

881309



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

7/16
7ey

PLANTEL LOMAS VERDES
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813-09

ESTUDIO DEL DELITO DE VIOLACION
Y SU PENALIDAD

T E S I S

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

DIRECTOR DE LA TESIS: LIC. MARIA SOTIA VILLA CABALLERO
REVISOR DE LA TESIS: LIC. JUAN ARTURIO GALARZA



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

CON TODO RESPETO, CARINO Y ADMIRACION
PUES GRACIAS A SU ESFUERZO Y SACRIFICIO
HE PODIDO REALIZAR LOS SUEÑOS Y METAS
QUE HASTA ESTE MOMENTO HE ALCANZADO. NO
HAY PALABRAS PARA EXPRESAR MI AGRADECI-
MIENTO POR TODO LO QUE HAN HECHO POR MI
SOLO ESPERO ALGUN DIA CORRESPONDER A
ESTO, YA QUE POR AHORA SOLO PUEDO DECIR
LES QUE ESTE TRABAJO NO ES OBRA MIA,
SINO DE USTEDES.

LOS QUIERO MUCHO.

A TI.

QUE HAS ESTADO CONMIGO EN LAS BUENAS
Y EN LAS MALAS, APOYANDOME SIEMPRE A
SEGUIR ADELANTE QUE CON TU FORMA DE
SER ME HAS ENSEÑADO QUE TODO LO QUE
SE QUIERE HACER SE PUEDE LOGRAR, AUN
CUANDO LAS COSAS NO SEAN TAN FACILES.
GRACIAS POR PERMITIRME QUE SEA YO LA
MUJER QUE COMPARTA LA VIDA CONTIGO.

TE AMO GERARDO.

A MI BEBE.

EXPRESION DEL AMOR DE
TU PADRE Y MIO.

A MI HERMANO:

JOSE ALFONSO, CON LA FIRME
CONVICCION DE QUE SEGUIRAS
COMO HASTA AHORA LUCHANDO
POR SER MEJOR CADA DIA Y
ASI RESPONDER AL COMPROMI-
SO QUE TIENES COMO HIJO,
ESPOSO, PROFESIONISTA Y -
SOBRE TODO COMO FUTURO -
PADRE.

A LOS PROFESORES:

LIC. MARIA SOFIA VILLA CABALLERO,
POR SU DEDICACION Y EMPEÑO EN QUE
ESTE TRABAJO FUERA MEJOR, TRANS -
MITIENDOME CONOCIMIENTOS QUE HAN
SIDO DE GRAN VALOR PARA MI.

LIC. JUAN ARTURO GALARZA, POR
LAS APORTACIONES QUE HIZO A
ESTE TRABAJO Y POR CONFIAR
PLENAMENTE EN ESTE.

INDICE

INDICE

INTRODUCCION.....	I
CAPITULO 1 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION.	
1. 1. Generalidades.....	2
1. 2. Estudio del delito de violación en los distintos pueblos de la antigüedad.....	4
1. 2. 1. Egipto.....	5
1. 2. 2. Grecia.....	5
1. 2. 3. Roma.....	6
1. 2. 4. Derecho Canónico.....	8
1. 2. 5. España.....	8
1. 2. 6. México.....	10
1. 3. El delito de violación en la legislación mexicana.....	15
1. 3. 1. Código penal de 1871.....	15
1. 3. 2. Código penal de 1928.....	21
1. 3. 3. Código penal de 1931.....	26
CAPÍTULO 2 MARCO CONCEPTUAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN.	
2. 1. El bien jurídico tutelado.....	31
2. 2. Concepto.....	38
2. 3. Elementos del delito de violación.....	40
2. 3. 1. La copula.....	40
2. 3. 2. Sujetos de la violación.....	46

2.3.2.1.	Sujeto pasivo.	48
2.3.2.2.	Sujeto activo.	50
2.3.3.	Medios de comisión exigidos por el tipo.	53
2.3.3.1.	Violencia física o vis absoluta.	54
2.3.3.2.	Violencia moral o vis compulsiva.	58
2.3.4.	Violación por equiparación.	61
2.3.5.	Agravantes en el delito de violación.	69

CAPITULO 3 LA REGULACION JURIDICA DEL DELITO DE VIOLACION.

3.1.	Definición de pena.	75
3.2.	Antecedentes generales.	78
3.3.	Teorías que fundamentan la pena.	82
3.3.1.	Teorías absolutas.	83
3.3.2.	Teorías relativas.	85
3.3.3.	Teorías mixtas.	85
3.4.	Fin de las penas.	87
3.5.	Características de la pena.	92
3.6.	Individualización de la pena.	94
3.7.	Penas y medidas de seguridad.	100

CAPITULO 4 LA VALORACION CONDUCTUAL EN EL TIPO PENAL.

4.1.	Frecuencia del comportamiento delictivo.	105
4.2.	Breves consideraciones sobre los delincuentes reincidentes.	111
4.2.1.	Delincuentes reincidentes.	111
4.3.	Secuelas psicosociales del delito de violación.	121

CAPITULO 5 REFORMA LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLACION EN EL SISTEMA

JURIDICO MEXICANO.

5. 1.	En el capítulo I, Título decimoquinto del código penal para el Distrito Federal, debe contemplarse la violación agravada por reincidencia.	141
5. 1. 1.	Concepto de homicidio y su penalidad.	142
5. 2.	Circunstancias agravantes	144
5. 2. 1.	Premeditación.	144
5. 2. 2.	Ventaja.	150
5. 2. 3.	Alevosía.	152
5. 2. 4.	Traición.	154
5. 3.	Reformas legislativas.	158
5. 3. 1.	Proyecto de reformas al Capítulo I, Título Decimoquinto del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.	158
	ANEXOS.	160
	CONCLUSIONES.	176
	BIBLIOGRAFIA.	182

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Sin duda uno de los temas que más ha sido tratado por diversas disciplinas científicas, particularmente en el área de las Ciencias Sociales, es la violación. Sin embargo y a pesar de lo mucho que se ha hablado y escrito sobre ella, consideramos que nunca estará de más y será suficiente lo ya existente, como para decir que se ha contemplado en su totalidad la problemática que conlleva y seguir poniendo de manifiesto este problema que encara nuestra sociedad, en un esfuerzo más por entender, atender y combatir la conducta antisocial y las secuelas que produce.

Así pues, nuestra inquietud de abordar el tema de la violación y su penalidad, es en virtud de que consideramos a esta como el mayor de los ultrajes, atropellos y vejaciones a la dignidad y libertad del ser humano, dejando grandes e imborrables secuelas físicas y psicológicas en las personas que son víctimas, siendo algunas de ellas las lesiones, infecciones, sentimiento de culpa, impotencia, autodevaluación, pérdida de la autoestima y depresión que se manifiesta en fatiga o apatía y en algunos casos se traduce en el suicidio de la víctima, esto sin contar el embarazo o el aborto (clandestino e insalubre en la mayoría de los casos) del producto no deseado, las enfermedades venereas (entre ellas el SIDA) y por supuesto la prostitución y la homosexualidad; por lo que consideramos que la víctima ante estas perspectivas queda limitada y marcada en su coexistencia, en su campo de elección, acción y decisión y en su vida en general muriendo en vida al no poder ser la misma que era antes; mientras que el violador, en la mayoría de los casos evade la justicia y la aplicación de la ley, quedando impune su ilícito, y en los casos en que éste llega a ser capturado y sentenciado, en relativamente poco

tiempo lo encontramos de nuevo en las calles, cometiendo nuevos atropellos a más inocentes como si nada hubiera pasado.

