primeros la pena se disminuye y en los segundos la pena aumenta.

De acuerdo a lo anterior el tipo del delito de violación al que se refiere el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal en vigor, es tipo fundamental o básico.

¹ Tipicidad. Editorial Themis, Bogota Colombia 1985, p.p. 55 y 112

En relación a su estructura también REYES ECHANDIA clasifica a los tipos en elementales y compuestos, y escribe que el tipo elemental es aquel que aparece conformado por la descripción de un solo modelo de comportamiento, sea que hay sido elaborado de manera simple y esquemática, o bien que contenga aditamentos cualificables.

El delito de homicidio descrito en el artículo 302 de nuestro código, enseña el maestro, es ejemplo clásico de esta primera modalidad, pues el tipo se limita a describir el hechos de quien da muerte a otras persona; el hurto en cambio, lo es de segunda, porque el hecho escueto de sustraer una cosa agrega que esta sea ajena y mueble, se realice sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella.

Por tipo compuesto ha de entenderse aquel que describe una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría integrar por sí misma un tipo autónomo, aunque referido al mismo bien jurídico, o varias especies de un mismo comportamientos, se dice también que muchos de estos tipos son de formulación causista, porque las posibles agresiones al bien jurídico han sido plasmadas a través de la descripción de casos, en vez de utilizar una formula amplia que pueda comprender todas las probables maneras de lesionar tal interés. En este orden de ideas el tipo de violación viene a hacer un tipo compuesto, pues el acto de cópula agrega que esta se ha de realizar por medio de violencia física o moral. También de acuerdo a su estructura, divídanse los tipos en completos e incompletos. Los primeros describen a toda su integridad tanto la conducta como la sanción, los segundos son aquellos respecto de los cuales falta la conducta o la

sanción. El delito en estudio se trata de un tipo completo y por último tenemos que en relación a su estructura los tipos se clasifican en autónomos y en blancos.

Los primeros son aquellos tipos autosuficientes en cuanto permiten adecuación directa e indirecta de tal manera que el intérprete encuentra en ellos todo lo que necesita para su completo entendimiento y aplicación. No solamente contiene precepto y sanción sino que uno y otro aparecen de manera expresa e integral. La doctrina conoce a otros tipos con el nombre de tipos penales en blanco y se caracterizan porque en ellos la conducta no aparece completamente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo y a otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla. Por lo dicho tenemos que el tipo de la violación es un tipo autónomo. En cuanto al sujeto activo el multicitado maestro expone que los tipos se dividen en monosubjetivos y prurisubjetivos, los primeros son aquellos cuya conducta se realiza por una sola persona; los segundos son aquellos que requieren para su integración la presencia necesariamente, no eventualmente, de dos o más personas, como acontece en la asociación delictiva. El tipo de la violación es monosubjetivo y esto no quiere decir que en la comisión del delito no puedan concurrir dos o más personas. Tocante a la calidad de los sujetos los tipos pueden ser sujeto activo común o indeterminado y de sujeto activo cualificado. En aquellos no se requiere ninguna cualidad del sujeto activo, pueden ser realizados por cualquier persona; en estos en cambio la ley exige ciertas características que debe poseer el sujeto activo.

El tipo que tratamos es de sujeto común o indeterminado, pues puede ser cometido por cualquiera; la ley establece que “al que”; lo anterior significa puede efectuarlo cualquier persona. En cuanto hace al sujeto pasivo cabría hacer la misma división: tipos de sujeto pasivo indeterminado o cualificado en relación con el bien jurídico tutelado, REYES ECHANDIA clasifica a los tipos de simples o monofensivos y complejos o pluriofensivos y en tipos de lesión y de peligro. Llámense tipos simples o de conducta monofensiva a aquellos que protegen un solo interés jurídico, son tipos complejos o pluriofensivos los que tutelan más de un interés jurídico es tipo de lesión aquel respecto del cual la adecuación típica envuelve la destrucción o disminución del bien jurídico materia de la protección estatal; algunos designan a estos tipos como de daño. Son tipos de peligro aquellos que describen conductas que tiene como finalidad amenazar o poner en peligro el bien jurídicamente tutelado, como acontece en el delito de PORTACION DE ARMA PROHIBIDA.

Por último en cuanto a su contenido, los tipos se clasifican en de mera conducta, de resultado, abiertos y cerrados, instantáneos o permanentes y de acción o de omisión.

Son tipos de mera conducta los que describen como punible el simple comportamiento del sujeto, aquellos en los cuales el legislador estima que la conducta por si sola pueda originarse. Los tipos de resultado son aquellos, como ya lo expusimos antes, en los que se exige la producción de un evento dado, de modo de que si este no se ejecuta, el hecho carece de tipicidad plena. Son abiertos aquellos tipos en los que se escribe escuetamente la conducta y se menciona solamente el resultado sin indicar en el primer caso las circunstancias con que dicha conducta ha de efectuarse, ni indicar en el segundo la

modalidad del comportamiento que ha de producirlo. Los tipos cerrados concretan circunstanciadamente la conducta o señalan no solamente un resultado, sino la forma en que ha de producirse, de manera que si el comportamiento del agente no se realiza de la manera como de escribe en el tipo, no es posible subsumirlo a él. Los tipos instantáneos son aquellos en los que la realización del comportamiento escrito o la producción del evento señalado se agotan en un solo momento. Son tipos permanentes aquellos en los que la conducta del agente se prolonga en el tiempo, de modo que su proceso consultivo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del sujeto, como resultado de maniobras de la víctima o en razón de las circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción.

Son tipos de acción los que requiere de parte del sujeto activo la realización de actos perceptibles por los sentidos y de omisión aquellos de los cuales se describe una conducta negativa, un no hacer. Dentro de los delitos de omisión se distinguen los de omisión simple y los de comisión por omisión que son aquellos en los que se produce un resultado.

2.4.2. CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.

Siguiendo la clasificación que hemos citado podemos decir que el tipo de delito de violación es un tipo básico fundamental, porque describe una conducta que lesiona el bien jurídico protegido y no depende para su existencia de ningún otro tipo, es un tipo compuesto porque no basta la sola realización de la cópula sino que se exige que esta se lleve a cabo por medio de la violencia física o moral. Es un tipo completo porque en el

están descritas tanto la conducta como la sanción y por último es un tipo autónomo pues tanto el precepto como la sanción aparece en el de manera expresa e integral; en relación con el sujeto activo es un tipo monosubjetivo porque para su existencia no requiere forzosamente la intervención de varias personas, pues una sola puede llevarlo a cabo; es de sujeto activo indeterminado, porque puede ejecutarlo cualquier persona sin importar raza, condición social, grado de instrucción, etcétera, tratase de un tipo simple o monofensivo ya que el ataque se dirige en contra de un solo bien jurídico que es el de la libertad sexual, de lesión porque su ejecución lleva implícito un daño efectivo a ese bien jurídicamente protegido; de mera conducta porque no se requiere para su configuración la realización de un resultado; instantáneo, porque el comportamiento descrito se acorta en un solo instante y de acción pues se requiere de parte del activo una realización de actos sensorialmente perceptibles.

2.4.3. TIPICIDAD.

La tipicidad es un encuadramiento de una conducta al tipo, el encajamiento del comportamiento de la descripción hecha en la ley, el encajamiento del comportamiento de la descripción abstracta de la conducta prohibida; aquella es el encuadramiento de la conducta del hombre a esa descripción, se entiende también como la característica de una acción de adecuarse a una disposición legislativa.

Es la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. El maestro FRANCISCO CARRARA llegó a hablar con la elegancia que lo caracteriza de “disonancia armónica”,

disonancia porque el hecho va a hacer antijurídico y armónica porque va a existir un perfecto acoplamiento de la conducta al tipo; si esto no acontece sencillamente no existe delito. Para CELESTINO PORTE PETIT la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.²

2.4.4. CUERPO DEL DELITO.

La definición de cuerpo del delito se ha utilizado en distintas legislaciones y épocas en tres sentidos distintos: a) para designar los efectos permanentes del delito. En tales casos se clasifican en *delicti facti permanentis* (delitos de hechos permanentes) o *delicti facti transeuntis* (delitos de hechos momentáneos), siendo que sólo los primeros consienten hablar sobre el cuerpo del delito; b) para corregir las limitaciones de la anterior aceptación, se siguió hablando de “elementos materiales permanentes” clasificándose en tres grupos. El primero siguió comprendiendo lo que anteriormente era el cuerpo del delito y que, como se ha dicho, sólo cabe en ciertos actos delictuosos, así las heridas en las lesiones, el cadáver en el homicidio, o la cosa dañada en el daño, por ejemplo. El segundo comprendía huellas del delito, pero en un sentido más amplio que en el primer grupo, puesto que los *delicti transeuntis* también las admiten. Así las huellas dejadas por el delincuente frente a la puerta de la casa, pueden servir tanto para comprobar el homicidio, como también el allanamiento de morada.

² Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1980. P. 423).

El tercer grupo comprendía todo aquello que hubiera servido para de medio para la realización del delito y que también, como en el segundo grupo, podría referirse a un delito de hecho momentáneo como a uno de hecho permanente, por ejemplo el objeto obsceno utilizado para ofender el pudor público, como el arma utilizada en el homicidio, y c) en una tercera acepción, cuerpo del delito es definido como el hecho considerado en sí mismo, es decir como la materialidad de la infracción, "...cuando se dice el cuerpo del delito, se emplea una metáfora; se supone, que el delito considerado físicamente tiene un conjunto de elementos materiales, más o menos unidos entre sí, que lo constituyen y lo forman como un cuerpo. Es cierto que no hay delito fuera del orden moral, como no hay hombre sin alma, lo que no obsta a que el hombre tenga un cuerpo. Se dice cuerpo del delito, como se dice cuerpo del hombre, haciendo abstracción de su naturaleza moral, empleando esta expresión para designar el conjunto completo de los elementos materiales que forman el delito". En esta tercera aceptación, el concepto es distinguible de otros tales como el de las huellas, vestigios o instrumentos del delito.

En el derecho mexicano, el concepto de "cuerpo del delito" tiene importancia capital. En la Constitución Mexicana, en su artículo 19, se exige su comprobación como condición para justificar la detención por un plazo mayor de tres días, que en realidad son 72 horas. Al mismo tiempo tal exigencia aparece en el artículo 94 y sucesivos del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal.

Desde el punto de vista doctrinario, la locución "cuerpo del delito" ha tenido diversas definiciones. Para algunos doctos es el propio delito, esto es, sus elementos materiales o

inmateriales, más sus circunstancias específicas, por ende, conforme a esta postura hay identidad entre cuerpo del delito y delito.

Para otros, el cuerpo del delito es el resultado de este, por ejemplo el cadáver es el cuerpo del delito.

Para FERRI dicho cuerpo del implica los instrumentos que sirvieron para la consumación del injusto más su objeto material.

Para GARRAUD, siguiendo a ORTOLÁN, esa corporiedad se constituye por todos los elementos materiales del delito.

CARLOS FRANCO SODI en su obra denominada “el procedimiento penal mexicano”, después de cuestionarse el tópico de ¿cuáles son en concreto los elementos materiales que integran el cuerpo del delito?, concluye que estos son “...los elementos materiales comprendidos en la definición legal de cada hecho delictuoso...”.

Para el legislador mexicano de 1894, el delito significaba la infracción dolosa de la ley penal, y por ende, todo delito tipificado estaba integrado de los elementos materiales y circunstanciales específicos que lo caracterizaban, mas el dolo, puesto que en el artículo 9º del Código Penal de esa época se indicaba que debían comprobarse, para estimar acreditado el cuerpo del delito, no solo los elementos materiales, sino también el inmaterial “dolo” en los casos que la ley exigía expresamente su comprobación. Como se ve, para el mencionado legislador el cuerpo del delito comprendía el dolo.

Dice FRANCO SODI, en su obra citada; que esa errónea actitud del legislador fue corregida por la jurisprudencia y que la Corte llegó a uniformar su pensamiento sobre el

particular y estableció que “por cuerpo del delito deben entenderse los elementos de éste, con abstracción completa de todo dolo, intención o voluntariedad”.

En su Tratado de Derecho Penal, EDMUNDO MEZGER clasificó a los elementos del tipo en objetivos, subjetivos y normativos, y refiriéndose a los primeros manifiesta que se trata de estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos, “objetivos”, fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva, y que han de ser apreciados por el Juez mediante la simple actividad del conocimiento. El autor da ejemplos de tales elementos: la existencia de una cosa en el párrafo 242 del Código; de un hombre, en el párrafo 211; de un edificio destinado a vivienda en el párrafo segundo del párrafo 306, así como en el proceso de la sustracción de una cosa, en el párrafo 242, la muerte de una persona en el párrafo 211; el acceso carnal en el párrafo 177, etcétera. Al ocuparse de los segundos precisa que el delito depende en muchos casos de características subjetivas, es decir situadas en el alma del autor, que entrañan ciertos estados y procesos anímicos del agente que el Juez ha de constatar como características del injusto punible sirviéndose para ellos del simple conocer. Y al referirse a los elementos normativos, puntualiza que se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho.

CARLOS FRANCO SODI, estima que el concepto “elementos materiales” constitutivos del cuerpo del delito según nuestra jurisprudencia, no está suficientemente depurado, y que por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos materiales del mismo, con exclusión del “dolo” o “culpa”, lo que quiere decir que suprimiendo el elemento

“tipo”, si debe acreditarse porque éste, es en su integridad al que nuestra Suprema Corte llama, haciendo una incorrecta generalización, elemento material.

JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTES razona que “el cuerpo del delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales que se contienen en la definición... erróneamente se ha entendido por cuerpo del delito, in instrumento con que el delito se ha cometido o el que ha servido al delincuente para su perpetración, o las señales, huellas o vestigios que el delito dejó, como lo sería el cadáver del que fue asesinado, el arma con que se le hirió, la tenencia en poder del ladrón de la cosa robada, el quebrantamiento de sellos, etc., que nos son otra cosa que los efectos resolutivos del delito o los signos de haberse cometido. La vaguedad de la manera con que se usa este término, nos lleva a confundir el cuerpo del delito con el efecto que produjo el hecho criminoso. El cuerpo del delito no está constituido por las lesiones, el puñal o pistola, o el objeto robado, sino por la existencia material, la realidad misma del delito: de este modo, comprobar el cuerpo del delito es comprobar su materialidad”.

CARLOS M. ORONoz aduce que “...cuerpo del delito no es otra cosa más que la objetivización de la conducta descrita en la norma; es por ellos que en algunos casos se requiere de elementos objetivos, en otros subjetivos o bien normativos, dependiendo del tipo. De tal suerte que en el homicidio el cuerpo del delito es la privación de la vida, que es el bien que tutela la norma penal, y el cadáver y los otros elementos que nos pueden servir para objetivizar esa conducta, son elementos de apoyo únicamente; por lo tanto, en el robo lo es el apoderamiento de la cosa robada y en el delito de disparo de arma de

fuego lo constituye la acción de disparar un arma de fuego en contra de una o un grupo de personas.”

Podríamos continuar consultando decenas de tratadistas de la materia que nos ocupa, pero en realidad los autores no se han puesto de acuerdo en establecer una definición concreta, precisa o clásica de lo que es el cuerpo del delito y todos los elementos que intervienen en la comisión del hecho criminal consumado, por lo que creemos que por tal debe entenderse al conjunto de elementos subjetivos y objetivos que confluyen en la comisión del ilícito previsto en la norma penal, tales como la conducta y el resultado , operando entre ambos el nexo de causalidad.

El cuerpo del delito según criterio de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su literatura encontramos diversas definiciones, como son las siguientes:

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO.- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. – Jurisprudencia 93 (sexta época), Pág. 201, Volumen Primera Sala, Segunda Parte, apéndice 1975.

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO.- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos los elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como

delictivo y señalar las pena correspondiente.- A.D. 1724/1973. JOSE SUAREZ PALOMARES. Octubre 26 de 1973. Primera Sala, Séptima Época, Volumen 58, Segunda parte, Pág.. 27.

CUERPO DEL DELITO.- Por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.- Jurisprudencia 312, Apéndice al Tomo CXVIII, Pág.. 603.

Como puede verse en los diversos criterios invocados con anterioridad, La H. Suprema Corte utiliza las siguientes expresiones: "...el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva concretamente por la ley penal". Esa expresión más bien cae dentro de los dogmático y aplicable a todos los delitos contenidos en determinados códigos penales vigentes en la República, por lo que deberá definirse un criterio sobre cuerpo del delito que contenga claramente la indicación de los elementos objetivos o exteriores y subjetivos, entre los que se encuentran primordialmente la Conducta, el resultado y el nexo causal, de una manera práctica y comprensible, y que sea de utilidad para el perito en derecho, como para el ciudadano común y corriente.

Aduce DON FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Ministro de la H Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre lo que constituye el cuerpo del delito de homicidio: "de acuerdo con la definición dada sobre homicidio, destacamos como elementos del

hecho objetivo consistente en la privación de la vida, siguientes: a) una conducta; b) un resultado, y c) un nexo de causalidad entre la conducta y el resultado.”

Continúa exponiendo el maestro Pavón: “la conducta en el homicidio consiste en el movimiento corporal o los movimientos corporales realizados por el sujeto al disparar el arma, descargar el golpe con el puñal o propinar el veneno, actos necesariamente voluntarios, o bien en la inactividad, el no hacer que infringe el mandato de obrar y que tiene igualmente carácter voluntario. La conducta, en consecuencia, se agota con la actividad o inactividad voluntarias realizadas por el sujeto,. Con el propósito de hacer eficaz dicha expresión de su querer en la producción del resultado, voluntad cuyo límite se precisa en la acción u omisión...El resultado lo constituye la privación de la vida, el cesar de las funciones vitales de la víctima, o sea, del sujeto contra quien ha sido dirigida la actividad o inactividad lesiva... Para poder atribuir a un sujeto determinado el acontecimiento de muerte, debe existir entre éste y la conducta de aquel un nexo de causalidad...El verbo “privar”, alusivo a la pérdida de la vida, usado por el artículo 302 que define el homicidio, lleva insita la conducta del sujeto y el resultado causal de la misma, pues sólo es posible atribuir a un hombre esa mutación del mundo externo cuando es consecuencia de su actuar u omitir, es decir, de su conducta”.