Así pues, cuando un violador pese a haber cumplido la condena a que fue sujeto como consecuencia de su conducta delictiva, no denota otra intención sino de seguir lesionando a más personas con su actuar reincidente, debe ser sujeto de una penalidad agravada, en virtud de que la comisión de sus ilícitos no son producto de un mero accidente o de la casualidad, sino que son resultado de su inclinación delictuosa, la cual lleva a cabo con premeditación, alevosía, ventaja y traición, dejando en mayor estado de indefensión a sus víctimas y ocasionando una mayor alarma social; por lo que su conducta debe ser sancionada con mayor severidad, tal como lo es para el caso del homicidio calificado.

Por lo que, con el presente trabajo de investigación no es otra nuestra intención, sino la de procurar dar los elementos suficientes para valorar lo que encierra un problema tan serio como lo es el caso del delito de violación, tomado en cuenta desde sus antecedentes históricos hasta las secuelas psicosociales que genera, así como el comportamiento del violador reincidente y la justificación del porque considerarlo no merecedor sino de una penalidad mayor por su volver a delinquir, y así estar en posibilidades de realizar propuestas concretas, mediante las cuales consideramos coadyuvaría a la adecuación de nuestro Código Penal, a efecto de disponer de un soporte legal adecuado a la realidad de la sociedad mexicana de nuestro días.

Para un mejor entendimiento, nos ha parecido organizar nuestra investigación de la siguiente forma:

En el primer capítulo de nuestra tesis, nos importa referirnos a la valoración de las relaciones sexuales, la cual es origen una vez dada esta, del delito de violación, para posteriormente conocer como se manifestó esta conducta en el devenir histórico de la humanidad, hasta llegar a la concepción actual de esta conducta delictiva.

En el capítulo segundo de nuestra investigación nos referimos al marco conceptual del delito de violación, estudiando los elementos que son necesarios para que se tipifique dicho delito, asimismo, hacemos alusión a la violación por equiparación y a las formas a través de las cuales este mismo ordenamiento jurídico considera a la violación como agravada.

En el capítulo tercero de nuestro trabajo de investigación estudiamos la pena o sanción, a través de su historia, de sus fines y características y de las diversas teorías que la contemplan, a efecto de tener un concepto amplio de lo que implica esta y sus objetivos a cumplir.

En el capítulo cuarto de nuestra tesis nos preocupa la valoración conductual del delincuente, a través del estudio de la frecuencia de su comportamiento delictivo, refiriéndonos básicamente al mayor daño y alarma social que causa el delincuente reincidente dentro de la sociedad y el orden jurídico, además de señalar las secuelas tanto psíquicas como sociales que causa el violador al cometer sus ilícitos, para finalmente en nuestro capítulo quinto tratar las circunstancias que a nuestro juicio agravan a la violación cometida por el violador reincidente y de esta manera señalar la necesidad de que nuestro

ordenamiento penal se reforme en el sentido de que a éste se le sancione con una penalidad mayor, que sea justa y proporcional al daño causado y a su conducta de volver a delinquir.

Nuestra investigación la culminamos, por lo que a este trabajo se refiere con la elaboración de una encuesta al público, vertida sobre cuestionamientos relacionados con el tema, pretendiendo con ello llegar al conocimiento de alguna manera, en torno a si nuestra sociedad conoce y que tan consciente está, de este delito llamado violación.

Procuramos en fin, dejar expresa nuestra inquietud, buscando con ello remover la conciencia de nuestros legisladores y de toda la sociedad, para que viertan su mirada al marco legal del que disponemos, y en esta medida adecuarlo a las necesidades y a la realidad de nuestra sociedad mexicana actual, de tal manera que todos en conjunto tenemos la palabra.

CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION.

Al realizar el estudio histórico del delito de violación, visualizamos en principio la problemática que representa la escasa bibliografía ya que no existe la documentación necesaria para poder profundizar en el tema, aunado al hecho de que las antiguas civilizaciones tenían perfectamente bien definidas las conductas delictivas que sancionaban y de las que en un momento dado proporcionan mayores elementos para su estudio tales como el homicidio, el robo y el adulterio, no así la violación, que siempre es confundida con otros delitos afines y agrupada dentro de un marco genérico con los abusos deshonestos y el rapto y sólo varían en cuanto a su penalidad.

Trataremos sin embargo de dar un panorama sobre la historia del delito de violación de las culturas de mayor relevancia en la historia de la humanidad.

1.1.- GENERALIDADES.

Daremos inicio a nuestro trabajo proporcionando un panorama genérico de lo que se conoce acerca del origen o formación social de los valores sexuales, con el fin de entender de una manera más explícita cuando las relaciones sexuales originan el nacimiento de los bienes jurídicos sexuales, al tener el reconocimiento de un valor.

En la época primitiva encontramos agrupaciones humanas formadas por individuos de ambos sexos, unidos por lazos de compañerismo y con desconocimiento absoluto de los vínculos de la sangre.

Al desconocerse el concepto de paternidad, como consecuencia de la promiscuidad sexual y aun de la maternidad pues se creía que la mujer recibía al hijo por un procedimiento exterior, se desconocía lógicamente la familia y por ende no existía ni el matriarcado ni el patriarcado, "pues perteneciendo tanto el padre como la madre al mismo grupo, carecía de sentido la cuestión del grupo al que pertenecía el hijo" (1).

Mientras el hombre tiene que salir de cacería en busca de alimento, la mujer cuida del hogar e inicia la agricultura, y como los productos agrícolas son más seguros que los de la caza, la mujer, encargada de la regulación de la vida económica del grupo, adquiere el prestigio necesario para imponer su hegemonía familiar característica de la sociedad matriarcal.

En cuanto a las relaciones sexuales también la mujer aunque de forma indirecta era quien las regía en virtud de la periodicidad o ciclo menstrual, que constituía la esencia de la vida, además se creía que la mujer durante este período penetraba en relación íntima con los espíritus. Así pues tenemos que las parejas humanas satisfacían sus exigencias sexuales, de manera transitoria y violenta por lo que en esa época no se le daba ninguna valoración cultural a las relaciones sexuales. La propia periodicidad constituía un estímulo para la violencia. "Evidentemente, la lógica rehúsa concebir que el hombre primitivo ejecutara actos sexuales capaces de ser valorados como perjudiciales para el individuo o la comunidad, o para ambos a la vez" (2).

(1) González Blanco, Alberto. Delitos sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. México. Editorial Porrúa. 4a. Ed. 1979. Pág. 47.

(2) Ibid. Pág. 50

El tabú de la menstruación de la mujer obliga al hombre a buscar esposa fuera del clan, primero robándola a otro clan enemigo (matrimonio por raptó) y después comprándola (matrimonio por compra).

Pero estas dos formas de matrimonio originadas por la relevancia social de la mujer, dan lugar al nacimiento de las sociedades patriarcales, en donde la mujer robada o comprada a otro clan posee dentro del clan de su marido, una condición opuesta a la gozada por la conatural.

Así pues tenemos que "al ser substituida la periodicidad sexual por la libido o instinto sexual, surge el primer objeto de valoración, es decir, la libertad sexual y con él el primer delito sexual, conocido, la violación, cuando el hombre en los albores de la humanidad agrediera sexualmente a la mujer" (3).

Concluyendo, tenemos que "el delito de violación surgiría cuando al desaparecer la promiscuidad sexual y ser substituida por la libido en los albores de la humanidad, el hombre como sujeto sexual, poseyera a la mujer, violentamente, contra su voluntad" (4).

1.2.- ESTUDIO DEL DELITO DE VIOLACION EN LOS DISTINTOS PUEBLOS DE LA ANTIGÜEDAD.

Al contar con un punto de partida un poco más sólido pasaremos ahora a un tratamiento más específico de nuestro tema al hablar de las principales ciudades de la antigüedad.

(3) Op. Cit. González Blanco, Alberto. Pág. 50-51.

(4) Ibid. Pág. 51 y 52.

1.2.1- Egipto.

Representó, en la antigüedad, una de las culturas más brillantes, y su historia es una de las más antiguas de la humanidad (tres milenios a. de J. C.).

Aunque podríamos decir que con respecto a sus leyes, estas tuvieron poca repercusión en otras civilizaciones, fueron el primer pueblo de la antigüedad que conoció el considerable poder que la opinión pública ejerce en los delitos, ya que los delitos eran considerados una ofensa y al igual que otras civilizaciones de esa época sus penas se caracterizaban por su severidad.

Dentro de las penas que aplicaban encontramos la mutilación o pena mutilante la cual recaía principalmente sobre las partes del cuerpo que se utilizaron para cometer la ofensa. Tal como lo explica González Blanco " la violación la encontramos sancionada con la castración " (5). Y lo mismo sostiene Eugenio Zaffaroni "la violación se penaba con la castración" (8).

1.2.2.- Grecia.

La legislación penal griega en general, se ha perdido o se carece casi por completo de noticias, en virtud de que cada polis tenía su propia legislación penal, conservándose sólo fragmentos en las obras de autores que tratan de otras materias, tales como la filosofía y la literatura.

(5) Op. Cit. González Blanco, Alberto. Pág. 136

(8) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen V. México. Cárdenas Editores y Distribuidores. 1988. Pág. 324.

Por lo que, de ésta cultura, la información que tenemos de la violación es que al que la cometía se le castigaba con el pago de una multa y se le obligaba a casarse con la víctima, era requisito que ella consintiera ese matrimonio, de lo contrario, se le condenaba a muerte al violador.

En la práctica, el número de violaciones impunes era grande ya que la mayoría de las mujeres aceptaban el matrimonio, por lo que hubo de abolirse éste, dejando subsistente la pena capital.

1.2.3.- Roma.

"La famosa afirmación de Carrara, según la cual los romanos fueron gigantes en derecho civil y pigmeos en derecho penal, ha desatado una larga polémica que oscurece el estudio objetivo del derecho penal romano. Se le ha reivindicado, a veces exageradamente pero lo cierto es que la literatura sobre el tema, particularmente el gran estudio de Mommsen, nos da los elementos para hacer una ponderación adecuada del mismo" (7).

En cuanto al delito que nos ocupa en éste tema de estudio, diremos que el Derecho Romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como especie de los delitos de coacción.

Teodoro Mommsen, citado por González de la Vega en su libro Derecho Penal Mexicano, nos habla de que "vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal,

(7) Op. Cit. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Pág. 336.

o, lo que es lo mismo, por miedo (metus), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción. Dentro de estos delitos de coacción se sancionaba precisamente con pena capital el *stuprum violentum*" (8).

Desde nuestro punto de vista, esta definición que estableció el Derecho Romano y que nos proporciona Mommsen, es bastante completa y exacta de lo que es la coacción, que vendría representando la fuerza utilizada en la realización de cualquier delito que lo requiera.

Cabe sin embargo aclarar, que el delito que actualmente se conoce como violación, se confundió en la antigüedad con las figuras de rapto o estupro indistintamente, por no existir una categoría diferenciada para la violación.

Entre los autores que nos proporcionan información al respecto tenemos a Cuello Calón (9), González Blanco (10), De P. Moreno (11), Fontán Balestra (12) y Márquez Piñero (13), quienes coinciden al señalar que en Roma la unión sexual violenta con cualquier persona fue castigada por la Ley Julia de Vis Pública con la pena de muerte.

(8) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los delitos. México. Editorial Porrúa. 13a. Ed. 1975. Pág. 381.

(9) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Volumen II. Barcelona, España. Editorial Bosch. 14a. Ed. 1975. Pág. 584.

(10) Op. Cit. González Blanco, Alberto. Pág. 136.

(11) De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal. Parte Especial. México. Editorial Porrúa. 2a. Ed. 1968. Pág. 250.

(12) Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Parte Especial. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot. 2a. Ed. 1989. Pág. 59.

(13) Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. México. Ed. Trillas. 2a. Ed. 1990. Pág. 44.

Es importante hacer notar que para los romanos, era indiferente la persona sobre la que se ejerciera la violencia o sujeto pasivo, ya que podía ser sobre persona casada, soltera incluyendo los esclavos, aunque había cierta tendencia a considerar principalmente como víctima a la mujer.

1.2.4.- Derecho Canónico.

"Consideró la violación tan sólo en el caso de que hubiera desfloración de una mujer contra o sin su voluntad, en mujer ya desflorada no podía cometerse este delito; pero propiamente lo que aceptaba era el "stuprum violentum" (14) . En cuanto a las penalidades canónicas que eran las prescritas para la "fornicatio" no se sintió la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte.

Otros autores que nos proporcionan la misma información son González de la Vega (15), De P. Moreno (16) y Cuello Calón (17), quienes comparten la teoría de que el Derecho Canónico delegaba el castigo del delito de violación a los tribunales no religiosos.

1.2.5.- España.

En la legislación española, antecedente de la nuestra encontramos que: en el **Fuero Juzgo**, Libro III, Título V, se castigaba al forzador si era hombre libre, con cien azotes y la entrega que de él se hacía como esclavo a la mujer a quien forzaba, y si era siervo se le quemaba.

(14) Op. Cit. González Blanco, Alberto. Pág. 137.

(15) Op. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág. 381.

(16) Op. Cit. De P. Moreno, Antonio. Pág. 250.

(17) Op. Cit. Cuello Calón, Eugenio. Pág. 584--585.

Estaba prohibido al ofensor y a la víctima contraer matrimonio y si esta prohibición se infringía, quedaban en calidad de siervos, con todos sus bienes, de los herederos más próximos.

En el Fuero Viejo de Castilla, se encuentran en el Libro II, Título II, tres leyes de las cuales dos de ellas se refieren a la violación, que castigan al ofensor con la pena de muerte o con la declaración de enemistad que permitía a los parientes de la víctima dar muerte al ofensor.

En el Fuero Real, las cuatro primeras leyes del Libro IV, Título X, hacen referencia a la violación sin distinguirla del rapto y la sancionan con la pena de muerte, cuando era cometida en la mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su condición social, o en religiosa profesada.

Y por último Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X el Sablo, Ley tercera Título XX de la Partida VII, que también involucraba la violación con el rapto, al señalar que "robando algún hombre alguna mujer viuda, de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa y yaciendo con alguna de ellas por la fuerza" (18), se les confiscaban sus bienes en favor de la víctima, sin perjuicio de pagar con su vida el ultraje cometido.

Las leyes antiguas españolas siempre castigaron el delito de violación con la pena de muerte, los Códigos penales, a partir del de 1822 abandonaron tan severas

(18) Op. Cit. González Blanco, Alberto. Pág. 138.

penalidades sustituyéndolas por la prisión, además de que la figura de este delito aparece ya sin confusión alguna con el estupro, perfilándose de modo preciso hasta el Código penal de 1848 que eliminó la vaguedad con la que lo definió el Código de 1822. Los Códigos posteriores al de 1848 reprodujeron sus preceptos, los cuales los encontramos aun en la legislación vigente.