Del estudio del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, es decir de la conducta del sujeto activo y del resultado, por lógica-jurídica se deduce el nexo causal, dado que si en tales hechos criminales existe la imputación del ofendido en contra del inculpado, el resultado es causa de su proceder ilícito, lo que trae como consecuencia que se presume su responsabilidad en su comisión.

Tanto en la averiguación previa como durante la instrucción se habla de presunta responsabilidad, debido a que por el imperativo previsto en el artículo 19 Constitucional, la responsabilidad del inculpado se presume y tomando en consideración las diversas pruebas aportadas por el Ministerio Público, así como por el acusado o su defensor durante la secuela procedimental, será en la sentencia cuando un Juez determine definitivamente si el inculpado es responsable o inocente.

Al efecto, RAFAEL DE PINA explica “PRESUNCION DE INOCENCIA. Principio generalmente admitido que exige para la sanción de la persona acusada la prueba evidente y plena de que es autora del acto delictivo objeto de la acusación... Esta presunción se basa en la consideración elemental de que toda persona tiene derecho a ser tenida como no culpable en tanto no se (le) pruebe lo contrario. La presunción de inocencia no puede ser destruida sino por medio de una prueba practicada en el juicio penal correspondiente y que no permita duda alguna acerca de la veracidad del acto incriminatorio y de ser autora del mismo la persona imputada”.

CARLOS M. OROZNOZ SANTANA razona que “una vez que se ha tenido por comprobado el cuerpo del delito, o sea, que se han reunido los elementos materiales, subjetivos y normativos del ilícito en cuestión, se debe atender sobre la probable responsabilidad penal del acusado, siendo esta probable, porque la responsabilidad penal como tal surge en el momento mismo de la sentencia, que es cuando se determina si el hecho imputado al procesado constituye o no delito a efecto de que el juzgador dicte la resolución que corresponda; por lo tanto, en esta fase del procedimiento basta

con que el Juez de la causa establezca una relación lógico-jurídica entre el resultado y la conducta desarrollada por el acusado y si ésta fue capaz de producir el resultado delictivo, se ha establecido con ello, la probable responsabilidad”.

Por su parte, COLIN SANCHEZ nos dice que “ tanto en la practica como en la doctrina se habla indistintamente de responsabilidad probable o presunta; ambos términos son sinónimos, significan: lo fundado en razón prudente o de lo que se sospecha por tener indicios. En consecuencia existe presunta responsabilidad, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente”.

2.5. ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad es la calidad de ciertas conductas que no cumplen con lo prescrito por la norma jurídica que las regula. Dependiendo el concepto de derecho que se aplique, pueden ser sinónimos “*injusto*” (si se piensa que derecho y justicia son esencialmente iguales) e “*ilícito*” (si se concibe con una connotación de ataque a la moral, además del derecho). Tradicionalmente, se ha concebido la antijuridicidad como lo contrario a derecho. Esto se da por una necesidad lógica para que una acción pueda ser clasificada como lícita (adecuada a la norma jurídica que la regula) o como ilícita (violando la norma jurídica).

EDUARDO GARCIA MAYNEZ señala que son lícitas las conductas que ejecutan lo ordenado, omiten lo prohibido y omiten o ejecutan los actos potestativos, no ordenados

ni prohibidos); mientras que son lícitos las que omiten un acto ordenado y las que ejecutan uno prohibido.³

HANS KELSEN ataca la concepción tradicional de la palabra antijuricidad (contraria a la violatoria del derecho), indicando que ésta proviene de una concepción estrecha del derecho que solo toma en cuenta a las normas secundarias (en el sistema kelseniano, norma secundaria es aquel que contiene la conducta debida que evita la sanción) y no a la norma primaria (aquellas que contienen las orden de aplicación de la sanción a cargo de un órgano que la aplica). Indica además, que contrariamente a lo que se piensa, no es el ilícito lo que provoca que un acto tenga sanción, sino que es la sanción lo que provoca que un acto sea ilícito. La primera postura indicada proviene de una concepción iusnaturalista, donde se pretende que las conductas son buenas o malas, justas o injustas *per se*. La ilicitud no es necesariamente inmoral, pues lo que puede ser ilícito (antijurídico) en un sistema moral, puede no serlo en otro. La ilicitud debe ser considerada por los juristas independientemente de que acepten o no su utilidad.

Si es visto así el derecho, ya no es posible hablar de antijuricidad (como contrario o violación del derecho), pues la aplicación de la coacción es un acto prescrito en la norma. En consecuencia, la ilicitud es una de las condiciones para que el Estado aplique la sanción, puede ser penal o civil.⁴

³ Introducción al Estudio del Derecho 17a. Ed. México, Porrúa 1970, Pág.. 221.

⁴ Teoría pura del Derecho, México, UNAM 1979, Pág.. 123 a 125.

En el derecho penal algunos autores sostienen que la antijuridicidad es uno de los elementos del delito. Estos autores definen al delito como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible (no existe un criterio uniforme sobre el número de elementos). Otros señalan que darle a la antijuridicidad característica de elemento del delito, resulta redundante, ya que el legislador al señalar en su catálogo de tipos a cierto delito, le dio ya la connotación de ilícito. Es interesante destacar que algunos autores, entre ellos PORTE PETIT, la definen indicando que una conducta es antijurídica cuando no se prueba una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo, el consentimiento del interesado).

2.5.1. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Se afirma que para que la conducta sea considerada como delito es necesario que sea contraria al derecho o sea antijurídica, ciertamente la tipicidad es indiciaria de la antijuridicidad, de manera que cuando contemplamos una conducta típica debemos pensar que muy posiblemente sea también antijurídica y lo será, siempre y cuando no se encuentre amparada de alguna proposición delictiva, esto es una causa de justificación. EUGENIO CUELLO CUALLÓN⁵ atribuye a la antijuridicidad un carácter eminentemente objetivo toda vez que presupone un juicio acerca de la oposición que existe entre la conducta humana y la ley penal; dicho juicio sólo contempla la acción, excluyendo cualquier valoración subjetiva. Volviendo un poco a la tipicidad diremos que toda conducta típica indudablemente es contraria a la norma no olvidemos que por debajo de

la ley existe sin verse una norma o sea una regla de conducta que nos ordena o nos prohíbe determinado proceder.

Toda conducta típica entonces contraria a la norma, pero todavía no es antijurídica, pues para que un hecho sea antijurídico no basta que este en franca oposición con la norma que subyace en la ley, es menester que este en franca oposición a la totalidad del ordenamiento jurídico. Hemos de hacer notar que el juicio de antijuricidad recae sobre la conducta en su fase externa, sin prestar atención a las causas psicológicas que lo general pues esto corresponde a la culpabilidad. Pero aún reconociéndole este carácter de objetividad se observa que algunos hechos requieren determinada actitud psicológica del sujeto dirigida a un fin específico. Una misma conducta puede ser en un momento lícita y en otro antijurídica, según sea la intención del sujeto al ejecutarla, y estas intenciones que deben concurrir atañen a la antijuricidad y son llamadas elementos subjetivos del injusto, como ya lo mencionamos con antelación. No tratamos desde luego, ni podríamos, elaborar una teoría acerca de la antijuricidad y solamente podemos decir que el hecho es antijurídico cuando siendo típico no está protegido por alguna causa de justificación y estas se hayan contenidas en el artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, y son entre otros la legítima defensa, o el estado de necesidad, o en ejercicio de un derecho a que se refiere la fracción VI del referido artículo que a la letra dice: ARTICULO 15. El delito se excluye cuando... Fracción VI La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre

⁵ Derecho Penal. Editora Nacional, México 1976 Pág. 309)

que exista la necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.”

Dentro de los problemas más discutidos en cuanto a las causas de licitud las opiniones giran principalmente en torno a tres problemas: a) violación ente cónyuges, b) violación entre concubinos y c) violación por equiparación entre cónyuges o concubinos cuando la mujer es menor de catorce años de edad.

2.5.2. VIOLACION ENTRE CÓNYUGES Y CONCUBINOS.

En relación al debatido problema de la violación entre cónyuges, existen cuatro corrientes:

a).- La que estima que no puede haber violación entre cónyuges toda vez que el que impone de manera violenta el ayuntamiento a su consorte está obrando en el ejercicio de un derecho y “el que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses ajenos” CUELLO CALLON⁶ del mismo parecer es KAFETE E. BING⁷ asevera que del artículo 177º del Código Penal Alemán se infiere que el coito violento practicado con la mujer dentro del matrimonio no constituye violación.

En efecto, en dicha legislación no puede darse la figura en estudio porque claramente establece el Código punitivo que debe ser fuera del matrimonio, de modo que si el ayuntamiento carnal violento se efectúa dentro del matrimonio, no existe delito

⁶ Ob. Cit. p. 316.

⁷ Psicópata sexual Tomo II. Editorial Florida. Buenos Aires 1975 p. 792.

de violación. En idénticos términos CHAUVERAU Y HELIE⁸ expresan que “es necesario que la cópula sea ilícita; por tanto el marido que se sirviera de la fuerza respecto de su mujer no cometería el crimen de violación. GROIZARD⁹ considera que el marido que le impone de modo violento la cópula a su mujer no comete el delito de violación pues es un acto que ella debe aceptar ya que la principal finalidad del matrimonio es la procreación de la especie. Por lo anterior el maestro citado parece dar a entender que si la cópula obtenida de manera violenta no tiene como finalidad la procreación si constituye violación.

En otras palabras: si se trata de una cópula normal, aún cuando se utilicen los medios alternativamente enunciados por el tipo, no existe violación entre cónyuges, pero si ocurre una cópula contra natura entonces si se actualiza la figura en examen. Esta es una mera deducción, porque textualmente no lo asegura el autor que comentamos.

b).- Otro grupo de penalistas se inclina a creer que el acceso carnal alcanzado por medios violentos no es constitutivo de violación, siempre y cuando se realice en condiciones normales, o sea por bazos idóneos. FRANCISCO CARRARA¹⁰ enseña que constituyen violencia carnal los actos ejecutados por el marido sobre su mujer cuando tienden a un fin fuera del acto conyugal en su debida forma. SOLER¹¹ por su parte estima que no puede existir violación entre cónyuges no obstante, no excluye la posibilidad si la conjunción se produce por actos contra natura que son indebidos. Puede

⁸ Citado por González de la Vega. Ob. Cit. p. 398.

⁹ Citado por González Blanco. Ob. Cit. p. 169.

¹⁰ Ob. Cit. p. 239.

¹¹ Ob. Cit. p. 285.

también, de acuerdo con el profesor argentino, haber oposición y estar fundada legalmente cuando se trate de evitar un contagio y si se vence esa oposición, indudablemente se configura el delito de violación, luego entonces para esta corriente en términos generales no existe violación entre cónyuges, a menos que la cópula que se trata de imponer sea por vía anal u oral o bien cuando la mujer se oponga a la cópula normal para evitar que el esposo le contagie alguna enfermedad venérea que ella sabe padece pese a ello el hombre le imponga la cópula.

c).- Una tercera opinión considera que cualquiera que sea la forma en que se realice la cópula, sea normal (vía vaginal) ó anormal (vía anal ú oral), si se asocia a la violencia será con figurativa de violación. EUSEBIO GOMEZ¹² escribe: “los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación en la hipótesis planteada invocan el argumento de la licitud de la cópula emanada del derecho a la misma que al marido pertenece. Es innegable tal derecho... tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y a sus finalidades responde. Pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada. Lo que sus defensores han querido demostrar necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando le es negado por la mujer. Esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. Por respeto a la dignidad humana, debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia (física o moral), tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación”. GONZALEZ BLANCO¹³ se

¹² Citado por González de la Vega. Ob. Cit. p., 398.

¹³ González Blanco. Ob. Cit. p. 169-170.

muestra conforme en que el marido puede exigir a su mujer la realización de la cópula, afirma, debe hacerse en consideraciones normales o sea sin recurrir a la violencia, porque entonces si se configura la violación en el delito en estudio.

d).- El último grupo es el que encabeza QUINTANO RIPOLLES¹⁴ quien asevera que en los casos de violación entre cónyuges, la justificante solamente debe operar cuando más, a modo de atenuante.

GONZALEZ DE LA VEGA, afirma que para resolverse el problema debe saberse primeramente si la relación sexual es un derecho y una obligación recíprocos nacidos del matrimonio y en segundo lugar si ese derecho, puede exigirse por medios violentos. RAFAEL ROJINA VILLEGAS¹⁵ a propósito de los efectos del matrimonio dice: "otro derecho interesante en el matrimonio es el relativo a exigir el cumplimiento del débito carnal. Se trata de una forma sui generis que solamente puede existir, como es evidente, en este tipo de relación ínter subjetiva, ya que cada uno de los sujetos está facultado para interferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima, que impone la relación sexual...". Líneas adelante sostiene: "en algunas definiciones tanto de la doctrina como de la ley, se señala la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal".

De acuerdo con lo expuesto por el civilista mexicano podemos decir que los cónyuges están facultados para exigirse mutuamente el débito carnal, pero no

¹⁴ Ob. Cit. p. 232.

¹⁵ Compendio de Derecho Civil I, Editorial Porrúa Méx. 1974. Pág. 320.

únicamente cuando su finalidad sea la procreación, sino también, cuando así lo requieran sus necesidades eróticas y fisiológicas del placer. Esta obligación y deber recíprocos, no están expresamente reglamentados en el Código Civil vigente en nuestra entidad, pero si se contienen algunos preceptos que nos permiten hacer semejante afirmación.

El artículo 133 del ordenamiento legal antes invocado reza “cualquiera condición contraria a los fines esenciales del matrimonio se tendrá por no puesta”. Se ha dicho que los fines del matrimonio son la perpetuación de la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges.

En el artículo 142 Fracción VIII establece que son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio “...la impotencia incurable para la cópula...”.

El artículo 148 estatuye “los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente”.

El artículo 253 Fracción VI eleva a la categoría de causal de divorcio “la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio”

Por ora parte, como afirma ROJINA VILLEGAS, el deber de relación sexual está sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir con dicha obligación implica una injuria grave que según el artículo 253° Fracción XI del ordenamiento civil constituye igualmente una causa de divorcio. Resulta entonces la primera parte del problema consistente en determinar si el débito

carual es una obligación cuyo cumplimiento puede exigirse y habiendo llegado a la conclusión que si, pasamos a la segunda, o sea, a tratar de investigar si es factible inclusive el uso de la fuerza para lograr su cumplimiento.

Sobre el tema de la violación entre concubinos, este no ha sido discutido tan acaloradamente como en caso de los cónyuges, pero también aquí se distinguen dos corrientes: mientras unos sostienen que no hay violencia entre concubinos, otros consideran que si existe. La primera idea sostenida por MANFREDINI¹⁶ considera que no es antijurídica la cópula violenta sobre la concubina de un hombre ya que las relaciones sexuales deben tener la demostración de constancia y de unión sexual consentida que están implícitas en el matrimonio.

Otros en cambio, la mayoría por cierto, consideran que sí es posible la violación entre concubinos, nosotros creemos que esta es la tesis correcta, pues si cabe la posibilidad de violación entre cónyuges, entre quienes existe el débito carnal debidamente legalizado, con mayor razón ocurrirá tratándose de concubinos los cuales están unidos únicamente por amor, sin que los ate ninguna ley.

Afortunadamente en el Distrito federal, esta controversia ya fue resuelta, y es por eso nos remitimos inmediatamente a lo que estipula el artículo 265 Bis del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que establece lo siguiente: "Si la víctima de la violación fuera la esposa o la concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior (artículo 265 VIOLACION) Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida".

2.6. CULPABILIDAD

Culpabilidad.- (De *culpable*, calidad de culpable y culpable del latín *culpabiliza*) aplicase a aquel a quien se puede echar o echa la culpa. Delincuente responsable de un delito.

El problema de la culpabilidad es el problema del destino mismo del derecho de castigar; sin embargo, el principio “*no hay pena sin culpabilidad*” no ha reinado siempre, pues el castigo, sobre todo el castigo criminal, no ha estado siempre al principio de culpabilidad, ni este se ha manifestado constantemente con la misma estructura. La responsabilidad por el resultado, el *versari in re illicita*, los delitos calificados por el resultado y la peligrosidad, son casos que contradicen dicho principio. El sistema de la “responsabilidad por el resultado” prescinde, a los fines de la responsabilidad, de la consciencia y voluntad del autor; conforme a el, el autor se liga a la consecuencia de la infracción por su sola condición de tal y no por su “culpabilidad”. La vigencia de ese sistema ha ido variando en las distintas épocas de la historia jurídico-penal. Entre los griegos, por largo plazo, el castigo no tuvo más fundamento que el delito objetivamente visto; lo propio puede decirse de Egipto y Japón, donde el principio se asienta en prejuicios religiosos. Por lo que respecta al derecho romano, no hay total acuerdo.

¹⁶ Citado por Jorge Petit. Ob. Cit. p. 56

Hay quienes no aceptan que su estado originario haya sido la fase “material objetiva”, en la que se tiene en cuenta solo el resultado dañoso. Para otros en cambio, el derecho penal romano de los primeros tiempos desconoció el principio, introducido más tarde, de que “el concepto de delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar” el sistema de la “responsabilidad por el resultado” dominó la época germana y franca del derecho penal, así como la tardía Edad Media, sin desconocer que con el tiempo el derecho germánico distinguió el hecho voluntario del involuntario y que, en alguna forma, desarrolló la teoría del dolo, de la culpa y del caso fortuito, dándose paso a la “responsabilidad por la culpabilidad”.