1.2.6.- México.

En México son pocos los autores que dentro de sus obras nos muestren un estudio histórico del delito de violación, tal y como lo señala Martínez Roaro, en su Libro de Delitos Sexuales, " es penoso, pero en México no contamos, como en otros países, con un sólo tratado de sexología serio y profundo que analice el comportamiento sexual del mexicano con base en sus antecedentes históricos, en encuestas a nivel nacional sobre el tema que tampoco existen y en estudios psico y sociosexuales" (19).

Dicho lo anterior, empezaremos por el estudio de lo poco que se encontró en materia de violación de la época precortesiana.

En el México antiguo, también conocido como México precortesiano, tuvo lugar un gran desarrollo económico, político, social y cultural manifestado a través de los diferentes pueblos que lo habitaron.

Estas culturas, se basaron principalmente en conceptos divinos y religiosos, sobre los cuales giraba todo su sistema de vida y que se observa en la creación de grandes centros religiosos. Llegaron a formar verdaderos centros de civilización con

(19) Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales.

patrones de vida social y político, en donde sus leyes, revelaban la concepción moral tan elevada que practicaban, sus ideas y sus costumbres.

En general la moralidad de todos estos pueblos era bastante severa en lo relativo a la sexualidad debido a que la consideraban como un don otorgado por los dioses y a ello se debe la estricta vigilancia para su práctica moderada y no abusiva, de las cuales una de las ideas que prevalece hasta nuestros días y que era practicada en forma general por estos pueblos, es el de la virginidad, que reflejaba la castidad del hombre y la mujer.

De acuerdo a éste pensamiento los delitos sexuales fueron severamente castigados y cada cultura aplicaba sus propias penas, aunque en el delito de violación la pena fue la misma, se llevaba a cabo de diferentes formas.

Los Aztecas tenían una ley penal sumamente dura, sancionando una ética inflexible, se habla del Código de Netzahuatlacóyotl, que contenía penas severísimas y caracterizadas por la venganza y el talión. Sobre este punto es interesante precisar si las leyes a las que nos referimos estaban o no escritas. En opinión de Clavijero que es citado por Raúl Carranca en su obra Derecho Penitenciario nos dice "que no lo estaban, pero se perpetuaban en la memoria de los hombres tanto por la tradición oral como por las pinturas; además, los padres de familia instruían en ellas a sus hijos" (20).

Así pues tenemos que el delito de violación entre el pueblo azteca se sancionaba con la pena de muerte, la cual podía ser ejecutada por lapidación, estrangulamiento o ahorcadura y decapitación.

(20) Carranca y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México. México. Editorial Porrúa. 3a. Ed. 1986. Pág. 25.

Al violador de una ramera no se le aplicaba ningún castigo por no ser delito.

Para el pueblo azteca la embriaguez era un delito grave que podía ser castigado desde la pérdida del empleo hasta la muerte a golpes en el hombre y la lapidación en la mujer y además se consideraba que "de las borracheras procedían todos los adulterios, estupros y corrupción de vírgenes y violencia de parientes y afines" (21) por lo que los reyes aztecas se dirigían a su pueblo para recomendarles que no realizaran cosas que eran consideradas malas, entre ellas emborracharse con octli (pulque).

Los Mayas son considerados como uno de los pueblos más interesantes de la historia, en virtud de su gran conocimiento en la arquitectura, astrología y las matemáticas.

La legislación maya no era escrita sino consuetudinaria, por lo que las únicas fuentes a las que se puede recurrir son las de los cronistas.

Raúl Carranca cita a Eligio Ancona historiador y jurista yucateco el cual señala que "El derecho penal maya, aunque puede ser presentado como una prueba de la moralidad de este pueblo, contenía castigos muy severos. No habiendo más que tres penas: la muerte.....se imponía al traidor a la patria, al homicida, al adúltero y al que corrompía a una virgen" (22) . La muerte que correspondía al que cometía el delito de violación era la lapidación, en donde el pueblo entero tomaba parte en la ejecución de la pena y lo hacían con especial odio y coraje, ya que su rígida moral era lastimada con tales conductas.

(21) Op. Cit. Martínez Roaro, Marcela. Pág. 44.

(22) Op. Cit. Carranca y Rivas, Raúl. Pág. 39.

Para el pueblo Náhuatl la virginidad de la mujer estaba revestida de una gran importancia, al grado de si no llegaba virgen al matrimonio, esta era repudiada por el marido de ahí que, al que agrediera sexualmente a una mujer violándola lo sancionaban con la muerte.

Por último tenemos que, en el pueblo Tarasco al que cometía el delito de violación, "le rompián la boca hasta las orejas y luego lo mataban por empalamiento" (23).

La Colonia.- Al tratar de encontrar las costumbres sexuales que imperaron antes, durante y después de la Independencia nos hallamos con la barrera de que los libros se avocan a describir una serie de batallas de origen ya sea político, campesino, laboral, religioso, o bien de las fechas de los combates, nombres, biografías, etc. y como dice Martínez Roaro "El desarrollo sexual del individuo con sus pros y sus contras, con sus consecuencias positivas y negativas es algo en lo que nadie piensa" (24) .

La conquista, trajo como consecuencia el aniquilamiento de las culturas existentes, pues siendo dos formas de vida totalmente diferentes, dos tiempos distintos que se enfrentaron, la derrota trajo consigo la desorientación, el pánico, las humillaciones y vejaciones, el sufrimiento del pueblo conquistado.

Al parecer uno de los principales problemas a los que se enfrentaron fue la confusión que hubo en materia jurídica, pues aunque se llevó a cabo una recopilación de leyes lo mismo se aplicaba el Fuero Real, las Ordenanzas de Bilbao, las Partidas, la Nueva y Novísima Recopilaciones.

(23) Op. Cit. Martínez Roaro, Marcela. Pág. 45.

(24) Ibid. Pág. 53.

Así pues tenemos que de la época prehispánica a la colonia se hizo un trasplante de las instituciones jurídicas españolas por así establecerlo la Ley 2, del título I, del libro II, de las Leyes de Indias, que dispuso que " en todo lo que no estuviere decidido ni declarado... por las leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a las de Toro, así en cuanto a la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar" (25) .

En consecuencia, durante la época de la colonia el delito de violación se sancionó conforme a la Séptima Partida, la cual ya fue tratada en páginas anteriores al hablar en nuestro trabajo del Derecho Español.

Para terminar con la parte histórica del delito de violación y con respecto de esta última parte que fue México, cabe aclarar que durante el período de la Colonia, no se encontró más información al respecto, pues como se sabe, el tema de la sexualidad fue casi prohibido por las instituciones que manejaron las costumbres de esa época y que constituyeron verdaderos medios de represión general.

(25) Op. Cit. Pág. 81 y 82.

1.3.- EL DELITO DE VIOLACION EN LA LEGISLACION MEXICANA.

Una vez tratado el aspecto histórico del delito de violación, ahora nos enfocaremos al estudio de diversas legislaciones que nos han regido, en donde podremos observar que cada ordenamiento jurídico atenderá a las necesidades de la época en la que estuvieron vigentes.

1.3.1.- Código Penal de 1871.

Como se expresó en párrafos anteriores, la conquista y posteriormente la lucha partidista entre Liberales y Conservadores, dejaron al país sumido en una gran confusión legislativa, y que tuvo como consecuencia varios intentos de codificación en el período de Independencia.

El Licenciado Benito Juárez siendo Presidente de la República Mexicana, ordenó que se nombrara una comisión para que se formulara un Proyecto de Código Penal. Así el año de 1861 se forma la comisión la cual estuvo trabajando hasta 1863 no terminando estos trabajos en virtud de que fueron interrumpidos con motivo de la invasión francesa.

El mismo Benito Juárez una vez restablecida la paz en la República ordena que se reintegre la comisión, con objeto de continuar los trabajos que se habían interrumpido, y es así que en 1868 queda creada la nueva comisión formando parte de ella el Licenciado Antonio Martínez de Castro como Presidente, Licenciado Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio María Ortega y el Licenciado Indalecio Sánchez Gavito.

El Código Martínez de Castro como también es conocido fue aprobado y promulgado el 7 de diciembre de 1871, para comenzar a regir el 1o. de abril de 1872 en el Distrito Federal y Territorios de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación.

Para el Código de 1871 es tomado como modelo el Código Penal Español de 1870, su principal defecto es su extensión pues consta de 1152 artículos y 28 transitorios, sus figuras delictivas son descritas con amplitud, y de acuerdo a los principios de la escuela que lo rige, observa más las características del delito que las del delincuente para la aplicación de las penas, "debiéndosele considerar como un documento de orientación clásica, influido levemente por un espíritu positivo, con admisión: a) De medidas preventivas y correccionales y b) De la libertad preparatoria y retención" (26) . Establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad; enlista rigurosamente las atenuantes y las agravantes, dándoles valor progresivo matemático y reconoce el arbitrio judicial, señalando a los jueces la obligación de fijar las penas establecidas en la ley.

Así pues el Código Penal de 1871 en su Título VI, Capítulo III, bajo la denominación de "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres" incluyó al delito de violación, y cuyos artículos transcribimos a continuación:

(26) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal. México. Editorial Porrúa. 3a. Ed. 1977. Pág. 51.

El Código Martínez de Castro como también es conocido fue aprobado y promulgado el 7 de diciembre de 1871, para comenzar a regir el 1o. de abril de 1872 en el Distrito Federal y Territorios de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación.

Para el Código de 1871 es tomado como modelo el Código Penal Español de 1870, su principal defecto es su extensión pues consta de 1152 artículos y 28 transitorios, sus figuras delictivas son descritas con amplitud, y de acuerdo a los principios de la escuela que lo rige, observa más las características del delito que las del delincuente para la aplicación de las penas, "debiéndosele considerar como un documento de orientación clásica, influido levemente por un espíritu positivo, con admisión: a) De medidas preventivas y correccionales y b) De la libertad preparatoria y retención" (26) . Establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad; enlista rigurosamente las atenuantes y las agravantes, dándoles valor progresivo matemático y reconoce el arbitrio judicial, señalando a los jueces la obligación de fijar las penas establecidas en la ley.

Así pues el Código Penal de 1871 en su Título VI, Capítulo III, bajo la denominación de "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres" incluyó al delito de violación, y cuyos artículos transcribimos a continuación:

(26) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal. México. Editorial Porrúa. 3a. Ed. 1977. Pág. 51.

" TITULO SEXTO
DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS, LA MORAL PUBLICA, O LAS
BUENAS COSTUMBRES

CAPITULO III

Atentados contra el pudor. Estupro. Violación.

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

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

Artículo 797.- La pena de la violación será de seis años de prisión y multa de segunda clase, si la persona ofendida pasare de catorce años. (La multa de segunda clase era de dieciseis pesos a mil pesos).

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

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

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

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

Un año cuando el reo sea hermano del ofendido.

Seis meses si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido, o fuere su tutor, su maestro, criado, asalariado de alguno de éstos o del ofendido, o cometiere la violación abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón, o ministro de algún culto.

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

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

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

Artículo 802.- Siempre que del estupro o de la violación resulte alguna enfermedad á la persona ofendida; se impondrá al estuprador la pena que sea mayor entre las que correspondan por el estupro o violación y por la lesión, considerando al delito como ejecutado como una circunstancia agravante de cuarta clase.

Si resultare la muerte de la persona ofendida, se impondrá la pena que señala el artículo 557" (27) .

(27) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación.

México. Editorial Porrúa. 4a. Ed. 1985. Pág. 208 y 209.

De las disposiciones transcritas podemos observar que el delito de violación se encuentra comprendido erróneamente dentro de los delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres y que por el bien jurídico tutelado le corresponde el de la libertad sexual, como después lo establecen los Códigos de 1929 y 1931.

Estos artículos nos definen lo que se debe entender por violación simple, son utilizadas en la misma las palabras "sin la voluntad de ésta", expresión que como veremos más adelante es suprimida en el Código de 1931, de igual forma vemos que en el resto del articulado se empieza a contemplar aspectos como la edad, la violación por equiparación, agravantes para el caso de que intervinieran ascendientes, descendientes o si la cópula se realizara por vía no lúdica, también quedan encuadrados las personas que hicieran uso de su autoridad o funciones para cometer la violación y por último la acumulación.

De llamar la atención, es el hecho que el artículo 802, nos señala que para el caso de que de la violación resultare la muerte de la víctima se le sancionará con una pena menor de acuerdo al artículo 557 que a la letra dice: "Cuando alguno cause involuntariamente la muerte de una persona a quien solamente se proponga inferir una lesión que no sea mortal, se le impondrá la pena que corresponda al homicidio simple con arreglo a los seis artículos que preceden; pero disminuida por la falta de intención, que se tendrá como circunstancia atenuante de cuarta clase, menos en los casos que exceptúa la fracción décima del artículo 42." (La atenuante de cuarta clase era la de haberse propuesto hacer un mal menor que el causado); mientras que cuando de la violación resultaran alguna lesión se sancionaba con una pena mayor al ser una agravante de cuarta clase. Situación que consideramos por demás errónea en virtud de que por sentido común lo que corresponde, es que a mayor daño causado mayor sanción.

Al respecto, en la Exposición de Motivos de los trabajos de revisión al Código Penal de 1871, haciendo referencia al artículo 802 de tal código, Arroyo de Anda, el cual es citado por Porte Petit comenta que no está de acuerdo con la injustificada benignidad en favor del que "mata a la inocente víctima de su brutal lujuria, cuando su crimen reclamaría la última pena, mejor que muchos casos comunes de homicidio" (28).

Porte Petit también comenta al respecto diciendo que: "La comisión, cuyas ideas acerca del delito de homicidio son conocidas, acogió la idea con simpatía, tanto más, cuanto que a su juicio hay en el artículo actual la incongruencia de establecer para el caso de que del estupro o de la violación resulte lesiones, la regla de que imponga la pena mayor, y para el caso de resultar muerte, la de que se imponga atenuada la de homicidio simple" (29).

Es por eso que en el Proyecto se sujetan a la misma regla el caso de que resulten lesiones y el de que resulte la muerte, siendo esa regla la común de que se imponga la pena mayor, considerando el concurso de delitos como circunstancia agravante de cuarta clase.

(28) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación. México. Pág. 212.

(29) *Ibid.* Pág. 213.

1.3.2.- Código Penal de 1929.