El antiguo derecho español, quizás influenciado por el cristianismo, admitió diversas causas de exclusión de la culpabilidad. Fue el derecho canónico el que sin duda ejerció una influencia considerable para la transición del sistema objetivo al subjetivo, ya que tuvo su teoría de la culpabilidad; distinguió el dolo de la culpa y asentó la imputabilidad penal en la libre voluntad y en el discernimiento, declarando inimputables a los locos, ebrios y niños. A partir del siglo XIX, en el que se inicia la codificación penal en el sentido que actualmente la entendemos, la regla es la responsabilidad por la culpabilidad, que es uno de los principales postulados que hace valer aquel movimiento producido en la ciencia del derecho penal a partir de la segunda mitad del siglo XVIII conocido como escuela clásica: CARRARA, CORMIGNIANO, ROSSI, y que se impone casi de manera total hasta inicios de la segunda mitad del siglo XIX cuando aparece la llamada Escuela Positivista en Italia. El positivismo italiano (LOMBROSO, FERRI, GAROFALO) rechazó el concepto de culpabilidad como fundamento de la pena, siendo la razón principal la indemostrabilidad científica del libre albedrío;

concluyendo que, el delincuente, lejos de ser un hombre libre, es un ser determinado al delito, frente al cual al Estado le cabe actuar, en “defensa de la sociedad”, con medidas represivas adecuadas a su “readaptación social”, sirviendo como criterio para medir aquellas la “peligrosidad” o sea, la capacidad para delinquir, y, como único fundamento de la intervención estatal, la situación de que el hombre, solo porque y en tanto vive en sociedad, es responsable siempre de todo acto que realiza: surge así, en lugar de la “responsabilidad moral” basada en la libertad de voluntad, la “responsabilidad social”, que es el criterio que en nuestros días defiende la corriente conocida como de la “defensa social, que es una derivación del positivismo anterior. De esta manera, los conceptos de “culpabilidad” y “peligrosidad” empiezan a transitar juntos en el amplio campo del derecho penal y de la política criminal, como los puntos de conexión del sistema de reacción estatal frente a la comisión de un hecho antijurídico.

Si bien la problemática de la culpabilidad es muy antigua y todos los autores penalistas se han ocupado de ella, su concepto y sistematización, tal como actualmente se le entiende, es de reciente data. Es apenas a partir de mediados del siglo pasado, con MERKEL Y BINDING, cuando encontramos planteamientos de ella semejantes a los que modernamente se hacen. En el desarrollo de la dogmática jurídico-penal moderna, cuyo incuestionable iniciador fue FRANZ VON LISZT (1881), dos han sido fundamentalmente los conceptos que se han elaborado de la culpabilidad, uno “psicológico” y otro “normativo” que más adelante se estudiarán.

2.6.1. IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DEL DELITO.

Se ha dicho que para que un hombre sea culpable primero necesita ser imputable, si no hay imputabilidad, jamás podrá hablarse de culpabilidad. El inimputable en realidad no comete delito aunque su conducta sea típica y antijurídica, debido a que si no es imputable no puede ser culpable y al faltar la culpabilidad, no puede existir delito. Concebimos a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, al respecto, dice FRANZ VON LISET¹⁷ “es la capacidad de obrar en derecho penal, es decir, de realizar actos referidos al derecho penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción”. EUGENIO CUELLO CALÓN,¹⁸ escribe “que es el elemento importante de la culpabilidad, se refiere a un modo de ser de la gente, a un estado espiritual del mismo y tiene por fundamento la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos”.

FERNANDO CASTELLANOS TENA¹⁹ nos enseña que la imputabilidad es “la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal”. Jorge Frías Caballero²⁰ manifiesta que “la imputabilidad, en términos de máxima generalidad, es la calidad del sujeto agente para que se le pueda cargar (atribuir) las acciones u omisiones realizadas por él”. Sobre esto hay consensos sin reservas. Todos están de acuerdo y de aquí de ha de partir”, en que se trata de un estado (status), un modo de ser, del sujeto, una condición intransferible derivada de ciertas cavidades subjetivas en el momento del

¹⁷ Cit. por Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa México, 1974, Pág. 218.

¹⁸ Ob., cit, Pág., 359.

¹⁹ Ob. cit. Pág., 218)

²⁰ Imputabilidad Penal. Edit. S. A. Edit. Comercial Industrial y Financiera. Buenos aires 1981 p. 17)

acto y que el derecho penal como presupuesto de la responsabilidad. Tratase, en definitiva, de una capacidad o aptitud personalísima, primariamente de carácter biopsicológico, para que sea posible imputar a alguien, como a su autor responsable, una acción u omisión sancionada con pena criminal". ALFONSO REYES ECHANDIA²¹ escribe que "con base en los presupuestos anteriores definimos la imputabilidad como la capacidad para conocer y comprender la antijuricidad de la propia conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión".

2.6.2. IDEA DE LA CULPABILIDAD

ALFONSO REYES ECHANDIA, expresa que "la ejecución del hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de operación mental en la que intervinieron consciente y libremente las esferas intelectivas, afectiva volitiva de su personalidad, es lo que se conoce con el nombre genérico de culpabilidad y porque tal fenómeno se origina en el psiquismo del hombre que realiza la conducta, se habla de él como aspecto subjetivo del delito". CUELLO CALLÓN²² estima que "una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de este y además serle reprochada". En un sentido amplio, asevera LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA²³ puede definirse a la culpabilidad "como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".

²¹ Derecho Penal. Editorial Themis, Bogota Colombia, 1989. Pág.. 192)

²² Ob. cit. Pág.. 357)

²³ La Ley y El Delito, Editorial Sudamérica. Buenos Aires 1978, Pág.. 352)

Sobre el tema FERNANDO CASTELLANOS TENA²⁴ explica que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto”.

IGNACIO VILLALOBOS²⁵ manifiesta que “la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por lo mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo o indirectamente, por indolencia y desatención nacidos del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa”. Asimismo EUGENIO RAÚL ZAFFARONI²⁶ “su concepto general ya lo hemos dado: en la reprochabilidad del injusto al autor. ¿qué se le reprocha? El injusto. ¿por qué se le reprocha? Porque no se motivó en la norma, porque le era exigible que se motivase en ella.

Un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable, cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella. Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria al derecho”.

De acuerdo a todo esto podemos afirmar que la culpabilidad es el juicio de reproche que se le hace al sujeto por haber obrado de un modo distinto a aquel que podía y debía hacerlo.

²⁴ Ob. cit. Pág.. 232)

²⁵ El Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa Méx.. 1975, Pág.. 2983)

2.6.2.1. TEORIAS DE LA CULPABILIDAD.

El encontrar la verdadera naturaleza jurídica de la culpabilidad ha sido uno de los problemas mas arduos que se han enfrentado los juristas de todas las épocas y podemos afirmar con ZAFFARONI que el de culpabilidad es el concepto mas discutido en ... La teoría del delito y se distinguen dos vertientes y teorías que tratan de explicar lo que en realidad es la culpabilidad: la teoría psicológica o psicologista de la culpabilidad y la teoría normativa de la culpabilidad.

2.6.2.2. TEORIA PSICOLOGICA O PSICOLOGISTA DE LA CULPABILIDAD

En cierta etapa de la evolución del derecho penal, cuando predominaba la idea de separar los componentes de delito y colocar de un lado aquellos de carácter objetivo y del otro los de índole subjetiva, la culpabilidad era común denominador de este grupo “la culpabilidad era la relación psicológica que había entre la conducta y el resultado, así como la relación física era la causalidad. El injusto se ocupaba, pues, de esa relación física (causación del resultado) en tanto que en la culpabilidad había el menester del tratar la relación psíquica.

El conjunto de ambas relaciones daba por resultado el delito.

²⁶ Manual de Derecho Penal. Editor y Distribuidor. México. 1988. Pág.. 543)

La culpabilidad entendida como relación psíquica da lugar a la llamada teoría psicológica de la culpabilidad. Dentro de este concepto, la culpabilidad no es más que una descripción de algo, concretamente, una relación psicológica que no contiene nada de normativo, nada de valorativo, sino pura descripción de una relación” EUGENIO RAÚL ZAFFARONI ²⁷, la culpabilidad así concebida no es otra cosa que la actitud psicológica que une al individuo con su conducta, desprovista de cualquier valoración.

Al respecto se ha dicho que es un concepto de culpabilidad como el enunciado no es útil para explicar la culpa inconsciente escapaba de la problemática del derecho penal, pero esto sabemos que no es posible.

Además se dice que también que por ejemplo un enfermo mental actúa con una relación psicológica y por lo tanto no podría decirse que su conducta no configura un delito y realmente, como hemos dicho no lo configura porque es inimputable porque no se le puede poner a su cargo el hecho u omisión, por carecer de capacidad para entender y querer en el campo del delito penal.

ZAFFARONI se muestra en contra y asevera que lo más fuerte es que el enfermo mental actúe con capacidad para una relación psicológica, es decir para el dolo y todo esto debido a que él no considera la imputabilidad como presupuesto de la conducta, otros

²⁷ Ob. cit. p. 545)

que de la pena, otros de la antijuricidad y unos más, la ven como un presupuesto de la culpabilidad.

2.6.2.3. TEORIA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

Como la teoría psicológica de la culpabilidad no resuelve muchos problemas, como el mencionado, se concibió a la culpabilidad reprochabilidad del injusto, y entonces la culpabilidad ya no era solamente el nexo psicológico en el que la conducta y su autor sino también un juicio de reproche que a éste se le hacía. ZAFFARONI²⁸ hace notar que “la culpabilidad así entendida no puede menos que tener un contenido heterogéneo: el dolo y la culpa y el reproche que se le hace a su autor de su dolo o de su culpa”. Esto hizo que los autores no se pusiesen de acuerdo acerca de cómo funcionaban esos elementos dentro de la culpabilidad.

Para FRANK podía haber dolo sin culpabilidad en el dolo como dato psicológico era un presupuesto que para GOLDSHMIDT el dolo como dato psicológico era un presupuesto de la culpabilidad en cambio MEZGER afirmaba que el dolo requería la conciencia de la antijuricidad, es decir, que el dolo siempre era culpable. Estas posiciones, según las cuales el dolo es un capítulo de la culpabilidad (FRANK) un presupuesto de la culpabilidad (GOLDSHMIDT) o un componente desvalorado de la misma (MEZGER) todas sus posibles variantes, demuestran la heterogeneidad irreductible del contenido que esta teoría asigna a la culpabilidad. CASTELLANOS TENA²⁹ explica que para esta

²⁸ Ob. cit. p.546

²⁹ Ob. cit. p. 24)

doctrina “el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada.

La esencia del normativo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche, en la exigibilidad o la imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para conducirse conforme al deber”. Somos del parecer que la teoría normativista en ningún momento se opone a la psicologista sino que solamente la amplía.

En efecto, una conducta solamente puede ser jurídicamente reprochada cuando existe una relación psicológica entre ella y su autor. Del mismo parecer es LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA³⁰ quien apunta que “es preciso, pues, reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico, pero este no constituye ya de por sí la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor, solo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad”.

De manera similar se expresa IGNACIO VILLALOBOS³¹ cuando asevera que “ese reproche, pues, remotamente se conecta con una valoración objetiva del acto, inmediatamente implica una estimación de la actitud psicológica del sujeto, que, concientemente y por propia voluntad, se constituye en causa del acto reprobado”

³⁰ Ob. cit. p. 375.

³¹ Ob. cit. p. 284.

2.7. FORMAS DE CULPABILIDAD.

La culpabilidad reviste, según el artículo 8 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, dos formas: dolosa o culposamente. Y tratándose del delito de violación, éste reviste la forma de doloso, de el nos ocuparemos en seguida.

2.8. EL DOLO

Establece el artículo 8 del mismo Código que obra dolosamente el que, conociendo los elementos del cuerpo del delito, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, Como puede observarse, nuestro ordenamiento represivo contempla dos clases de dolo,: el directo, que es cuando se causa el resultado querido, y comprende aquellos casos cuando el autor quiere intencionalmente el resultado interpretado en su mente, siendo este el mas frecuente; y el eventual, que es cuando se produce un resultado no querido pero es aceptado. Se representa como probable la producción del resultado y, aunque no lo quiere directamente, acepta la probabilidad de que acontezca.

Cabe preguntarnos que es el dolo, este suele definirse como consciencia y voluntad de un resultado típico. De aquí que se defina como la consciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito (JIMÉNEZ DE AZÚA); como la voluntad consciente del sujeto dirigida a un hecho incriminado como delito (FLORIAN); como conocimiento y querer, de la concreción del tipo (WELTZEL); o como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso (CUELLO CALLÓN), aunque entendemos con MANZINI que la valoración legal del fin no tiene que ser necesariamente prevista por el

agente, pues puede ignorar que sea realmente ilegal ya que el delincuente dirige su voluntad a los efectos prácticos de su hecho, sin preocuparse por su naturaleza jurídica.

Como elementos del dolo unas teorías subrayan como el más importante la voluntad (teorías de la voluntad) y otras el conocimiento que se tenga del hecho querido (teorías de la representación). Elementos constitutivos del dolo son, en todo caso, la previsión del resultado ilícito o sea, de las consecuencias de la acción u omisión, y la voluntad de causación o decisión de producir ese resultado. En suma, elementos intelectuales y emocionales. “No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin previsión. La voluntad sin previsión es ciega; la previsión sin voluntad es vana. El derecho no puede prescindir de ninguna de las dos” (MAGGIORE)³²

Se dice que el dolo está constituido por dos elementos volitivo uno e intelectual el otro.

El primero consiste en la voluntad de ejecutar la conducta y la producción del resultado, de modo que el querer debe dirigirse primeramente a la ejecución de la conducta y en segundo lugar a la producción del resultado.

El segundo esta conformado por la conciencia de que se viola el deber, de que el acto u omisión ejecutados son contrarios al ordenamiento jurídico. Algunos hasta llegaron a

³² Derecho Penal Mexicano. Parte General, Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, editorial Porrúa, México, 1995, Pág.. 442)

sostener que debe tenerse conciencia de la tipicidad del acto lo que, llevó a algunos a pensar que solamente el hombre con conocimientos jurídicos podía obrar con dolo.

En la doctrina se distinguen distintas especies de dolo y desde luego que cada autor hace su propia clasificación y en ese sentido seguiremos a REYES ECHANDIA ³³ se distinguen:

- 1.- DOLO DIRECTO, INDIRECTO Y EVENTUAL.
- 2.- DOLO DE LESIÓN Y DOLO DE PELIGRO.
- 3.- DOLO DE ÍMPETU Y DOLO DE PROPÓSITO.-
- 4.- DOLO INICIAL Y CONCOMITANTE.
- 5.- DOLO GENÉRICO Y ESPECÍFICO.

1.- DOLO DIRECTO, INDIRECTO Y EVENTUAL.- el dolo directo, denominado también intencional o determinado surge cuando existe correspondencia frente a la voluntad del sujeto y el resultado de su conducta. Existe dolo indirecto cuando el resultado, no querido explícitamente por el sujeto aparece tan forzosamente ligado al evento directamente deseado, que su aceptación implica un querer, aunque indirecto.

Cuando, a falta de otros medios idóneos, el actor se apodera de un automóvil para darse a la fuga con el dinero robado, su voluntad criminal tendió directamente al robo del dinero e indirectamente al apoderamiento del automóvil. Por lo que hace al dinero

existirá dolo directo y por lo que se refiere al vehículo dolo indirecto. El dolo es eventual en el caso de que la previsión de un resultado antijurídico, ligado solo eventualmente a otro inequívocadamente querido, no detiene al agente en la realización de un propósito inicial. Se cita el ejemplo del “queriendo dar muerte a su enemigo arroja una bomba en la casa que se sabe es habitada por otras personas a quienes no se desee privar de la vida y cuya probable defunción no lo detiene en su original propósito”. Algunos no distinguen y consideran que el dolo indirecto y el eventual son uno solo.

2.- DOLO DE LESIÓN Y DOLO DE PELIGRO.- existe el primero cuando el agente desea la realización de una conducta que destruye el bien jurídicamente protegido; el segundo se presenta cuando el activo solo pone en peligro al objeto jurídico.

3.- DOLO DE ÍMPETU Y DOLO DE PROPÓSITO.- existe el dolo de ímpetu cuando el hecho es consecuencia de una decisión instantánea, impetuosa en la cual el estado de ánimo del sujeto juega un destacado papel. Habrá dolo de propósito cuando entre la idea criminal y la ejecución media un lapso más o menos considerable y en esta circunstancia nos hallamos frente a la premeditación, que por cierto solamente se contempla como circunstancia agravante en los delitos de lesiones y homicidio, pero debía existir en todos los demás así como el dolo de ímpetu debe ser considerado por el juzgador al individualizar la pena.

4.- DOLO INICIAL Y CONCOMITANTE.- estamos frente al primero cuando la voluntad de realizar la conducta precede a su realización y eso es lo que generalmente

³³ Ob. cit. p. 211 y ss.)

ocurre. Nos hallamos frente al segundo cuando la voluntad criminosa acompaña al sujeto todo el tiempo que dura el proceso ejecutivo.

5.- DOLO GENÉRICO Y ESPECIFICO.- existe el primero cuando hay voluntad de ejecutar el hecho previsto por la ley como delito y el segundo consiste en aquella finalidad particular que el agente se propone obtener.

Observaremos efectivamente que en algunos casos para la configuración del delito basta un dolo genérico pero en otros, requiérese el específico, sin el cual la conducta no es culpable. Como ya dijimos al inicio, nuestra legislación solamente contempla el dolo directo, el eventual y el dolo de consecuencia necesaria.