Siendo Presidente de la República, el General Porfirio Díaz, en el año de 1903, se creó una comisión precedida por el Licenciado Miguel S. Macedo, cuya labor principal consistió en reformar la legislación penal vigente. Estos trabajos culminaron hasta el año de 1912, sin que éste proyecto se pusiera en vigor en virtud de la situación económica, política y social por la que atravesaba México en esos momentos y que tuvo como consecuencia en 1917, un cambio en las estructuras del país hasta entonces imperantes.

Una vez modificadas las estructuras y el país en aparente calma, surgen nuevas inquietudes reformadoras del Código Penal de 1871.

A fines de 1925 el Presidente de la República, Emilio Portes Gil ordena la formación de una nueva Comisión para redactar un Código para el Distrito y Territorios Federales, la cual estuvo integrada por los licenciados Ramírez Arriaga, Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz. El Código fue promulgado el 30 de septiembre de 1929 y entró en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

Este Código que consta de 1228 artículos y 5 transitorios se funda en la escuela Positiva y según su principal defensor Almaraz "es un Código de Transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes, si bien entre sus méritos señala el haber roto con los antiguos moldes de la escuela clásica... y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones" (30)

 (30) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Concepto del derecho Penal y de la Criminología. Buenos Aires, Argentina. Ed. Losada. 4a. Ed. 1964. Pág. 1244.

Sin embargo éste Código fue acusado por Ceniceros y Carrancá de falta de proporciones, de estilo defectuoso y descuidado, de casuismo, de graves omisiones y de contradicciones notorias.

Entre las novedades importantes de esta legislación, se tiene la responsabilidad social sustituyendo a la moral y la suspensión de la pena de muerte.

En cuanto al delito de violación se tipificó de igual forma que el Código anterior, siendo casi una réplica; cuando después de 58 años de vigencia del primer Código Penal Mexicano que rigió en toda la República, se hacia necesaria una reforma legislativa a fondo.

Así pues tenemos que dentro de los pocos cambios que se dieron está el que la violación pasa de estar clasificada como un delito contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres a un delito contra la libertad sexual, clasificación que desde nuestro punto de vista es más correcta, en virtud de que la libertad es el bien jurídico tutelado, aunque si bien es cierto, el resto de las figuras delictivas de esta clasificación tales como el exhibicionismo, el incesto o el adulterio no corren la misma suerte que el de nuestro tema de estudio en virtud de que el bien jurídico tutelado de éstas es otro.

En cuanto a la punibilidad del delito encontramos que en el código del 71 la pena que era de "seis años" se modifica en el del 29 por el término de "hasta de seis años" y para el caso del impúber la penalidad se fijaba en diez años como término medio para posteriormente fijarse como pena máxima, lo cual nos da la impresión de que el

violador se ve beneficiado por el legislador del 29 en virtud de que establece los máximos pero no los mínimos, tal y como lo hace en las fracciones I y II del artículo 864 al establecer que se sancionará "de dos a cuatro años" cuando el reo es ascendiente, etc. o "de uno a tres años" si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido, etc.; de tal suerte que en estricto derecho el violador podía ser sancionado por sólo unos días o "hasta" seis o diez años. situación totalmente aberrante, injusta e ilógica, pero que por una omisión del legislador de establecer los mínimos o de una mala redacción se está en presencia de una laguna de la legislación del 29 y por ende sujeta a interpretación y albedrío del juzgador.

Por último diremos que también con referencia al código del 29 en éste se habla de pena en lugar de sanción, como innovaciones se introduce la palabra púber y la sanción económica cuantificada en días de utilidad, así como que para el caso de contagio de alguna enfermedad al ofendido por causa de la violación se persigue de oficio y en cuanto a las reglas para la acumulación se modifica de la siguiente forma: para el caso de que la violación sea "acompañada de golpes o lesiones" por el de "acompañada de otros delitos", lo cual también nos parece una laguna; en virtud de que es por demás abierto la idea de "otros delitos", y no saber con exactitud los que tenía en mente el legislador ni a cuales se refería, ya que estos pueden ser desde los delitos contra la vida, contra la propiedad, contra la moral pública, etc., o de los mismos clasificados por éste código como delitos contra la libertad sexual en los que por si fuera poco no podría haber acumulación como es en los casos del incesto o del estupro.

Dicho ordenamiento en lo relativo al delito de violación se lee de la siguiente manera:

"TITULO DECIMOTERCERO

De los delitos contra la libertad sexual.

CAPITULO I

De los atentados al pudor, del estupro y de la violación

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

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

Artículo 862.- La sanción de la violación será hasta de seis años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad, si la persona ofendida fuese púber; si no lo fuere, la segregación será hasta por diez años.

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

Artículo 864.- Las sanciones señaladas en los artículos 852, 853, 856 y 862, se aumentarán:

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

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

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

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

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

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

Artículo 867.- Siempre que se persiga un delito de estupro o de violación, se averiguará de oficio si se contagió al ofendido alguna enfermedad, para imponer al responsable la sanción que sea mayor entre las que correspondan para el estupro o la violación y por el otro delito, agravando la sanción con una circunstancia de cuarta clase. Lo mismo se observará cuando se cause la muerte" (31).

(31) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 214 y 215.

1.3.3.- Código Penal de 1931.

El fracaso del Código Penal de 1929 ayudó al nombramiento inmediato de una nueva Comisión, designada por el mismo Portes Gil, a la que le dió el encargo de revisar lo legislado en la materia.

La Comisión redactora quedó integrada por los Licenciados José Angel Cencleros, José López Lira, Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido y Ernesto G. Garza.

El Código Penal con sus 403 artículos y sus tres transitorios, fue promulgado por el Presidente Pascual Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931 y puesto en vigor el 17 de septiembre del mismo año.

Los expertos que han examinado al Código Penal de 1931 han destacado que representa una tendencia ecléctica entre la doctrina clásica y la positiva, lo cual es manifestado desde un principio por Teja Zabre en la Exposición de Motivos del Código: "Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable" (32).

En éste código, el delito de violación se tipifica, bajo el rubro de "delitos sexuales", dando un paso atrás desde nuestro particular punto de vista, en virtud de que esta denominación o clasificación toma en cuenta la naturaleza del delito y la actividad que lleva implícita y no contempla el bien jurídico tutelado que es la libertad

(32) Op. Cit. Jiménez de Asúa, Luis. Pág. 1454.

sexual y que el código de 1929 si lo contemplaba, aunque para ser más exactos y tomando en cuenta que dentro de este grupo de figuras delictivas también se encuentran los atentados al pudor y el estupro, la denominación correcta debiera ser delitos contra la libertad e inexperiencia sexuales, pero como ya hemos dicho este punto será tratado más adelante.

Dentro de la definición que establece este ordenamiento encontramos que contempla dentro de un mismo artículo la violación simple y la violación a impúberes, así mismo subsana el error del legislador del 29 en cuanto a que en la del 31 se establecen los mínimos de las penas y otro acierto de esta legislación es el hecho de eliminar de los elementos de la violación las palabras "sin la voluntad de ésta" que fueron utilizadas tanto por el código del 71 como por el del 29, ya que es evidente que al presentarse la violencia física o moral es suficiente para sostener que no hubo voluntad por parte del ofendido, por último y como innovación encontramos la violación tumultuaria o cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas.

El articulado referente al delito de Violación es el siguiente:

" TITULO DECIMOQUINTO

DELITOS SEXUALES

CAPITULO I

Atentados al pudor, estupro y violación.

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de seis a diez años.

Artículo 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

Artículo 266 bis.- Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco mil a doce mil pesos. A los demás partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este Código. Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. En los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

Quando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión" (33).