2.9. LA CULPABILIDAD EN LA VIOLACION.

De las dos formas de culpabilidad analizadas resulta interesante saber cual puede presentarse en el delito de violación. Es incuestionable que el delito objeto de nuestro trabajo puede cometerse mediante dolo y definitivamente es esta la única forma de culpabilidad que admite, es absurdo pensar que pueda efectuarse una cópula por medio de la violencia física o moral por negligencia, imprudencia, impericia, o por falta de aptitud y también no es posible que queriéndose por ejemplo atentar al pudor o cometer el delito de actos libidinosos sobre una persona, se realice la copula para que pudiera surgir el delito culposo. En cuanto al dolo, solo admite el dolo directo y genérico consistente en la conciencia y voluntad de realizar una cópula mediante la violencia física y moral.

**CAPITULO III
MARCO JURÍDICO**

CAPITULO III

MARCO JURIDICO.

3.1. EL ITER CRIMINIS.

El iter criminis no es otra cosa que el camino del delito, el proceso que sigue el delito desde que surge en la mente del hombre hasta su agotamiento. Dentro del iter criminis la generalidad de la doctrina conviene en que se observa dos fases, interna una, externa la otra. Dentro de la fase interna encontramos tres momentos: el de la ideación o concepción, el de la deliberación y el de la resolución. El instante de ideación es aquel en que aparece en la mente del sujeto la idea de cometer un delito, que puede ser a cualquier hora. La deliberación es aquel otro tiempo en que el agente analiza las consecuencias de su delito; pondera las cosas que tiene a su favor y las que existen en su contra; coloca en una balanza los sentimientos buenos que en todo hombre existen,, hace, en fin, un examen de conciencia. Muchos “delitos” se quedan en esta etapa, todavía no embrionaria, el sujeto desiste de su propósito y el delito jamás surge; pero puede ocurrir que después de todo ello el agente decida cometerlo, resuelva ejecutarlo y entonces se dice que está en el momento de la resolución.

Estas tres etapas por las que atraviesa todo delito pueden sucederse en el tiempo a intervalos cortos o largos o puede realizarse mediando entre ellas solamente fracciones de segundos, como acontece en los delitos de ímpetu. No es verdad como afirman algunos inculpados que no hayan pensado en el delito doloso; lo pensaron, en

algún momento les surgió la idea de cometerlo y esto aconteció en partes de segundo y también en ese mismo lapso se deliberó y se resolvió cometerlo y las tres fases están en el fuero interno del individuo. Enseguida comienza a manifestarse el futuro delito ya externamente y su primera manifestación es lo que se ha llamado resolución que es el momento en el que el individuo da a conocer a otros su idea criminoso. Desde luego que esta etapa no se presenta en todos los delitos, pero si llegase a ocurrir estaríamos ante ella. Enseguida vienen los actos preparatorios, después los ejecutivos que pueden llegar o no a consumir el delito, surgiendo así las figuras de la tentativa, desistimiento, consumación y por último el agotamiento. Podríamos decir que los actos preparatorios son aquellos que realiza el sujeto para dar vida al delito, para preparar el ilícito y así son actos preparatorios de un homicidio comprar el arma, las balas, aceitarla, cargarla. Los actos preparatorios, se afirma, son equívocos y por tanto no indican con exactitud que es lo que el sujeto desea hacer, ni son punibles.

Los actos de ejecución al igual que los de preparación han sido objeto de minuciosos estudios y se ha dicho que desde el momento en que el agente ha llegado a los actos de ejecución, ese agente ha entrado en el delito mismo definido por la ley; se puede decir que este delito ha comenzado y luego, por lo que es necesario, para determinar el comienzo de la acción delictuosa, observar el hecho típico, tal como es descrito por la ley. Y éste es el momento que señala la distinción entre actos de preparación y actos de ejecución. La actividad ejecutiva surge cuando comienza la violación de la norma penal. Es interesante poder distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutivos porque solamente éstos pueden dar lugar a la tentativa, sin embargo los esfuerzos por distinguir con claridad unos de otros han sido inútiles y se ha concluido

que debe dejarse al criterio del juzgador determinar cuándo se está ante éstos o aquellos; habrá tentativa cuando se ejecutan actos directamente encaminados a la realización de un delito, si este no se llega a consumir por causas ajenas a la voluntad del sujeto. El delito se consuma en el instante en que se lesiona o se pone en peligro al bien jurídicamente tutelado y el agotamiento, la última etapa del iter criminis que no se observa en todos los delitos, se presenta cuando el sujeto aprovecha o disfruta del bien jurídicamente obtenido con su delito. Este es a grandes rasgos el camino que sigue el delito en su conformación.

3.2. LA TENTATIVA.

De acuerdo con el artículo 12 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, es punible, además del delito consumado, la tentativa, que consiste en cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En base a lo anterior podemos decir que son elementos de la tentativas de violación:

a).- Tener la resolución de realizar una cópula con una persona sin su voluntad y por medio de la violencia física o moral.

b).- que dicha resolución se exteriorice en la realización de todos o parte de los actos que deben producir como resultado el delito, y

c).- Que en el delito en estudio, la cópula mediante el empleo de la violencia, no se llega a efectuar por causas ajenas a la voluntad del inculpaado.

En la redacción que sobre la tentativa hace el legislador se puede distinguir lo que en la doctrina recibe el nombre de “tentativa acabada y tentativa inacabada”, existe la primera cuando se realizan todos los actos para que se produzca el delito y esto no llega a ocurrir por una causa ajena al autor.

Habrà tentativa inacabada cuando no se realizan todos los actos que han de producir el delito sino solamente parte de ellos y como es lógico se suspende la ejecución por circunstancias ajenas al agente. En el delito de violación puede darse la figura de la tentativa inacabada como sucedería cuando el acto después de amenazar o golpear a la víctima le quita la falda, o pantalón, las medias y pugna por quitarle la pantaleta, así como se encuentra con el pene erecto y si en este momento aparece un tercero que lo obliga a huir, nos encontraremos frente a la tentativa inacabada. No puede configurarse la tentativa acabada porque si se realizan todos los actos, entonces, en el caso de violación, ésta se habrá consumado. Creemos que la tentativa acabada solamente puede darse en los delitos de resultado material y no en los de mera conducta. Recordaremos que el de violación es un delito formal. Acerca de esto diremos que algunos tratadistas consideran que la utilidad practica de la clasificación de los delitos en formales y materiales es la de que solamente en éstos se configura la tentativa. No es

rigurosamente exacto lo anterior, puesto que también es dable en los delitos formales, la diferencia es que en éstos no es posible la configuración de la tentativa acabada mientras que en aquellos sí. De paso en este apartado diremos que de acuerdo con el artículo 63 del Código de referencia "al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del Juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.

El anterior numeral es criticable, ya que es de todos sabido que en primer lugar no señala el mínimo de la pena sino sólo el máximo, pero como la mínima pena de prisión, según lo estatuye el artículo 25 del mismo ordenamiento, es de tres días, entonces se ha sostenido que esa también es la mínima en la tentativa y pensamos que en esto todos se muestran conformes. El problema fundamental es el que se refiere a la pena máxima, pues el numeral 63 del ordenamiento legal antes invocado expone que se aplicarán hasta las dos terceras partes de la pena máxima que la ley señala para el delito consumado sino de la pena que debiera imponerse en el caso de que el delito se haya consumado y aquí necesariamente el juzgador debe al individualizar la pena preguntarse qué pena habría impuesto si el delito se hubiera consumado y tomar en cuenta todas las circunstancias a que alude el artículo 60 del código represivo y entonces al resolver este problema debe obtener las dos terceras partes y se tendrá así la pena máxima del delito en grado de tentativa, desde luego que en esto todo el mundo coincide, al dictar sentencia. La cuestión se dificulta cuando se trata desde un principio de fijar, para efectos de conceder la libertad provisional bajo caución al respecto existen opiniones contrarias, nosotros consideramos que debe en principio tomarse en cuenta las dos

terceras partes de la pena máxima en forma genérica y no individualizada para no prejuzgar y por tanto en la tentativa de violación simple no es posible conceder la libertad provisional bajo caución. Afortunadamente al parecer el anteproyecto del Código Penal resuelve esta dificultad. Debe tenerse por otra parte mucho cuidado para distinguir una tentativa de violación, pues no basta tener la resolución de realizar una cópula violenta, es menester también ejecutar parte de los actos que deben culminar con la cópula.

3.3. TENTATIVA DE VIOLACION Y ABUSO SEXUAL.

El delito de ABUSO SEXUAL previsto por el artículo 260 del Código penal consiste en primer lugar en ejecutar un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutar dicho acto, en segundo lugar que este se ejecute sin el propósito de llegar a la cópula, y por último que ello se efectúe sin el consentimiento de la persona. Apareciendo en el artículo 261 del mismo ordenamiento que este acto se ejecute también en persona menor de doce años, o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo.

Como puede observarse la diferencia salta a la vista, mientras en la tentativa de violación el sujeto tiene como propósito lograr la cópula por medio de la violencia, en el abuso sexual no tiende a ello, y su finalidad no es la de alcanzar el fornicio y tratase simplemente de un desfogue de la libido, de modo que no puede confundirse uno con otro. Pero resulta que en la práctica algunas mujeres dan por hecho que si el hombre las tiró al suelo y se encimó en ellas y les subió la falda tenían la intención de tener cópula

con ellas por lo que desde la averiguación previa debe tratar de investigarse qué era en realidad lo que el sujeto quería. En la tentativa juega un papel primordial la intención del sujeto y no debemos perder jamás de vista el aspecto subjetivo. Resumiendo diremos que no se puede confundir tentativa de violación con abuso sexual porque mientras en aquella la finalidad del sujeto es lograr la cópula, en este, su objetivo no es ese.

3.4. EL MOMENTO CONSUMATIVO.

Acerca del momento en que se consuma el delito de violación, como en todo, no existe consenso: 1.- Una primera corriente estima que basta el contacto externo del órgano sexual masculino con las partes pudendas de la víctima para que se perfeccione el delito¹. Así lo sostiene. Pese a ello la Jurisprudencia italiana no se pone de acuerdo y ha emitido resoluciones en el sentido de que para la consumación del delito de violencia carnal es suficiente el contacto externo entre el órgano viril y las partes púdicas del pasivo.

En otras ocasiones requiere que haya habido derrame seminal en la entrada de la vagina, que es lo que denomina coito vestibular y en otras más, afirma que para la consumación de la violencia carnal se requiere la introducción del órgano viril de una persona en otra, de modo normal o anormal, siendo posible el coito o un equivalente de él. 2.- Una segunda corriente pregona que el delito se consuma en el momento de la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de la víctima por vía vaginal,

¹ Maggiore. Ob. Cit. p. 72)

anal u oral; no se exige que la introducción sea completa o semicompleta, basta que haya introducción, aunque sea mínima para que el delito se consume.

No se exige tampoco que haya eyaculación ni mucho menos inseminación, es suficiente la sola introducción. El denominado coito interfémura que consiste en colocar el miembro viril en medio de las piernas de la víctima, no puede constituir violación porque el hecho no integra una cópula. Para la consumación del delito que comentamos es indiferente la desfloración de la víctima, pues como se dijo al tratar lo relativo al sujeto pasivo, este puede ser una persona de cualquier sexo y si es mujer no importa que sea virgen o esté desflorada.

3.5. PARTICIPACION Y CONCURSO.

Cuando hablamos de participación y concurso nos remontamos inmediatamente a los sujetos del delito, específicamente del sujeto activo, figuras que en seguida estudiaremos.

3.6. PARTICIPACION.

De acuerdo con la unidad o pluralidad de sujetos que interviene en la comisión de un delito, éstos se clasifican en unisubjetivos y pluribubjetivos, ya sea que baste la conducta de un solo hombre para colmar el tipo o se requiera forzosamente del concurso de dos o más personas para llenar el modelo legal. En la primera hipótesis por lo general el delito se produce por el actual de un solo hombre, pero puede acontecer, como sucede a menudo, que varios lo realicen de común acuerdo y es entonces cuando aparece la participación que se define como la colaboración voluntaria de varios sujetos para la

realización de un delito sin que la descripción legal requiera la intervención de dos o más personas. Ya hemos dicho que el delito de violación es unisubjetivo porque para su integración basta la actuación de un solo agente que mediante la violencia ya sea física, ya moral tiene cópula con una persona.

Pese a lo anterior, se presentan en la práctica casos en los que varios sujetos interviene en la comisión del delito en glosa, desempeñando cada uno diferente actividad en el proceso delictivo y entonces nos encontraremos con lo que se denomina concurso eventual o con participación.

3.6.1. FORMAS DE PARTICIPACION.

La doctrina distingue tres formas en las que el sujeto puede intervenir en la comisión de un delito: a) AUTOR, b) COMPLICE y c) ENCUBRIDOR. Desde este momento diremos que el encubridor no puede ser llamado copartícipe, porque su intervención es posterior a la comisión del delito y obviamente sin que medie acuerdo anterior, pues si esto acontece, en realidad se convierte en un cómplice, de modo que verdaderamente sólo existen dos modos de participación que son los primeramente enunciados.

A)AUTORES.- La doctrina distingue entre autores materiales e intelectuales y autores mediatos e inmediatos:

Autor Material.- Es aquel que realiza la conducta típica, el que lleva a cabo materialmente la acción delictiva.

Autor Intelectual.- No participa físicamente en el evento sino que contribuye con el elemento psicológico, aconsejando, induciendo o compellendo a otro para que lo cometa.

Autor Inmediato.- Es aquel que con su propia conducta realiza los elementos que constituyen el modelo legal.

Autor Mediato.- Recibe este nombre el que se vale de fuerzas extrañas a su persona que emplea como instrumentos de ejecución, así se hace uso de personas inimputables o se aprovechan ciertas formas de inculpabilidad.

B) COMPLICES.- Son cómplices, dice JIMENEZ DE ASUA² los que “prestan al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorecen la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario “. Desde luego que el cómplice debe estar consiente de que con su actuar facilita la ejecución de un delito, pues de otro modo no se le puede reprochar su conducta. No será cómplice de homicidio por ejemplo el que presta el arma homicida a un amigo que se la solicita para ir de cacería, pero si lo será a sabiendas de para qué se quiere el arma él la proporciona. Dice el maestro hispano que el auxilio del cómplice no ha de ser necesario y aquí en la doctrina se menciona que sí lo es, entonces el sujeto recibe el nombre de no cómplice, sino de auxiliador necesario.

Se habla también en los textos penales de que la complicidad puede ser material y moral, consistiendo aquella en proporcionar medios materiales para la consumación del hecho y ésta, el instruir al delincuente indicándole cómo ha de conducirse en la ejecución, reforzando su conducta o prometiéndole ayuda para la perpetración o procurarle la evasión de la acción de la justicia, etcétera.

3.6.2. LA PARTICIPACIÓN EN LA VIOLACION.

Creemos que en el delito de violación se puede participar de diferentes forma:

A).- AUTORIA MATERIAL O INMEDIATA.- Será autor material o inmediato aquel que físicamente realice la cópula violenta.

B).- AUTORIA INTELECTUAL.- Igualmente puede darse la autoría intelectual en el delito materia de nuestro trabajo, pues nada impide que una persona induzca a otra para cometerlo y lo instigue de modo tal que determine su voluntad.

C).- AUTORIA MEDIATA.- También es posible que se participe como autor mediato, ya que se puede emplear a un inimputable para que efectúe la cópula utilizando los medios referidos en la ley.

² Ob. Cit. p. 509)

D).- COMPLICIDAD.- Tampoco implica problema alguno determinar si es dable la complicidad en el delito de violación ya que a un sujeto se le puede auxiliar de cualquier modo para la realización de la conducta.

3.7. CONCURSO.

A).- CONCURSO IDEAL O FORMAL.- Hay concurso ideal o formal de delito cuando con un solo acto u omisión se infringen varias normas penales, con una sola acción se satisfacen dos o más tipos penales, generándose varias lesiones o bienes jurídicamente protegidos. En este tipo de concurso existe unidad de acción con pluralidad de resultados.

B).- CONCURSO MATERIAL O REAL.- Nos hallaremos frente al concurso material o real cuando una persona comete varios delitos mediante varias conductas y sobre ninguno de ellos ha recaído una sentencia.

Existe pluralidad de actos con pluralidad de resultados. Indudablemente el delito de violación puede concurrir materialmente con muchos otros delitos y por tanto no trataremos este tipo de concurso. La problemática aumenta tratándose del delito ideal o formal y al respecto estudiaremos algunos casos.

3.7.1. VIOLACION Y ESTUPRO.

Según el artículo 262 del Código Penal comete el delito de estupro al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño. Santa a la vista, en ambos delitos que el elemento material está constituido por cópula, solo que en el estupro se llega al acceso carnal con el consentimiento de la persona ofendida y en la violación sin el consentimiento de la víctima, con el empleo de la violencia física o moral, de modo que ambos delitos se excluyen, no pudiendo coexistir en el mismo acto delictivo.

3.7.2. VIOLACION Y ABUSO SEXUAL.

“Cuando un individuo realiza antes de la cópula violenta sin consentimiento, tocamiento lascivos en el cuerpo de la víctima (abuso sexual), ¿ éstos se subsumen en el delito de violación, por tratarse de una progresión criminosa?” PORTE PETIT ³ hace el anterior planteamiento y luego anota, VANNINI explica, “en fuerza del principio de la progresión no es responsable del delito de actos libidinosos violentos (abuso sexual) en concurso material con violación carnal, sino únicamente del delito de violación carnal, el culpable que inmediatamente después de haber llevado a cabo actos libidinosos violentos o abusivos (sino dirigidos al alcance carnal) decide violar y viola a la víctima”.

En cuanto al supuesto contrario o sea la posibilidad de que el acto libidinoso (abuso sexual) se efectúe después de la cópula violenta (violación), el autor referido,

asienta que “así como en razón de la progresión criminosa en un sólo delito (violación) cuando los actos libidinosos (abuso sexual), no se encuentran dirigidos al enlace carnal, terminan con el enlace violento abusivo”, .

Estima el maestro mexicano que el abuso sexual puede cometerse:

- a) Antes de que se lleve a cabo la cópula.
- b) Concomitantes a la realización de la cópula y
- c) Con posterioridad a la consumación de la violación.

Según el citado jurista en los dos primeros casos los actos eróticos sexuales se subsumen en la violación, si el agente quería consumar la cópula, en el tercero estima que no es admisible que se subsuman ya que es una conducta distinta y efectuada con posterioridad al delito, y, por lo tanto, con plena autonomía.

No disentimos totalmente de lo expuesto por el maestro y creemos que efectivamente los actos eróticos pueden tener lugar instantes antes de que se lleve a cabo la cópula y aquí es menester recordar que no todo acto erótico sexual configura el delito de abuso sexual, preciso es que el sujeto no tenga el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, pues su finalidad es ésta, entonces no existe el delito de abuso sexual.

³ Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1973, p. 83)

La cuestión se torna más difícil cuando supuestamente no figuraba en la intención del agente la verificación de la cópula, que no obstante ejecuta; en esta hipótesis el sujeto no es responsable del delito de abuso sexual sino únicamente del de violación en razón de la progresión criminosa, ya que si en un momento de la acción delictiva el actor quiso copular de modo violento con la víctima, forzoso es que haya ejecutado en su cuerpo actos eróticos sexuales. Por cuanto al abuso sexual que se cometen, según PORTE PETIT, al mismo tiempo que la cópula, no es posible ya que, como anotamos antes es imprescindible la ausencia de propósito de llegar a la cópula para la configuración del delito de abuso sexual, y no se podría decir que no se pretende llegar a la cópula si ésta se está realizando. Por lo que se refiere al abuso sexual cometido después de la consumación del delito, somos del parecer que no se subsumen en el delito de violación y concurren materialmente con él ya que se realizan en actos distintos sin que uno sea consecuencia del otro.

3.7.3. VIOLACION E INCESTO.

Incesto, del latín *incestus*, es según algunas opiniones, *non castus*, de acuerdo a otras, tiene su origen en *cestus*, que antiguamente significaba la cintura de venus, que se daba a los casados cuando no había impedimentos para su boda; de tal suerte que un matrimonio contraído a pesar del impedimento era un matrimonio incestuoso. En la antigüedad, además de la relación sexual con parientes próximos, se comprendía en el incesto la realizada con sacerdotes. La doctrina no es unánime al intentar precisar el bien jurídico tutelado por la figura que se comenta. CUELLO CALLÓN, considera que es el orden moral y jurídico familiar; CARRARA cree que es igualmente el orden moral

y jurídico familiar; GONZÁLEZ DE LA VEGA, opina que se protege el principio exogámico de la familia y, en algunos casos, el interés colectivo eugenérico; GONZÁLEZ BLANCO expresa que tutela la organización exogámica de la familia; CARRANZA Y TRUJILLO, dice que se define la unidad moral de la familia y la salud de la estirpe. En cambio, MARCELA MARTÍNEZ ROARO, siguiendo las ideas de LARS ULLERSTAM, niega que el incesto afecte la salud de la raza, produciendo la degeneración, o la moral y la unidad de la familia.

No encontramos dificultad alguna para que los delitos de violación e incesto puedan concurrir materialmente ya que es posible que parientes consanguíneos en línea recta lleven una relación íntima, configurándose así el delito de INCESTO, pero puede suceder que uno de ellos se niegue a realizarla y el otro le obligue por medio de la violencia física o moral a realizar una cópula que no desea, hecho éste constitutivo de violación. El problema adquiere mayores proporciones al tratar de indagar si pueden concurrir formalmente.

La doctrina no se pone de acuerdo y las opiniones divergen: a).- no puede haber concurso entre ambas figuras, b).- si puede existir el concurso, c) MAGGIORE⁴ afirma que si el ascendiente hace uso del descendiente con escándalo público, debe además, responder por el incesto pero no puede haber concurso de incesto y violación ya que el descendiente violentado es considerado sujeto pasivo del delito y no como concurrente.

⁴ Ob. Cit. p. 65)

El incesto es delito bilateral, la violación bilateral, d).- PANNINI ⁵ considera que “la plurisubjetividad del delito de incesto es diferente de la exigida por la ley para la existencia de la asociación delictuosa y que se trata de una plurisubjetividad 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 a ambos sujetos, el delito de incesto subsiste igualmente”. PORTE PETIT ⁶ postula que “el delito de violación no puede concurrir con el incesto en virtud de que este es bilateral o sea que para que exista se necesita el acuerdo de voluntades, no pudiéndose hablar, en consecuencia de sujeto activo y pasivo, sino de sujetos activos”.

Lo que quiere decir que no puede concurrir al mismo tiempo consentimiento y ausencia del mismo, a virtud de la violencia física o moral, y medios exigidos para la existencia de la violación, es decir, la violación y el incesto se excluyen entre sí. No sabemos porque el maestro PORTE PETIT afirma que para la configuración del incesto se requiere el acuerdo de voluntades, puesto que la ley nada dice al respecto, limitándose a señalar las penas para los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes, o cuando éstas se realicen entre hermanos. El artículo 272 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal especifica que esas relaciones sexuales han de provenir de un acuerdo mutuo o quizá el jurista mencionado se funde para hacer su afirmación en que existe una sanción para los dos protagonistas. Es verdad, que el mencionado artículo señala pena para los dos sujetos, pero esto no significa forzosamente que en todos los casos los dos han de ser responsables o culpables porque

⁵ Cit. por Jorge Petit, Ob. Cit. p. 91)

⁶ Ob. Cit. p. 94)

¿qué ocurre cuando una persona, conociendo el lazo de parentesco tiene acceso carnal con un descendiente, si éste lo ignora?, indiscutiblemente que se configura el incesto, sin que éste último tenga que responder de él, pues existe, a su favor una causa de inculpabilidad, como es el error. Luego entonces no es exacto que para la formación del delito sea imprescindible el acuerdo de voluntades; si así fuera, o se castigaría a los dos sujetos de nuestro ejemplo por haberse el segundo prestado al acto, o a ninguno, por haber sido un error la causa que dio origen al consentimiento. Lo mismo sucede cuando por medio de la violencia física o moral el ascendiente tiene cópula con su descendiente; en este caso el que la padece no puede ser responsable del incesto puesto que su voluntad no tomó parte en el acto; pero el actor, el que ejecutó el yacimiento violento con plena conciencia del parentesco que lo unía con la víctima, no solamente responderá del delito de violación sino también del incesto por haber efectuado una relación sexual, de manera que concurren violación e incesto, toda vez que con un solo hecho ejecutado en un solo acto de violaron dos disposiciones penales. Nuestros Tribunales de amparo han sostenido criterios contradictorios y en ocasiones han resuelto que violación e incesto se excluyen y en otras que pueden concurrir formalmente. No nos cabe duda que en nuestra legislación concurren de manera ideal ambas figuras por otra razón más, que el delito de violación está contenido en los artículos 265 y 266 bis del Código penal Vigente para el Distrito Federal y en este último se contemplan algunas circunstancias agravantes: que el delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Que el delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, que el delito

fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en el depositada. Aún con esto ambos delitos coexisten, ya que protegen distintos bienes jurídicos, uno la libertad sexual y otro el orden familiar.

3.7.4. VIOLACION Y LESIONES.

Hemos reiterado que la violencia física es uno de los medios de que puede valerse el sujeto activo para lograr el concubito y aquí resulta interesante saber si en un momento dado la violencia física llega a constituir lesiones, si concurre este ilícito con el de violación o si por el contrario debe considerarse simplemente como el medio empleado y acerca de esto anotaremos algunas opiniones:

a).- MAGGIORE⁷ estima que la violación puede concurrir con homicidio y lesiones culposas si son consecuencia involuntaria de la violencia carnal, pero si son voluntarios, entonces se tendrá homicidio agravado, si se comete en el acto de perpetrarse el delito o después de él para asegurar su impunidad.

Del mismo modo ocurre con la violencia carnal, la lesión dolosa o culposa o el homicidio preterintencional, cuando se ha contagiado a la víctima de alguna enfermedad por transmisión sexual, ya sea que se haya hecho con ese fin o el contagio haya sido involuntario.

⁷ Ob. Cit. p. 71.

b) SOLER⁸ expresa que la violación normalmente se acompaña de rastros de ligeras violencias y esto queda absorbido dentro de la violación, pero si constituyen lesiones, entonces concurren en ella.

c) RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO⁹ describe que, “si se causaren lesiones, ellas integraran el elemento fuerza física, no estándose en el caso de concurso de delitos”.

Creemos que la violación puede concurrir tanto material como formalmente, con lesiones, pero haciendo las siguientes aclaraciones: dijimos al tratar lo relativo a los medios de ejecución y especialmente cuando nos referimos a la violencia física, que ésta ha de ser la suficiente para lograr el designio del actor, la necesaria para vencer la resistencia del paciente.

Obviamente esta violencia implica acciones materiales que se ejecutan en el cuerpo de la víctima que tienden a vencer o a anular su resistencia; esas acciones pueden consistir en ataduras, amordazamientos o ataques corporales productores de lesiones, entonces el protagonista deberá responder por el delito de violación y por el de lesiones, pues del empleo de la violencia física no se desprende que forzosamente se tenga que lesionar al pasivo. La violación también puede concurrir con homicidio observándose como apunta GONZÁLEZ DE LA VEGA¹⁰ tres hipótesis:

⁸ Ob. Cit. p. 288.

⁹ Código penal Anotado, Edit. Porrúa, México 1976, p. 514.

a).- “Si el actor lesiona a la víctima como medio para lograr el ayuntamiento y posteriormente esta muerte a consecuencia de las lesiones inferidas concurrirán los delitos de violación y homicidio porque”... “no obstante el ligamen de las acciones y su unidad de intención, las lesiones y en concubito son ejecutados en actos distintos”.

b).- “Si el agente, con el propósito de obtener el ayuntamiento sexual da muerte a la víctima antes de que éste tenga lugar, concurren homicidio y tentativa de violación”.

c).- “Si se le da muerte a la víctima y con posterioridad se tiene aproximación sexual, concurrirán homicidio y el delito contra el respeto a los muertos previsto por el artículo 281 Fracción II del Código Penal”.

En cuanto al concurso ideal somos de la opinión que también la violación puede concurrir con lesiones, como cuando se dejan heridas en los órganos genitales de la víctima debido a la brutalidad con la que se realizó la conjunción o en la inoculación de enfermedades de transmisión sexual. Al respecto nuestros Tribunales tampoco han sostenido criterios uniformes y así algunas veces han resuelto que concurren y otras que las lesiones se subsumen en la violación por constituir el elemento fuerza física.

¹⁰ Ob. Cit. pp. 393.

3.7.5. VIOLACION Y CORRUPCION DE MENORES.

Los sujetos pasivos del delito de CORRUPCION DE MENORES, según lo establece el artículo 201 del Código represivo, solamente pueden ser los menores de dieciocho años de edad, o a quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, y dentro de ese límite encontramos a los púberes e impúberes. Se dice que la pubertad es la época en que el hombre tiene la aptitud fisiológica para la vida sexual activa, en las mujeres es fácil saber cuando han entrado a la pubertad, pues esta se inicia prácticamente con la primera menstruación, en los hombres es un poco más difícil y debe atenderse a la aparición de las características sexuales secundarias como el cambio de voz, ensanchamiento de la espalda, aparición de bigote, y del vello púbico.

ESTADÍSTICA NO SE
DE LA BIBLIOTECA

3.8. PENALIDAD PARA EL DELITO DE VIOLACION.

Establece nuestro ordenamiento sancionador en el artículo 265 que la pena será de ocho a catorce años de prisión. Esto es en el caso de lo que podríamos llamar una violación simple y al respecto diremos que algún sector de la sociedad considera ésta pena muy baja pues estiman que el daño que se causa a la víctima es superior al que se puede ocasionar al culpable con el castigo y sin entrar a reflexiones filosóficas acerca de los fines de la pena o de la utilidad del castigo, simplemente diremos que la pena sigue siendo eso, un sufrimiento que se infringe la delincuente como penitencia del delito que cometió, pero desde luego además debe buscarse la readaptación social en los centros de reclusión. Y definitivamente creemos que con aumentar la pena no se va a lograr que no se cometan violaciones pues jamás la amenaza de un sufrimiento ha servido para

disuadir a los delincuentes, pero tal parece que la sociedad si lo creé y por eso levanta la voz pidiendo castigos mayores, pero para evitar no solamente la violación sino la comisión de cualquier delito es preciso aclarar más hondo y la solución decididamente la encontramos en el ámbito de la educación.

3.9 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA PENA.

A).- En el artículo 266 Bis del ordenamiento que nos ocupa, en el primer párrafo, establece “Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y su máximo, cuando:

I.- el delito fuere cometido por intervención directa o inmediata de dos o más personas; al decir del maestro MARIANO JIMÉNEZ HUERTA¹¹ esta agravación se funda en el hecho de que intervienen una pluralidad de personas y aquí la pregunta obligada es, con qué carácter han de tener intervención las otras personas, como autores, como cómplices y la respuesta es que la ley no especifica y simplemente para la aplicación de éste precepto exige que en la violación intervengan dos o mas personas; no es necesario que dos o más realicen la conducta típica, basta con que uno sólo le lleve a cabo y que los otros cooperen de algún modo para que tenga vigencia éste precepto, que hace alusión a lo que en la doctrina se denomina violación tumultuaria.

II.- el delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente , éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

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

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

Como ya lo habíamos mencionado, y como se observa, se agrava el delito cuando se comete por el ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra el colateral, esto independientemente del delito de incesto, por los razonamientos antes esgrimidos.

¹¹ Ob. Cit. p. 276-277)

CAPITULO IV
EFICACIA EN LA INTEGRACION DE LA
AVERIGUACION PREVIA EN CASO DEL DELITO DE
VIOLACION

CAPITULO IV.

EFICACIA EN LA INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA EN CASO DEL DELITO DE VIOLACION.

4.1. TEORIA Y PRACTICA EN LA INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA EN CASO DEL DELITO DE VIOLACION.

Para poder hablar de la averiguación previa, primero es menester hablar del Ministerio Público, quien es el titular de la averiguación previa.

Por lo que debemos hacer notar que, el ministerio público es una institución creada por el Constituyente de Querétaro en 1917, de buena fe, y al servicio de la sociedad, por lo que deben observarse los siguientes principios.

Uno.- Principio de Iniciación: el ministerio público, sólo iniciará la averiguación previa cuando se le faciliten todos los requisitos de procedibilidad, previamente establecidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que son: la denuncia o la querrela.

Dos.- Principio de oficiocidad: el ministerio público, una vez teniendo cubierto el requisito de procedibilidad, de oficio debe de investigar y perseguir los delitos, ya sean de oficio o de querrela.

Tres.- Principio de legalidad: el ministerio público debe de actuar dentro de un marco de legalidad, respetando las garantías individuales que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a los probables responsables de algún delito, que se encuentren sujetos a investigación, por lo que su actuación no debe de ser arbitraria, en virtud de que es representante de la sociedad.

La averiguación previa es una de las etapas procesales que señala nuestra legislación adjetiva penal, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo primero señala que “El presente Código comprende los siguientes procedimientos

- I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el ministerio público pueda resolver si ejercita o no la acción penal”.

Por lo que nos atrevemos a conceptualizarla como la etapa en la cual el Ministerio Público se encarga de investigar, indagar, averiguar si los hechos que se le están presentado o de los cuales tiene conocimiento, constituyen o no un delito, en caso de constituir un delito tiene que realizar simultáneamente en la investigación, saber quien lo cometió, por que lo cometió, donde y cuando lo realizó, a fin de estar en condiciones de integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad

El ministerio público es una institución dependiente del poder ejecutivo, que actúa en representación de la sociedad, en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le signan las leyes.

El ministerio público, debe investigar y perseguir los delitos, desde el momento en que tiene conocimiento de ellos, allegándose de todos los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para sí poder integrar la averiguación previa correspondiente, además de perseguir en la instrucción del procedimiento, que se le de cumplimiento a las diligencias solicitadas por él, para la debida aplicación de las sanciones, al caso concreto que se le plantea al Juez; y deberá proporcionar al Procurador la información de la ejecución de sentencias para la formación de estadística criminal.

La averiguación previa es la etapa procedimental durante la cual, el órgano investigador (Ministerio Público) realiza todas aquellas diligencias necesarias para integrar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad y, optar por el ejercicio o abstención de la acción penal. La denuncia es la comunicación que hace cualquier persona al ministerio público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio. La querrela es la facultad que tienen los sujetos pasivos del delito de solicitarle o no al ministerio público que tome conocimiento de un delito que se persigue a petición de la parte ofendida, para que se inicie o integre la averiguación previa correspondiente y, en su caso ejercite acción penal.

Dentro de la averiguación previa se deben precisar las formalidades a que aluden los artículos 12 y 13 del Código de Procedimientos Penales Vigente para el Distrito Federal, que señalan:

Artículo.12.- Las actuaciones del ramo penal podrán practicarse a toda hora y aún en los días feriados, sin necesidad de previa habilitación; se deberá escribir en máquina, a mano o por cualquier otro medio apropiado, y se expresará en cada una de ellas, el día, mes y año en que se practiquen. Las fechas y cantidades se escribirán precisamente con letra y, además con cifra.

Artículo 13.- En ninguna actuación penal se emplearán abreviaturas ni raspaduras, las palabras o frases que se hubieren puesto por equivocación, se testará con una línea delgada, de manera que queden legibles, salvándose al final con toda precisión y antes de las firmas. En la misma forma se salvarán las palabras o frases omitidas por error que se hubieren entrecorregido. Toda actuación penal terminará con una línea tirada de la última palabra al final del renglón; si éste estuviere todo escrito, la línea se trazará debajo de él, antes de las firmas.

En la averiguación previa se manejan tres términos específicos que son: la acción penal, elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Elementos del cuerpo del delito: conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

Probable responsabilidad: la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y, existan elementos fundados para considerar que es probable sujeto activo de alguna forma de autoría; concepción, ejecución, inducir o compeler a otro a ejecutarlo. Se requiere para la existencia de la probable

responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues la certeza es materia de la sentencia.