(33) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 216 y 217.

En cuanto a los proyectos del código penal que se dieron posteriormente tenemos el de 1949, 1958, 1963 y el de 1983, los cuales no representaron, ningún cambio jurídico trascendental, sino acaso un adelanto en cuanto a la técnica, pero nada más; por lo que no consideramos pertinente transcribir y analizar artículos que lo único que nos pueden mostrar son cambios en la clasificación del delito en estudio o en su penalidad ya sea aumentando o disminuyendo tanto los mínimos como los máximos.

La reformas, adiciones y derogaciones hechas a las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República Mexicana en materia de Fuero Federal publicadas en el Diario oficial del 21 de enero de 1991, serán materia de análisis y estudio del siguiente capítulo.

CAPITULO 2

**MARCO CONCEPTUAL DEL
DELITO DE VIOLACION**

CAPITULO SEGUNDO

MARCO CONCEPTUAL DEL DELITO DE VIOLACION

Para comenzar nuestro estudio conceptual, que por demás se hace necesario para comprender los elementos que integran el delito de violación, primeramente veremos algunas definiciones de autores que se han dedicado al estudio de la materia y que de cualquier forma en que se hayan expresado para definirlo nos dan una idea genérica o específica del contenido del mismo y seguidamente analizaremos cada uno de estos elementos del tipo.

2.1.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO

Así pues, como pudimos observar en páginas anteriores, el Código Penal de 1931 da un paso atrás respecto del de 1929 al denominar el Título que comprende el delito materia de nuestro estudio como "Delitos Sexuales", denominación que causó mucha polémica entre los estudiosos del Derecho tales como Celestino Porte Petit el cual comenta al respecto: " El delito de violación se encuentra ubicado en el Capítulo I del Título Decimoquinto del Código Penal, denominado este último: "Delitos Sexuales" ; expresión totalmente impropia porque mira a la naturaleza del delito y no, como debiera ser, al bien jurídico tutelado, pues es como si se denominara a los delitos contra la vida y la salud personal: "delitos de sangre" y para reforzar su postura agrega que Saltelli y Romano Di Falco han dicho con antelación, aludiendo al Código Penal italiano, que " el Código no emplea ni la locución delitos sexuales, ni aquella de delitos contra las relaciones sexuales, porque la primera expresión no pone de relieve cuál sea el derecho que constituye el objeto de la lesión y porque, también con la otra expresión, no se pone

tampoco de relieve cuál sea el objeto de los predichos delitos, apartándose la cuestión sin resolverla..." (34).

Sobre la misma polémica Jiménez Huerta al referirse a los delitos sexuales expresa que es inapropiada la postura legislativa, ya que el Código Penal en la mayoría de sus títulos adopta, como denominación del grupo o familia de delitos que en cada título recoge, la del bien jurídico que tutela que es objeto de protección y ataque, esto es, delitos contra la salud; delitos contra la moral pública; delitos contra la vida y la integridad corporal; delitos contra el honor, etc. Sin embargo nos dice, este sistema es substituido en el título decimoquinto por un criterio fisiológico, pues al adoptar la denominación de delitos sexuales, coloca como "ratio" de su existencia el instinto que impulsa las conductas de los sujetos activos de los delitos que recoge y los diversos actos fisiológicos en que satisfacen sus instintos y nos dice que este sistema en la estructura del Código es exótico y ajurídico, ya que suprime el criterio rector del bien jurídico objeto de la tutela penal.

Como podemos observar ambos autores coinciden al señalar que la denominación que se le daba anteriormente al título que comprendía los delitos de atentados al pudor, estupro y violación (actualmente comprende los delitos de Hostigamiento sexual, Abuso sexual, Estupro y Violación) no es el apropiado en virtud de que no está íntimamente ligada con el bien jurídico tutelado, opiniones con las que estamos absolutamente de acuerdo, ya que no se les debe denominar en cuanto a la actividad que lleva implícita, que en este caso es la sexual, sino en cuanto a lo que atentan o atacan.

.....
(34) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, Pág. 9

Ahora bien en cuanto al bien jurídico tutelado específicamente del delito de violación en la doctrina encontramos básicamente dos opiniones:

Primero los que sostienen como Jiménez de Asúa y Carrara que el bien jurídico lesionado es la honestidad, es decir, el pudor individual, "...agregando que la violación implica, desde luego, un ataque a la libertad sexual, pero no es ella el bien que con este delito se lesiona, sino el sentido del pudor que resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad y moralidad." (35)

Al respecto Arilla Bas citado por González Blanco nos comenta: "Ahora bien, ¿Qué honestidad daña la violación? ¿Será la de la mujer ofendida? Apenas tiene sentido esta pregunta. Según el diccionario de la Academia, honesto quiere decir tanto como decente, decoroso, recatado, pudoroso, razonable, justo, honrado. Esto es patrimonio individual, que sólo se destruye por los propios actos, pues nadie puede detentar la honestidad ajena. La mujer será deshonesta si se entrega extramatrimonialmente a un hombre, pero no si éste la fuerza contra su voluntad. Por consiguiente, la mujer violada no sufre merma alguna en su haber personal de pudor y decencia." (36)

Por otro lado se encuentran los que sostienen y que son mayoría, que el bien jurídico lesionado en el delito de violación es la libertad sexual, tal y como lo señala Fontán Balestra: "El bien jurídico lesionado por la violación es la libertad individual en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual, y prescindir de ella, si así le place." (37)

(35) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 30.

(36) Op. Cit. González Blanco, Alberto. Pág. 140 y 141.

(37) Op. Cit. Fontán Balestra, Carlos. Tratado de derecho penal. Tomo V. Pág. 60.

González de la Vega citado por González Blanco también acepta este último criterio al sostener que "El bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido anulando así su resistencia (violencia física, vis), o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, metus)." (38)

Al respecto, opinamos de igual manera que el segundo grupo en cuanto a que el bien jurídico tutelado en el delito de violación es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no es de su gusto o agrado, esto es, decidir libremente cuando sí, cuando no, con quien sí y con quien no, ya que con la violencia física o moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido y con quien no deseaba hacerlo, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica.

Porte Petit al igual que los autores anteriores coincide en que es la libertad sexual el bien jurídico tutelado, sin embargo él tiene una perspectiva más amplia al decirnos: " la libertad sexual consiste en la libre disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales dentro de los límites señalados por el derecho y la costumbre sexual, no obstante también debe considerarse que no es la libertad sexual el bien jurídico protegido, en el caso de violación sobre persona impúber, pues resulta lógico pensar que,

(38) Op. Cit. González Blanco, Alberto. Pág. 144.

en tal persona, no es este bien el que se protege, debido a que, por su corta edad y falta de experiencia, aún no tiene libertad sexual." (39)

Al respecto y con la finalidad de ir relacionando la doctrina con nuestra Legislación Penal, haremos mención de que el 21 de Enero de 1991 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación un decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal y una de estas modificaciones es precisamente la denominación del título XV que era la de "Delitos sexuales" por la de "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", en donde como podemos observar se contempla el aspecto al que se hace referencia en el párrafo anterior en donde Porte Petit se preocupa por los impúberes que en este caso y para efectos del reformado artículo 266 serían las personas menores de doce años de edad, y en el cual al hablar del normal desarrollo psicosexual se está ajustando a las consecuencias de quien en general sufre un ataque de tipo sexual, pero en este caso no se descuida a estos menores que como ya se dijo carecen de esta libertad y que no hay duda alguna que sobre todo para ellos las secuelas de desajuste psicológico en la mayoría de las veces causa trastornos que son muy difíciles de superar si no se cuenta con el apoyo y ayuda de la familia y de los especialistas, esto por supuesto independientemente de los daños corporales que pudiendo ser de mayor o menor gravedad existe la posibilidad de que éstos sanen con el tiempo.