La averiguación previa debe iniciarse con la mención del lugar y número de la agencia investigadora en la que se da principio a la misma, así como la fecha y hora correspondiente; señalando el funcionamiento que inicia el levantamiento del acta, responsable del turno y la clave de la averiguación previa.

En el Acuerdo I/001/89, emitido por el entonces titular de la Institución, en su punto sexto establece que las averiguaciones previas de delitos que se inicien en las agencias investigadoras especializadas en delitos sexuales, deberán identificarse con la nomenclatura siguiente: número de la agencia sede, las siglas DS, el número progresivo de la averiguación previa, el año que corresponda al inicio y el número que indique el mes en que se haya iniciado la indagatoria, por ejemplo: 47ª./DS/001/2001-07.

El exordio es una síntesis de los hechos que motivan el inicio de la averiguación previa y en el cual se deben de asentar los fundamentos legales que son los artículos 16, 21 y 73 Fracción VI, base 6ª. de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, artículo 1, 2 y 3 apartado a fracciones I, II y III de la ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

El interrogatorio, por este se entiende el conjunto de preguntas que debe realizar en forma técnica y sistemática el funcionario encargado de la averiguación previa, a cualquier sujeto que pueda proporcionar información útil para el conocimiento de la verdad de los hechos que se investigan.

La declaración es la relación que hace una persona de determinados hechos, personas o circunstancias vinculadas con la averiguación previa y que se incorpora a la misma.

Al declararse a la víctima u ofendido de un ilícito penal se procederá de inmediato a tomarle “protesta” de conducirse con verdad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 280 del Código de Procedimientos Penales Vigente para el Distrito Federal. por lo que se le advertirá que dicha sanción se encuentra prevista en el artículo 247 fracción I del Código Penal en vigor para el Distrito Federal.

El testigo es toda persona física que manifiesta ante el órgano de la investigación, lo que sabe y le consta en relación a la conducta o hechos que se investigan. Como a todo informante se solicitara información general relativa a su persona; a continuación se le pedirá que haga el relato de los hechos o circunstancias que le consten. A cualquiera que pueda proporcionar información útil para la integración de la averiguación previa se le tomará declaración independientemente de circunstancias tales como ocupación, grado de estudios, antecedentes, etcétera.

Cuando el declarante sea familiar del probable responsable se le hará saber lo dispuesto en el artículo 192 del Código de p4ocedimientos Penales Vigente para el Distrito Federal..

En cuanto a la declaración del indiciado, siempre se le remitirá al servicio médico para que se dictamine acerca de su integridad física y lesiones y estado psicofísico, y en caso del delito de violación, se le realizará examen andrológico, para que Perito Médico Forense dictamine si es apto o no para el coito.

Se le harán saber los derechos que le otorgan los artículos 20 Constitucional, 134 Bis, 269 del Código de procedimientos Penales Vigente para el Distrito federal, 7 de la ley parra prevenir y sancionar la Tortura.

La confrontación se puede definir como la diligencia realizada por el ministerio público, en virtud de que la cual el sujeto que es mencionado en la averiguación previa como indiciado, es identificado plenamente por la persona que hizo alusión a él.

Se coloca en fila a varios indiciados entre ellos al sujeto que va a ser confrontado, previendo que éste no se disfrace ni desfigure o de cualquier modo pueda inducir al error, se presentará aquel vestido con ropas semejantes a las de los otros y se procurará que los demás tengan señas parecidas al confrontado, así como educación, modales y circunstancias especiales y que sean de clase análoga entre sí; al que va a confrontar se le tomará protesta de conducirse con verdad, y se le preguntará si persiste en su declaración, si conoció anteriormente a la persona antes del hecho o si la conoció en el momento de la ejecución del mismo, y si después de éste, lo ha visto en algún lugar, una vez observados estos requisitos, se conducirá a la persona que va a identificarse frente a los sujetos que forman la fila, se permitirá hacer un conocimiento detenido, y se le indicará que toque con la mano el espejo de Gessel al designado y

manifestará las diferencias o semejanzas en el momento de la confrontación y el que tenía en la época a que su declaración se refiere. Esto con fundamento en los artículos 217 y 218 y demás relativos y aplicables del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Distrito Federal.

La Inspección ocular es la Actividad realizada por el Ministerio Público que tiene por objeto la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos, cadáveres y efectos de los hechos, para obtener un conocimiento directo de la realidad de una conducta o hecho, con el fin de integrar la averiguación previa.

Lo anterior con base y fundamento en los artículos 16 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, 144, 145 y 286 del Código de Procedimientos Penales Vigente para el Distrito federal.

Cuando en relación a una averiguación previa se encuentren cosas, se procederá a describir minuciosamente éstas, precisando todas aquellas características que permitan establecer la relación entre el objeto y los hechos que se investigan y asimismo, determinar la identificación del objeto, de conformidad con el artículo 279 del Código de Procedimientos Penales.

Los servicios periciales son el conjunto de actividades desarrolladas por especialistas en determinadas artes, ciencias o técnicas los cuales previo examen de una persona, un hecho, un mecanismo, una cosa o un cadáver emitan un dictamen (peritaje) traducido en puntos concretos y fundado en razonamientos técnicos o científicos.

Una vez que se hayan realizado todas las diligencias conducentes para la integración de la averiguación previa, ya sea a nivel de agencia investigadora o de mesa de trámite, deberá dictarse una resolución que precise el trámite que corresponda a la averiguación previa, o que decida, obviamente a nivel de averiguación previa, la situación jurídica planteada en la misma.

Las posibles resoluciones para la averiguación previa pueden ser las siguientes:

- a).- ejercicio de la acción penal;
- b).- envío a mesa de trámite;
- c).- envío a otra Agencia del Ministerio Público;
- d).- envío por incompetencia a la Procuraduría General de la República;
- e).- envío por incompetencia a la Agencia o Fiscalía para asuntos del Menor;
- f).- envío por incompetencia al Centro de Justicia en los estados de la República que sean competentes;
- g).- envío al Departamento de Consignaciones correspondiente (consignación sin detenido)

La consignación es el acto del ministerio público de realización normalmente ordinaria, que se efectúa una vez integrada la averiguación previa y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal. poniendo a disposición del Juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa, en su caso.

4.2. CRITERIOS DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INVESTIGADORA (MINISTERIO PUBLICO) EN LA INTEGRACION DEL DELITO DE VIOLACION.

El Ministerio público es la única Institución reconocida constitucionalmente que unitaria y jerárquica es la encargada de la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal; interviene en el procedimiento judicial en la defensa de los intereses de la sociedad, de los ausentes, los menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de jueces y tribunales.

Esta atribución discrecional del Ministerio Público de investigar y perseguir delitos, tiene su fundamento legal en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 14, 16 y 19.

o

Esta concentración de facultades persecutorias se observa también en los códigos de procedimientos penales los que atribuyen de manera exclusiva al propio Ministerio Público la investigación de los delitos con auxilio de la policía judicial, cuerpo especializado que se encuentra a su servicio, y de los servicios periciales. Un aspecto esencial que observamos es el otorgamiento al Ministerio Público del llamado “monopolio del ejercicio de la acción penal”, que deriva del ya mencionado artículo 21 de la Carta Magna, lo que significa que son los agentes de la institución los únicos legitimados para ejercer acción penal a través del acto calificado como “consignación”, que inicia el proceso; que el ofendido y sus causahabientes no son parte en sentido estricto en el mismo proceso, y solo se les confiere una limitada intervención en los

actos relacionados con la reparación del daño y la responsabilidad civil proveniente del delito, tomando en cuenta que la citada reparación es un aspecto de la pena pública.

Por otra parte en el sistema procesal mexicano, el Ministerio Público también tiene facultad para negar el ejercicio de la acción penal, y una vez haciéndola valer, está facultado también para formular conclusiones no acusatorias o desistirse de la propia acción en el curso del proceso.

Es por ende que, a pesar de que la Institución del Ministerio Público, también denominada y conocida como Representación social y considerada de buena fe, gracias a los Agentes de dicha Institución, comete errores. A pesar de la profesionalización y capacitación con la que cuentan los Agentes del Ministerio Público, algunos carecen totalmente de lo más importante: la ETICA, y algunos que forman parte del personal que labora dentro de estas agencias especializadas en delitos sexuales, o de la Fiscalía, no están bien capacitados, no ponen el suficiente interés en su trabajo, no se abocan lo estipulado en la ley, o por entregar números se olvidan de las víctimas, o lo que es peor no tienen ni ética profesional, ni mucho menos ética moral, y realizan actos de corrupción, dejando en total estado de indefensión a la víctima para que la indagatoria iniciada por la agresión sufrida sea consignada y se inicie el juicio penal, situaciones a veces incorregibles, pues muchas de las ocasiones, y aunque se encuentren debidamente acreditados y reunidos los elementos del cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad en contra del indiciado por el delito de violación, los criterios cortos y muy temerarios de los mencionados agentes, dan por concluido y asentado que la investigación no amerita la propuesta del ejercicio de la acción penal, para iniciar el

proceso penal respectivo, y el asunto que podría concluir en una sentencia condenatoria, se archiva definitivamente, sin llegar siquiera al conocimiento del Juzgador, dejando totalmente sin armas para defenderse y reclamar su derecho a la denunciante-victima, misma que muchas veces por ignorancia, o por no verse todavía más afectada por el asunto que se investiga se da por vencida y no prosigue con la investigación; también muchas de las ocasiones en que una averiguación previa se radica en una mesa investigadora el Agente del Ministerio Público, titular de la misma, no le pone el suficiente interés, y reúne únicamente las diligencias básicas de la misma, sin adentrarse en el asunto, y por consiguiente no integra la misma, concluyendo al final un No Ejercicio de la Acción Penal.

Por otro lado, muchas de las ocasiones aunque a veces el ministerio público, haga bien su trabajo, “por instrucciones superiores”, o por revisión de las autoridades para resolver un caso, todo el trabajo realizado tanto del Ministerio Público, así como de su Oficial Secretario, auxiliado por Policía Judicial y Peritos, no sirve de nada, y el esfuerzo realizado, así como el material utilizado y las horas entregadas en cada caso, por la simple palabra “NO PASA”, un expediente sea archivado y con este se archive también la confianza y esperanza depositada en la muy desacreditada Institución de Procuración de Justicia.

La única manera que tiene la denunciante de defenderse, por así decirlo de esta resolución, y luchar por su dicho, y por su derecho a que se le procure justicia, es presentar su inconformidad ante esta resolución de la propuesta de no ejercicio de la acción penal, misma que deberá proporcionar más pruebas de las existentes, para poder

seguir en trámite la indagatoria en cuestión, pero esto en la mayoría de los casos no se da, ya que la denunciante no sabe que tipo de pruebas puede aportar para la integración de la averiguación previa, o simplemente ya aportó todas las que tenía, y le es imposible aportar más, lo que da por resultado la ratificación de la propuesta mencionada.

Situación, la anterior, que nos demuestra que aunque una denunciante aporta todos los datos y elementos para la integración de su averiguación previa por el delito de violación, esta no llega a consignarse, por falta de los mismos, y entonces es donde entra el criterio del investigador, la pregunta es porqué a criterio del agente del ministerio público una averiguación previa no está debidamente integrada para que se ejercite la acción penal en contra del indiciado, y la manda al archivo, esto tiene que ver con la formación del investigador, con la manera de trabajar, con la experiencia, con la calidad humana y en gran medida con la ética del mismo, ya que por ser seres humanos no están exentos de cometer errores, aún tratándose de asuntos tan delicados como es el de procurar justicia.

Pero aún así y todas estas fallas humanas principalmente, la eficacia de las Agencias del Ministerio Público especializadas en Delitos Sexuales y la Fiscalía para Delitos Sexuales, son de los mejores cambios progresivos con los que cuenta la Procuraduría general de Justicia del Distrito Federal.

4.3. CRITERIOS DE LA AUTORIDAD JUDICIAL (JUEZ) EN LA INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA DEL DELITO DE VIOLACION.

Del latín *iudex*, Juez, es la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios. En derecho la palabra Juez, tiene dos significados, el primero y en general denominado en *latu sensu*, es aquel que referimos a todo funcionario titular de jurisdicción; juez se dice, es el juzgador. Por otro lado, y de manera más particular y precisa, que diremos en *stricto sensu*, juez es el titular de un juzgado, tribunal de primera instancia unipersonal. El sitio en donde el juez administra justicia se llama genéricamente tribunal y también se le dice foro. Las clasificaciones más comunes de los jueces son: a) seculares y eclesiásticos, b) comunes, especializados, especiales, c) civiles, familiares, mercantiles, penales, etcétera, d) ordinarios y extraordinarios, e) legos y letrados, f) inferiores y superiores, g) competentes e incompetentes, y h) *a quo* y *ad quem*.

Cuando en una averiguación previa iniciada por el delito de violación, se propone el ejercicio de la acción penal sin detenido, consignándose a un juzgado, en donde se le da entrada a la misma radicándose en los libros respectivos, misma a la que se le designa un número de causa o expediente penal, y es estudiada, para verificar si efectivamente se está ante una indagatoria en donde se encuentran debidamente reunidos y satisfechos los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado por el delito de violación, una vez que el Juez verifica esto, obsequia la orden de aprehensión en

contra de dicho indiciado, una vez aprehendido éste, corre el término o plazo para recabar su declaración preparatoria, dictándose entonces el auto de formal prisión, y la sujeción a proceso, iniciando así el juicio, o proceso penal, por la consignación de la indagatoria.

Pero qué sucede cuando un Juez, al estudiar la averiguación previa considera, haciendo uso de su criterio, que no se encuentran reunidos los elementos del cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad del indiciado, pues el Juez está en facultad de devolver el expediente de averiguación previa, para que las diligencias que hagan falta se recaben, y se subsane cualquier falta y se proponga nuevamente, el ejercicio de la acción penal, y así nuevamente estudie la indagatoria, para estar en posibilidad de obsequiar la orden de aprehensión, en contra del indiciado. Esta acción está fundamentada principalmente en el artículo 36 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que le da la facultad al Juez que conoce de la causa devolver el expediente a la autoridad investigadora, para que ésta recabe, más diligencias, como pueden ser declaraciones, ampliación de declaraciones, dictámenes periciales, informes de policía judicial, documentos, o pruebas, para estar en posibilidad de proseguir con el juicio, hasta la sentencia.

Pero muchas de las ocasiones, esta facultad la ejercen los jueces, no porque realmente haga falta algún requisito para la integración de la averiguación previa, sino porque aplican sobre la ley, su criterio, muchas veces corto, y falto de ética, y es cuando toda la investigación se viene abajo; también algunos Jueces, no creen en el dicho de la denunciante, y piensan que mienten en sus declaraciones, y creen que ellas son las que

realmente provocan o consienten la violación, con estas dudas de los Jueces, provocan que los Abogados de los indiciados se aprovechen, para tratar de desacreditar el dicho de la denunciante, y todo el trabajo hecho por Ministerio Público así como de sus auxiliares no vale de nada, pero la única persona que resulta realmente afectada en sus derechos, es la denunciante, ya que ante esta situación no puede hacer nada, lo que consecuentemente origina el resentimiento, la frustración, la impotencia, y principalmente la desconfianza hacia las autoridades.

4.4. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE VIOLACION.

En derecho penal conocemos a la víctima del delito como el sujeto pasivo del mismo, CARRANCA Y TRUJILLO aduce que “es la persona individual, el sujeto pasivo en el mayor número de casos de los delitos. La tutela penal protege a lo largo de la vida, en el mayor número de preceptos de las leyes penales que tipifican los delitos”. Para CUELLO CALÓN “el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito...pueden ser sujetos pasivos del delito: a) El hombre individual, cualquiera que se su condición, edad, sexo, raza, estado mental, cualquiera que se objeto pasivo en las infracciones contra su honor (injurias, calumnias) y en contra su propiedad (defraudaciones, hurtos, etc.).

Conocemos al sujeto pasivo del delito también como víctima del mismo. En la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos del Poder, manifiesta que “se entenderá por víctimas las personas que,

individual o colectivamente, hayan sufrido alguna forma de daño, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida económica o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los estados procurarán indemnizar económicamente:

- a) Las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;
- b) A la familia, y en particular a las a las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización”.

Pero que tanto se considera la situación de la víctima ante la investigación durante la averiguación previa y ante la causa durante el procedimiento penal. Cuando se ejercita acción penal en contra de una persona por el delito de violación, se solicita al Juez que conocerá de la causa, la reparación del daño, pero en realidad quien puede medir el daño causado a una persona que es víctima del delito de violación, a consideración nuestra esto es imposible, ninguna persona a excepción de la propia víctima, puede decir el grado de daño o afectación que se causa a una persona que ha sido violada, aunado a que este delito abarca muchos otros aspectos aparte del físico, como son el psicológico, el moral, el social y el religioso. La mayoría de las veces la víctima queda

tan afectada que no logra superar el evento, y su vida cambia tanto que nunca vuelve a ser igual, a como era antes del evento sufrido. Para ayudar a que este evento que sufre una persona víctima del delito de violación, existe la Subprocuraduría de Atención a Víctimas, dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como el Centro de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales, donde el personal que atiende son profesionistas Psicólogas y Trabajadoras Sociales, especializados en este tipo de delito y de otros existentes de carácter sexual, pero aún con toda la ayuda psicológica que pueda recibir una persona que sufre de este tipo de agresión, existen otros aspectos que ya se mencionaron como son el daño moral ocasionado, mismo que va tomado de la mano con la situación religiosa y las costumbres de la víctima, todo esto dentro de una sociedad, que como la mexicana, es aún, tabú hablar abiertamente sobre sexualidad, y mucho menos de ser víctima de la misma, muchas de las ocasiones estos delitos quedan impunes por no ser exteriorizados por las víctimas que guardan su secreto hasta su muerte, o algunas veces aunque manifiesten que han sido agredidas sexualmente no denuncian el delito, y no son del conocimiento de la autoridad competente para investigar, también y en la mayoría de los casos los victimarios son conocidos o familiares, y en el peor de los casos son los mismos esposos ó padres de la víctima y así menos son denunciados por miedo a represalias, por conflictos de moral, o amor filial, o por no saber que hacer o a donde acudir ante la situación que se presenta, y desgraciadamente algunas veces porque son el sostén de la casa de la familia, y si lo denuncian, no habrá quien lleve dinero a la casa, y mantenga el hogar, que siempre es un hogar en donde no sólo existen agresiones sexuales, sino también físicas.

El inicio de los cambios y transformaciones, especialmente en materia de atención a víctimas en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ha sido una expresión inteligente de anhelos, inquietudes y demandas de la sociedad capitalina, para coincidir en la necesidad de cambiar la institución, trabajar en su modernización, recoger inquietudes sociales, plasmar anhelos populares y atender de manera especial desde la representación social que debe ejercer el Ministerio Público a los sectores más vulnerables de la sociedad.

La autoridad encargada de procurar justicia de la Ciudad de México, en respuesta al reclamo ciudadano y principalmente de las mujeres mexicanas, creó en el año de 1989 las Agencias del Ministerio público Especializadas en la Investigación de Delitos Sexuales, así como la entonces Dirección General de Investigación de Delitos Sexuales, estableciendo con ello nuevas formas de atención a las víctimas de estos delitos, procurando que quienes habían sufrido una agresión sexual contaran con el apoyo psicológico, médico y asistencial que les permitiera, sin temor alguno proporcionar al Ministerio Público los elementos para iniciar la averiguación previa.

Desde hace muchos años, la mujer especialmente, había expresado su indignación porque después de sufrir una agresión sexual sufría otra en las agencias del ministerio público, estas instaladas en espacios oscuros, mal olientes, que no brindaban ninguna oportunidad ni posibilidad real de atender con el cuidado y la delicadeza que demanda la víctima de una agresión sexual. Por eso se habla de una doble violación: la de la calle y la de la agencia.

Pero esto ya no es así a partir de 1989, en que fueron creadas las Agencias 46, 47, 48 y 49 del Ministerio Público especializada en Delitos sexuales, y con estas la entonces Dirección General de Investigación de delitos Sexuales, ahora denominada Fiscalía para delitos sexuales. Estableciendo nuevas formas de atención a las víctimas de delitos sexuales. Es bien sabido que después de una agresión sexual la víctima requerirá no solo de ayuda y comprensión, sino también ayuda psicológica para volver a relacionarse, superando los traumas, y es por eso que con estas agencias se crearon los espacios físicos adecuados, la profesionalización del personal que atiende a las víctimas, la profesionalización de personal femenino principalmente en la rama policial como en la técnico-pericial, el andamiaje administrativo para supervisar y dar seguimiento a las denuncias, dando como consecuencia que las denuncias crecieran como sucedió desde entonces, en virtud de que las víctimas se encuentran con más confianza para poder denunciar la agresión sufrida.

Hace algunos años se observaba ante la integración de la averiguación previa que el personal no se encontraba previamente capacitado y seleccionado para atender casos de violación o bien no se daba seguimiento o retroalimentación en la capacitación y sensibilización del personal que continúa en funciones; no se designaban varones como oficiales secretarios para recabar la declaración de los detenidos o víctimas del sexo masculino; no se orientaba a la víctima para evitar la destrucción o deterioro de evidencias, huellas o vestigios de los hechos e incluso se hacía caso omiso de ellas; se ejercía coacción moral en las víctimas tratando de persuadirlas para que no denunciaran, argumentándoles que: sería muy prolongado el juicio, les ocasionaría muchos problemas, que les resultaría muy costoso, que si no eran precisas en sus declaraciones

las mandarían a la cárcel, en caso de que fuera familiar o conocido el probable responsable que se sentirían culpables por lo que le pudiera sucederle en la cárcel, se les decía también que ya había prescrito el delito aunque no fuera cierto o que no podían iniciar averiguación previa contra probables responsables desconocidos, o el Ministerio Público se ausentaba por varias horas del área de trabajo o delegaba funciones y responsabilidades al oficial secretario, también el tiempo de espera en las agencias se prolongaba por varias horas, no cumplían con la obligación de practicar las diligencias aunque por razones de territorio fueran competencia de otra agencia; no permitían que la recepción de la víctima fuera siempre por la psicóloga y era el Agente del Ministerio público la persona que decidía quienes pasarían y a qué servicio, el reconocimiento del presunto no siempre se hacía a través de la cámara de Gessel; cuando la víctima era una menor de edad no se enviaban todos los desgloses de las averiguaciones previas a la Agencia del Menor para que se tomaran las medidas de protección necesarias y en su caso se trasladara al menor al Albergue de la Institución, no se realizaba el estudio victimológico con visita domiciliaria cuando el probable responsable se encontraba unido con la víctima por algún parentesco consanguíneo para implementar también las medidas de seguridad necesarias, ni se implementan en los casos en que el probable responsable se encontrara prófugo de la justicia.

No se daba información a la víctima de las consecuencias jurídicas de las determinaciones posibles del Ministerio Público (ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal temporal {reserva} o no ejercicio de la acción penal definitivo) ni se les daba información acerca del proceso y sus derechos.

Los agentes de la policía judicial no eran previamente seleccionados y capacitados para el programa.

Cuando la médico legista se encontraba de vacaciones o no acudía al servicio, no era sustituida, debiendo enviar a las víctimas a practicar sus exámenes a otra agencia especializada.

No se contaba con el personal de trabajo social para los estudios correspondientes, canalizándolos a otras instituciones, traslados, etcétera.

Debido a estas anomalías, por parte de la Institución, se propuso un programa de mejoramiento, donde se centralizaron los servicios, se seleccionó, capacitó y sensibilizó al personal tanto del Ministerio Público, incluyendo a los Oficiales Secretarios, así como sus auxiliares policía judicial y peritos, dando lugar a las ya mencionadas Agencias Especializadas que se encuentran coordinadas con la Fiscalía para Delitos Sexuales, en donde se da atención multidisciplinaria a la víctima, se integran las averiguaciones previas con todos sus elementos y las diligencias se llevan a cabo de acuerdo a los lineamientos estipulados, así como realizar los estudios periciales necesarios con personal capacitado y utilizando tecnología de vanguardia en materia de atención psicológica.

Con el objetivo de aportar información para describir algunas características de la violación sexual se realizó en la Ciudad de México un estudio descriptivo de las víctimas de violación atendidas en una institución de atención especializada, de 1990 a

1996. Con el apoyo de un psicoterapeuta se aplicó un cuestionario semiestructurado sobre las características de la víctima, el agresor y las circunstancias en que se realizó la violación. Se estudiaron 531 víctimas de las cuales 85.8% fueron del sexo femenino; casi la mitad, menores de edad, y hubo una mediana de nueve años de escolaridad. Todos los agresores fueron del sexo masculino, 62% conocidos de la víctima; de éstos 86.7% eran familiares o personas cercanas a la familia. En los domicilios de la víctima o del agresor ocurrieron 55.4% de las violaciones; 49.2% de los casos se presentaron en cuatro de las 16 delegaciones del Distrito Federal. En la población estudiada la mujer fue el género con más riesgo de ser violada, pero en el grupo de 5 a 14 años de edad fue el hombre. Los desempleados y subempleados son el grupo con mayor probabilidad de llegar a ser agresores. El riesgo de la violación es mayor ante un familiar, la pareja o amigo de la familia que con un extraño, en el domicilio más que en otro sitio. Los hallazgos sugieren pautas para establecer programas preventivos y de atención especializada a víctimas y agresores. ¹

Si bien no se ha estudiado de manera suficiente la naturaleza social de la violación, en las investigaciones antropológicas se ha reconocido la existencia de factores socioculturales que propician las agresiones sexuales. Las culturas que presentan un sistema de dominación de género contribuyen a la desigualdad tanto social como sexual de las mujeres y los niños, quienes son más vulnerables a la victimización sexual. En ese sentido, se ha señalado que la civilización es la que ha creado y fomentado la violación, lo cual queda reforzado por la ausencia de este acto entre los

¹ De la Garza-Aguilar Javier, Elementos para el Estudio de la Violación Sexual, Salud Pública Méx. 1997; Pág. 39:539-545.

animales. En síntesis, se reconoce que la violación no es la satisfacción de un impulso físico o de un instinto natural, sino más bien un acto cultural.

La falta de conocimiento socio antropológico sobre esta agresión sexual ha impedido que se le otorgue la atención adecuada y ha contribuido a generar creencias erróneas sobre su causalidad. Tal es el caso del comportamiento o forma de vestir de la víctima que puede ser una incitación a la agresión sexual, o bien la idea de que las mujeres a menudo hacen falsas acusaciones de violación o que predominantemente son personas de mala reputación. Como consecuencia de ese desconocimiento, también se han hecho falsas apreciaciones acerca de los violadores, señalando que se trata de enfermos mentales y que, en todos los casos, el agresor es un desconocido, entre otros aspectos. La magnitud del problema tampoco se conoce con precisión, ya que sólo se cuenta con información proveniente de los casos notificados, sobre todo del sexo femenino. En Estados Unidos de América hay 75 000 víctimas de violación al año, con una tasa de 28.8 por cada 100 000 habitantes; las estimaciones acerca del total de violaciones no registradas varían de dos a 10 veces dicha cifra, de tal manera que ésta podría ascender a 750 000 violaciones anuales. En relación con las características del evento, los investigadores reconocen que aproximadamente 50% de los agresores por violación son conocidos de sus víctimas y con frecuencia pertenecen a su familia; esto es especialmente importante en las víctimas menores de 10 años y en jóvenes de 13 a 19 años. La mayoría de las violaciones son planeadas y más de la mitad implican el uso de un arma, a menudo una navaja, como apoyo. En cuanto a la severidad, en la mitad de los casos se presentan signos de traumatismo físico y más de 10% de las víctimas precisan tratamiento de urgencia. Este tipo de información ha favorecido que se reconozca la

agresión no como un acto sexual, sino un acto de violencia. En Italia se habla de 16 000 violaciones al año, con una tasa de 28.1 por 100 000 habitantes. En España las agresiones por violación son poco denunciadas, quizás porque en 74% de los casos la víctima conocía a su agresor. En Colombia durante 1994 se notificaron 30 delitos sexuales por día, es decir, cerca de 11,000 anuales, con una tasa de 31.9 por 100 000 habitantes.

En el caso específico de México, existen pocos estudios al respecto, de tal manera que ha sido difícil conocer más a fondo este grave fenómeno que lacera a la sociedad. La Ciudad de México, en particular, tiene un promedio de 6.3 delitos sexuales por día. En cuanto a la violación, su promedio es de 3.4 agresiones diarias. Su incidencia en 1993 fue de 7.5 por cada 100 000 habitantes, y las delegaciones con las tasas más elevadas fueron la Cuauhtémoc (10.7), Venustiano Carranza (13.1), Miguel Hidalgo (13.2) y Coyoacán (15.3). En 1999 se registraron 285 violaciones en unidades de transporte público del Distrito Federal (D.F.) lo que representó el 23 % del total denunciado en el mismo año; de éstas, 51.2% ocurrieron en "combis", "micros" y taxis, 25.6% en el sistema de transporte colectivo metro, 13.6% en microbuses y 9.5% en autobuses. En 39 casos se conoció el turno en el que sucedió; la agresión; su distribución fue de 60% en el nocturno, 25.6% en el matutino, y 15.4% en el vespertino y aunque se trata de pocos casos, lo anterior muestra que el mayor riesgo de ser víctima de violación en un transporte público se presenta en el turno nocturno. Estos datos sólo se refieren a las violaciones denunciadas ante la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; la incidencia real debe ser mucho mayor.

Otro aspecto que también amerita reflexión es el incremento en la cifra de víctimas masculinas ya que el fenómeno en estos casos muestra características cualitativas diferentes, como es el empleo de la violencia física con más severidad y frecuencia para someter a la víctima.

Las investigaciones sobre los violadores no demuestran un perfil específico del agresor. Todos aparentan ser personas normales, sin rasgos que permitan identificarlos y, en la mayoría de los casos, se trata de conocidos, amigos o familiares de las víctimas. Cuando el agresor es la pareja habitual de la mujer, el hecho se conoce como violación marital y según algunos estudios ésta se presenta con una frecuencia tan elevada que en ocasiones llega a ser de más del doble de las consumadas por un extraño; una de cada ocho mujeres afirma haber sido violentada de esta forma. Existen, además, datos de violadores juzgados y declarados culpables que, desde luego, no son aplicables a todos los agresores sexuales. Sin embargo, se destaca lo siguiente: 75% tenían menos de 30 años de edad, 70% eran solteros y 80% tenían baja escolaridad.

La violación es un problema de salud pública que involucra una perspectiva multidisciplinaria: médica, jurídica, psicológica, psiquiátrica y sociológica (de trabajo social y sociología); demanda un tratamiento asistencial ya que este tipo de agresión sexual deja efectos psicológicos negativos a corto y largo plazo, como ya se refirió previamente. Una de las razones por las que este problema no se atiende bajo la perspectiva de la salud pública es la falta de datos; la principal causa puede ser la dificultad para la obtención de información.

De las víctimas, 85.9% fueron del sexo femenino; por grupos de edad, 27.7% fue menor de 15 años; 49.9% (o sea una de cada dos víctimas) fue menor de 20 años de edad y 79%, menor de 30 años. Al correlacionar las variables de edad y sexo se encontró que en el grupo de 5 a 14 años ocurrieron 18.5% de las violaciones en mujeres, mientras que para el sexo masculino fueron 70.4%. De las mujeres 13.4% manifestaron haber presentado embarazo, y de éstas 54.1% deseaban abortar, 43.2% tener el producto y 2.7% refirieron, en el momento de la aplicación de la cédula, que aún no habían decidido qué hacer al respecto. De las que expresaron su deseo de tenerlo solo 6% indicaron que lo iban a dar en adopción.

En cuanto al estado civil, 67.7% de las víctimas eran solteras; 26.6% estaban casadas o vivían en unión libre; y, 5.7% no tenían pareja (divorciadas o separadas, viudas y madres solteras). Respecto al nivel de escolaridad 55.2% tenían primaria y/o secundaria completas; 83.8% tenían hasta nivel medio superior; y, el 7.9% restante, nivel superior o profesional. La mediana fue de nueve años de escolaridad. La ocupación de las víctimas en 64.1% correspondía a estudiantes o estaban dedicadas a las labores del hogar; en orden de importancia les seguían las empleadas y trabajadoras domésticas que, sumadas a las anteriores, representan 84.8%; 6.9% estaban desempleadas y subempleadas; 3% eran profesionistas y 5.3%, obreras, comerciantes y técnicas.

Con respecto al agresor, todos fueron del sexo masculino; 76.3% correspondieron al grupo de edad de 15 a 44 años; y, 42.6%, a menores de 30 años. El estado civil se conoció en 360 casos (64.6%) y, de éstos, 53.2% eran solteros; 43.5%, casados o en unión libre; y, 3.3%, divorciados. En relación con su nivel de escolaridad

(cuadro I) 30.9% tenían primaria o secundaria completa; 40.8%, hasta nivel medio superior; y, 5% nivel superior o profesional. En 40% de los casos no se conoció este dato. En los 334 casos en que sí se contó con la información, la mediana fue de seis años de escolaridad. En cuanto a su ocupación (cuadro II), la quinta parte eran profesionistas y estudiantes (22.3%) que, sumados a los empleados, concentraron más de la tercera parte (37.0%). Los obreros y comerciantes representaron el 5.8%. Los subempleados y desempleados fueron con la cifra más elevada: 22.6%. En 32% de los casos no se pudo averiguar esta variable.

En cuanto a si el agresor era conocido o no de la víctima, 62.1% eran conocidos de la misma. De los 346 agresores conocidos, 43.7%, cerca de la mitad, fueron familiares cercanos (padre, tío, hermano y primo) como se presenta en el cuadro III, que sumados al esposo, pareja o concubino, vecino, amigo y padrastro, representan 86.7%. Lo anterior significa que casi en una de cada dos violaciones el agresor conocido fue un familiar consanguíneo (violación incestuosa), y nueve de cada diez fueron realizadas por un familiar o un individuo cercano a la familia.

En relación con el sitio en que se llevó a cabo la violación, 55.4% (más de una de cada dos violaciones) ocurrió en los domicilios, tanto de la víctima como del agresor. Le siguieron en orden de importancia los vehículos, terrenos baldíos y vía pública con el 31.1%. Las ocurridas en vehículos (19.8%) en todos los casos fueron en unidades de transporte público.

Al considerar la distribución geográfica se encontró que cerca de la mitad de los casos atendidos por el centro AVISE (49.2%) fueron víctimas de violaciones ocurridas en las delegaciones Cuauhtémoc, Gustavo A. Madero, Iztapalapa y Miguel Hidalgo, mismas que sumadas con Álvaro Obregón y Venustiano Carranza, alcanzaron el 69.3%, es decir, siete de cada 10 violaciones ocurrieron en seis delegaciones. En Milpa Alta, delegación "rural" del D. F., no se reportaron casos para su atención en AVISE. En lo tocante al momento en que ocurrió la violación, se encontró que entre las 17:00 y las 23:00 horas hubo 40.1%, y entre las 7:00 y las 11:00 horas, el 21.6%.

Para someter y violar a su víctima, 51.8% de los agresores recurrieron a la fuerza física y/o amenazas; 24.6%, a engaño y sus combinaciones, con amenazas y fuerza física; en conjunto aportaron 76.4% de los casos. De éstos, 92.5% fueron agresores conocidos. El 23.6% utilizó armas, fármacos y sus combinaciones con las anteriores, de los cuales 62.3% fueron agresores desconocidos. En 25.3% de los casos se produjeron lesiones físicas, y en 28.9% (7.3% del total) de esos casos hubo lesiones que pusieron en peligro la vida de la víctima. Sobre el tipo de lesiones ocasionadas por la agresión hubo 40.3% con hematomas, 29.1% con contusiones, equimosis en 21.3%, hemorragia en 4.8%, contuso-desgarrante en 4.8%, combinaciones de las anteriores en 8.1% y heridas con arma punzo cortante en 1.6% de los casos.

En este estudio, al igual que en los de carácter socio antropológico, se encontró que la violación ocurre sobre todo en mujeres jóvenes y niños. La elevada incidencia en el sexo masculino, en el grupo de 5 a 14 años de edad (que fue superior en un 380% a la

del femenino del mismo grupo) es una evidencia del alto riesgo de violación en niños en comparación con las niñas.

Otro aspecto que debe referirse en relación con la frecuencia de la agresión en hombres, es que a lo largo de los siete años de estudio esta proporción se ha mantenido estable, a diferencia del incremento de las violaciones en el sexo masculino notificadas por algunos autores. La media de edad de las víctimas fue de 19.6 años. Una de las consecuencias importantes de la violación es la probabilidad de embarazo, ya que 52.1% de la población comprende a mujeres en edad fértil (entre los 15 y 44 años), y en este caso una de cada 10 mujeres violadas se embarazaron, lo cual equivaldría a decir que una de cada cinco mujeres en edad fértil, o sea 20%, corren el riesgo de presentar embarazo si son violadas. Las consecuencias psicológicas tanto para la víctima como para el producto son terribles puesto que casi una de cada dos mujeres violadas deseaba el aborto; sin embargo, para obtener la autorización legal es necesario un proceso jurídico que en ocasiones dura más de seis meses, lo cual, por lo avanzado del embarazo, impide la realización del aborto. Esa situación ocasiona que, al igual que las mujeres que manifestaron su deseo de tener el producto, las que deseaban abortarlo lleven a lo largo de su existencia el recuerdo constante de la violación sufrida. Prácticamente 50% de las víctimas son menores de edad, por lo que desde el punto de vista jurídico se pueden conformar, además del delito de violación o en su lugar según sea el caso, los de incesto y corrupción de menores.

Sobre el estado civil, la mayoría de las víctimas eran solteras, como era de esperarse de acuerdo con el grupo de edad predominante. Sin embargo, debe tomarse en

cuenta que más de la cuarta parte de las víctimas eran mujeres con pareja e hijos, de tal manera que la problemática que se suscita a raíz de la violación adquiere mayor trascendencia social y debe ser objeto de una investigación específica. Las mujeres sin pareja, que tradicionalmente se identifican como un grupo vulnerable o atractivo para el agresor, fueron el grupo de menor incidencia.

Puede considerarse que el nivel de escolaridad de las víctimas es elevado con respecto al nivel nacional de la población adulta que, en 1994, alcanzó los siete años de escolaridad y aun mayor que el del agresor que sólo fue de seis años. Este hallazgo no es congruente con la creencia general de que la violación es más frecuente en personas con bajos niveles educativos y que nunca ocurre en profesionistas, por lo que es necesario analizar si el nivel educativo de un individuo guarda relación con el riesgo de ser víctima de violación o bien de ser agresor.

En lo referente a la ocupación se encontró que el grupo de víctimas más vulnerable fue el de estudiantes y amas de casa dedicadas al hogar, seguido por el de empleadas y trabajadoras domésticas que, por lo tanto, deben conformar los universos de acción prioritarios para el establecimiento de programas preventivos.

La totalidad de los agresores pertenecían al sexo masculino; esto significa que los factores culturales y sociales influyen de manera determinante en este tipo de delitos en nuestra sociedad, lo que refuerza lo señalado con anterioridad. Por lo común, el agresor se encuentra en la etapa de mayor actividad sexual y en la plenitud de su fuerza física, lo que coincide con el grupo de edad (15 a 44 años) que concentró casi a las tres

cuartas partes de los agresores. En relación con los menores de 30 años hubo una diferencia de más de 30% sobre los violadores juzgados y declarados culpables.¹⁷

Esto debe ser motivo para promover la investigación de las características de estos individuos, lo cual permitirá identificar los grupos de edad con mayor riesgo de llegar a ser agresor. El estado civil también mostró diferencias con el 70% notificado para el grupo de agresores convictos, ya que prácticamente uno de cada dos agresores tenía o había tenido pareja. En los agresores conocidos 70.2% contaban con pareja, situación inversa a lo notificado con los agresores procesados. La escolaridad se conoció en 60% de los agresores y en éstos fue sensiblemente menor a la de las víctimas, que coincide con lo informado para el grupo de los violadores juzgados y declarados culpables. Esta baja escolaridad del agresor fue más evidente en el subgrupo de los que tenían hasta educación media superior, ya que el porcentaje de las víctimas con este nivel fue más del doble del observado en los victimarios.

En cuanto a la ocupación, el subempleado encabeza al grupo, y éste junto al desempleado constituyen los grupos de más alto riesgo de convertirse en agresores de violencia sexual. Por otra parte, también es necesario tomar en cuenta a los agresores que tenían ocupación, entre los que destacaron los empleados, estudiantes y profesionistas, ya que integraron una proporción considerable.

En un poco menos de las dos terceras partes los agresores eran conocidos de la víctima y casi la mitad de éstos son familiares, por lo que pueden estudiar y planear el ataque. Es necesario considerar esta circunstancia en los programas preventivos ya que

habitualmente la violación se asocia con desconocidos y, en muy pocas ocasiones, se sospecha que el violador sea un familiar o alguna persona muy cercana y apreciada por la familia. Las violaciones maritales se informaron (por las víctimas) por primera ocasión en 1994, y con seis años de haberse notificado se ubican en el cuarto lugar de frecuencia, por lo que seguramente su incidencia real es mucho mayor.

Respecto al sitio en que se realizó la violación, en concordancia con la frecuencia de los violadores conocidos, más de la mitad ocurrió en los domicilios, lo cual cuestiona la difundida creencia de que la violación siempre ocurre en un sitio despoblado, oscuro y marginado. No obstante, cuando se trató de violadores extraños a la víctima (37.9%), los hechos sí ocurrieron en sitios aislados y oscuros. Coincide la proporción observada en unidades de transporte público con lo reportado por la Procuraduría General de Justicia del D.F. En cuanto a las delegaciones donde ocurrió la violación, es interesante hacer notar que Cuauhtémoc, Venustiano Carranza y Miguel Hidalgo reportan los más elevados índices de delitos en general, para el periodo en que se realizó la investigación. La determinación de las condiciones socioeconómicas por las que aquellas delegaciones tienen mayor incidencia en este tipo de delitos, y desde luego, la menor incidencia en las de las delegaciones "rurales" del Distrito Federal deberían ser materia de una investigación aparte. En el caso de los agresores conocidos, las horas de mayor interacción víctima-victimario son las que favorecen o predisponen al ataque y se relacionan con actividades domésticas en el hogar. En los desconocidos fueron las horas en que la víctima se transporta, ya sea por la mañana o con más frecuencia por la noche.

Los violadores utilizan la fuerza física, amenazas y/o engaños con diversas combinaciones para someter a su víctima. Lo que llama la atención es la elevada proporción de los violadores conocidos que emplean la violencia física para lograr su cometido. Esta circunstancia apoya el señalamiento de que la agresión, más que un acto sexual, es un acto de violencia. Esta situación debe ser considerada en las investigaciones sobre el agresor, ya que será de gran utilidad para el conocimiento de su etiología.

Como se puede apreciar en las líneas precedentes, la violación es un problema complejo, multicausal, cuya magnitud, si bien se desconoce, probablemente es de grandes dimensiones, por lo que debe fomentarse su investigación, aún en ciernes; toda esta información debería emplearse para sustentar programas preventivos y de atención especializada a las víctimas y, desde luego, a los agresores.²

² Finkelhor D. Abuso sexual al menor. México, D.F.: Editorial Pax-México, 1992:47-48.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito de violación protege el bien jurídico de la libertad sexual.

SEGUNDA.- La violación es un delito de acción y doloso.

TERCERA.- Es unisubjetivo, porque basta la intervención de un sujeto activo.

CUARTA.- El sujeto pasivo, en la violación puede serlo cualquier persona sin importar sexo, edad, estado civil, etcétera.

QUINTA.- Existe el delito de violación cometida entre cónyuges y concubinos, y este se perseguirá por querrela de parte ofendida.

SEXTA.- También constituye el delito de violación la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía anal u oral.

SEPTIMA.- La violación puede concurrir con el delito de abuso sexual, incesto, lesiones, corrupción de menores, y se opone con el de estupro.

OCTAVA.- La principal razón por la que existen los delitos sexuales es la falta de cultura y de amor al ser humano, es por eso que desde la edad temprana se deben inculcar valores que permitan que este delito, si no se erradica, por lo menos se reduzca en su comisión.

NOVENA.- La justicia penal, tanto en su procuración como en su administración es y debe ser una respuesta a la sociedad y tendrá la autoridad que ganar consenso, fuerza moral, y recuperar la rapidez, eficacia y confianza de la justicia que hoy por hoy se encuentra en bajos niveles de credibilidad.

DECIMA.- La autoridad se encuentra sometida a nuevos retos, sin duda alguna, más intensos y más difíciles, en que requerirán, el apoyo social, crítico y razonado, evitando asimismo la distorsión o la pérdida de rumbos y horizontes en las tareas emprendidas como servidores públicos, teniendo una gran responsabilidad, ante la misma sociedad.

DECIMA PRIMERA.- Para la prevención de delitos, incluyendo principalmente los delitos sexuales, es necesario desde temprana edad una educación en este sentido, inculcando la ética, la moral, y el amor al prójimo, para que los niños de hoy sean mañana hombres de bien y no violadores.

DECIMA SEGUNDA.- Para la procuración de Justicia existe un reto a superar de manera permanente e intensa, el cual consiste en la prevención, misma que es uno de los factores que la política criminal del Estado no ha dado los resultados que se desean o lo que es más grave, no existe realmente la prevención de conductas antisociales.

DECIMA TERCERA.- Para la etapa de la procuración de justicia dentro del Distrito Federal es importantísimo que se trabaje conforme a la ley, y que se esté ausente de cualquier interés que pueda trastocar la misma, combatiendo la negligencia, ignorancia,

prepotencia o criterios o intereses personales, o cualquier otra cualidad que dañe el espíritu de la misma.

DECIMA CUARTA.- Es necesario reforzar los esfuerzos, para que este delito de VIOLACIÓN, considerado como grave, legal, social y moralmente hablando, logre erradicarse, o por lo menos disminuir, asimismo salvaguardando y protegiendo los derechos de las víctimas del mismo, ya que con la sola intención esto no se logrará, sino trabajando conjuntamente el Estado, las autoridades y los ciudadanos.

DECIMA QUINTA.- Para lograr la verdadera eficacia en la integración de la Averiguación Previa en del delito de VIOLACION , y como consecuencia una buena procuración de justicia, es necesario y en calidad de urgente, que el Ministerio Público, esté debidamente capacitado, en el conocimiento de la sexualidad humana, ya que si el personal conoce y maneja sanamente su sexualidad, podrá tratar con objetividad los casos que se le presenten, y como consecuencia sabrá dar a las víctimas y a sus familiares, el trato respetuoso que se merecen y con los victimarios aprenderá a no ir más allá de lo previsto por la ley, sin las subjetividades que se aplican cuando se actúa bajo los prejuicios motivados por la ignorancia sexual.

DECIMA SEXTA.- Es necesario establecer programas de capacitación y actualización para el personal de las Agencias del Ministerio público, especializadas en la atención de víctimas de delitos sexuales, así como de los Agentes de Policía Judicial y Peritos que intervengan en la investigación, para la debida integración de las averiguaciones previas.

DECIMA SEPTIMA.- Es necesario también, realizar por lo menor dos veces al año, una evaluación psicológica del personal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, especialmente al personal adscrito a la Fiscalía para delitos sexuales, así como de las agencias 46, 47 48 y 49 del Ministerio Público especializadas en Delitos Sexuales, así como impartir cursos y pláticas para combatir el estrés, que provoca tratar, diariamente y la mayor parte del día con víctimas y probables responsables de este delito de violación.

DECIMA OCTAVA.- Que las Agencias de Delitos Sexuales, así como de la Fiscalía para Delitos sexuales, cuenten con el apoyo, espacio y recursos humanos y materiales adecuados, para una adecuada atención, y por consiguiente una adecuada investigación del delito de violación.

DECIMA NOVENA.- Proveer en los Juzgados Penales, en donde se sigan los procedimientos de los casos de violación en los que se ejercite acción penal, la presencia de jueces capacitados y sensibilizados quienes deberán tomar cursos y pláticas para estar en posibilidad de juzgar objetivamente los mismos..

VIGÉSIMA.- Para la prevención del delito de violación, es necesario elaborar y promover medios educativos, para la participación de las escuelas, las diferentes iglesias, la familia, la comunidad y los medios de comunicación, para abordar los temas relativos a la sexualidad.

VIGÉSIMA PRIMERA.- Es necesario también establecer un programa específico de vigilancia continua en Instituciones de educación, parques, centros de recreación, y otros lugares públicos, en donde frecuentemente se comete este delito, también es necesario hacer operativos sorpresas, en medios de transporte como son taxis, y microbuses, con medidas de emergencia que permitan la comunicación inmediata a centros de seguridad y apoyo a víctimas.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- Prohibir en las publicaciones de distribución masiva, especialmente las de fácil acceso y lectura (historietas), el tratamiento equivocado y confuso de la sexualidad, especialmente las que muestran subjetivamente o de modo explícito el modelo de la mujer-objeto, en virtud de que las mismas fomentan la comisión del delito de violación.

VIGÉSIMA TERCERA.- Fomentar a nivel intrafamiliar, mediante acciones concretas del Sector Salud (conferencias, mensajes escritos, pláticas personales, etcétera), la formación de niños y jóvenes seguros de sí mismos, capaces de prevenir y en su caso denunciar a tiempo, acciones de abuso al hacia ellos, independientemente del actor o el contexto en el que ocurra.

VIGÉSIMA CUARTA.- Crear mecanismos de vigilancia y control de los servidores públicos, funcionarios de las Agencias y funcionarios Judiciales, ya que actualmente existe un clima de desconfianza en la ciudadanía con respecto a la Procuración de Justicia.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

LA CULPA.

ALTAVILLA Enrico. Editorial Themis, Bogotá 1978.

CODIGO PENAL ANOTADO.

CARRANCÁ y Trujillo Raúl. Edit. Porrúa. México 1976.

PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. VOLUMEN II.

CARRARA Francisco. Editorial Themis. Bogotá 1958.

LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.

CASTELLANOS Tena Fernando. Editorial Porrúa. México, 1974.

DERECHO PENAL.

CUELLO Calón Eugenio. Editorial Nacional. México 1976.

PSICOPATA SEXUAL TOMO III.

E. BING Kafet. Editorial Florida. Buenos Aires 1975.

IMPUTABILIDAD PENAL.

FRÍAS Caballero Jorge. Edir. S.A. Edit. Comercial Industrial y Financiera.

Buenos Aires 1981.

MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL I.

FONTAN Balestra Carlos. Editorial de Palma. Buenos Aires. 1951.

DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN LA DERECHO POSITIVO MEXICANO.

GONZÁLEZ Blanco Roberto. Editorial Porrúa. México. 1974.

DERECHO PENAL MEXICANO. LOS DELITOS.

GONZÁLEZ de la Vega Francisco. Editorial Porrúa. México 1973.

LA LEY Y EL DELITO.

JIMÉNEZ de Asúa Luis. Editorial Sudamericana. Buenos Aires 1978.

INTRODUCCION A LA SOCIOLOGIA.

LÓPEZ Rosado Felipe. Editorial Porrúa. México. 1966.

DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL. VOL. IV.

MAGGIORE Guiseppe. Editorial Themis. Bogotá. 1955.

DERECHO PENAL MEXICANO. TOMO III.

O. JIMÉNEZ Huerta Mariano. Editorial Porrúa, México 1974.

MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL.

PAVÓN Vasconcelos Francisco. Editorial Porrúa, México, 1978.

CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE ESPECIAL.

P. MORENO Antonio. Editorial Porrúa, México, 1968.

ENSAYO DOGMATICO. SOBRE EL DELITO DE VIOLACION.

PORTE Petit Celestino. Editorial Mexicana. México, 1933.

APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL.

PORTE Petit Celestino. Editorial Porrúa, México 1980.

ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION.

PORTE Petit Celestino. Editorial Jurídica Mexicana. México 1973.

DERECHO PENAL. Vo. IV.

PUIEG Peña Federico, ediciones Nauta, S.A.

COMPENDIO DE DERECHO PENAL. VOLUMEN II.

QUINTANO Ripolliz Antonio. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1973.

TRATADO GENERAL DE SOCIOLOGIA.

RECASENS Siches Luis. Editorial Porrúa. México. 1972.

TIPICIDAD.

REYES Echandía Alfonso. Editorial Themis. Bogotá, Colombia. 1989.

DERECHO PENAL.

REYES Echandía Alfonso. Editorial Themis. Bogotá Colombia 1989.

COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I.

ROJINA Villegas Rafael. Editorial Porrúa México 1974.

MANUAL DE DERECHO PENAL.

SAFFARONI Eugenio Raúl. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1988.

DERECHO PENAL ARGENTINO. VOLUMEN III, HIPOGRAFÍA.

SOLER Sebastián. Editorial Argentina. Buenos Aires, 1970.

EL DERECHO PENAL MEXICANO.

VILLALOBOS Ignacio. Edít. Porrúa. México 1975.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO DE JURISTAS

PALOMAR de Miguel Juan. 1ª. Edición, Editorial Mayo 1981.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Universidad Nacional Autónoma de México. Edit. Porrúa, 1995.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

REAL Academia Española. Vigésima Primera Edición, Edit. ESPASA. Madrid 1992.

LEGISLACION

CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.