.....
(39) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 31.

Por último referente a la modificación que hizo el legislador respecto de la denominación al citado título XV del Código Penal, queremos hacer primeramente el comentario que sólo se habla de "libertad" quedando abierto el concepto, de manera que entendemos que el legislador se refiere a la ya citada "libertad sexual", como segundo punto queremos comentar que de los delitos que integran el capítulo I de dicho título, desde nuestro punto de vista el hostigamiento sexual no corresponde a los delitos que atentan contra la libertad sexual, dado que para que un delito pueda ser denominado sexual, se requiere, que sea objetivamente no subjetivamente sexual, es decir que el resultado de la conducta, no que la intención del sujeto sea sexual y lo segundo es que el sujeto pasivo del delito sea ofendido sexualmente, es decir, como titular de un bien jurídico sexual, esto es " ...que la conducta del delincuente se manifieste en actividades lubrico--somáticas ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a este se le hace ejecutar y además que la acción corporal de lubricidad típica del delito al ser ejecutada físicamente, produzca de inmediato un daño o peligro a intereses protegidos por la sanción penal, y referentes a la propia vida sexual de la víctima" (40), y como tercer punto nos salta el cuestionamiento de que específicamente en el delito de violación, ¿Cuál es el bien tutelado en las personas que no tienen la capacidad de comprender el significado del hecho?, nos referimos específicamente a las personas que tienen alguna deficiencia mental y que al igual que los menores de doce años no son capaces de tener una libertad sexual y por otro lado por el daño que tienen, tampoco son sujeto de un normal desarrollo psicosexual, por lo que no se les ataca en este sentido y aunque si bien es cierto que este supuesto que reglamenta el artículo 266 es equiparado a la violación y por ese simple hecho estas personas quedan protegidas por la ley, nosotros consideramos que el bien

.....
(40) Op. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág. 312.

jurídico lesionado es su seguridad sexual y su integridad personal.

Jurisprudencia: " El bien jurídico tutelado por el tipo delictuoso de violación, no es la castidad o la honestidad, sino que está constituido por la libertad sexual, por lo que el desfloramiento no se requiere para configurar el delito, siendo suficiente para ello el ayuntamiento carnal, la cópula, sin el consentimiento del sujeto pasivo, o con éste en los casos en que el mismo se encuentre viciado. (Semanario Judicial de la Federación, tomo 56, p. 67. Segunda parte, Séptima época)." (41)

" El delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad sexual. (Semanario Judicial de la Federación, Sexta época, Segunda parte, Tomo XXV, p. 117.)" (42)

" El bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, concierne esencialmente a la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el agente activo realiza el acto sexual, bien por la fuerza material en el cuerpo del pasivo, anulando así su resistencia, bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves, por los que se le impide resistir, independientemente del hecho de que el uso de esa violencia, no haya dejado huellas materiales en el cuerpo de las ofendidas, ya que ella puede existir sin dejar vestigios. (Semanario Judicial de la Federación, CV, pp. 829-830. Quinta época)." (43)

(41) Op. Cit. Porte Petit Candaup, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 32 y 33

(42) Ibid. Pág. 136.

(43) Ibid. Pág. 137

2.2.- CONCEPTO

El delito de violación es sin duda tal y como lo señalan González de la Vega y Martínez Roaro, el más grave de los delitos contra la libertad sexual, porque "Además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los pacientes" (44), en donde además del daño físico que deja en la víctima, la afectación psicológica en la mayoría de los casos dura toda la vida, aunado a las consecuencias que también sufre la familia y la propia sociedad, por eso muchas de las víctimas prefieren morir ya sea durante o posteriormente al acto de violación, reacción que es consecuencia del impacto emocional de que es sujeto.

Ahora bien, entrando ya en materia como señalamos al principio de este capítulo, para un mejor entendimiento de nuestro tema de estudio en primer término nos avocaremos a lo que nos señalan algunos de los estudiosos del derecho respecto de lo que constituye el delito de violación así como lo que nos señala el propio Código Penal para posteriormente desmenuzar los elementos que la integran y estudiar cada uno de estos

De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano, violación significa "la cópula efectuada mediante violencia física o moral con una persona de uno u otro sexo" (45)

(44) Op. Cit. Martínez Roaro, Marcela. Pág. 195.

(45) Diccionario Jurídico Mexicano. México Editorial Porrúa 2a Ed. 1988. Pág. 3243.

González de la Vega, ha definido el delito de violación como "la imposición de la copula sin el consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o moral" (46), en donde notamos que aparece el consentimiento como elemento del delito de igual forma en que se legisló, según vimos, en los códigos de 1871 y 1929.

Para Fontán Balestra el delito de violación es "el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima" (47).

Y por último, anotamos la definición de Celestino Porte Petit, que a nuestro juicio es la más completa al decimos que por violación propia debemos entender " La cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva." (48)

Como se puede observar en estos tres autores los dos primeros nos hablan en sus definiciones de la voluntad o consentimiento de la víctima, conceptos que en el Código de 1931 ya no son contemplados como elemento de la violación, por considerarse que el empleo de la violencia física o moral lleva implícito la ausencia de esta voluntad; la demostración de un no querer la realización de la cópula por parte del sujeto pasivo, aunque esto no quiere decir que no existan conductas, como en una relación sadomasoquista, en las que concurran la violencia y el consentimiento, pero creemos que estas conductas constituyen una particularidad materia de un estudio aparte.

.....
 (46) Op. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág. 382.

(47) Op. Cit. Fontán Balestra, Carlos. Pág. 62.

(48) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmatico sobre el Delito de Violación. Pág. 12.

En cuanto al concepto de Porte Petit consideramos que no dista por mucho de lo que el propio código señala al respecto y que su artículo 265 a la letra dice: " al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo..."

(49)

Por lo que, tanto de la definición de Porte Petit y de lo que señala el Código se desprende que los elementos de la violación son:

- 1.- Uno material, que consiste en la realización de la cópula, ya sea por vía normal (vaginal) como anormal (anal o bucal).
- 2.- Que se empleen como medios para obtener la cópula la violencia física (vis absoluta) o la violencia moral (vis compulsiva).
- 3.- Que la cópula se realice en persona de cualquier sexo.

2.3.- Elementos del delito de violación

2.3.1.- La Cópula

Para analizar la cópula como primer elemento que tipifica el delito de violación, debemos decir que se han utilizado diferentes términos como sinónimos de ella, así pues tenemos que se habla de coito, concubito, acceso carnal, ayuntamiento carnal, conjunción carnal o yacer carnalmente, indistintamente. Sin embargo hablar única y

(49) Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República Mexicana en Materia de Fuero Federal. México. Editorial ALF. 1994.

exclusivamente de cópula no tiene ninguna importancia jurídica penal, puesto que debe ir relacionada a los medios empleados para obtenerla. Jiménez de Asúa citado por Porte Petit nos dice: "El acceso carnal es una función perfectamente ajena al Derecho punitivo, si no va acompañado (salvo hipótesis de menor de edad penal de la víctima) de violencia o de fraude." (50)

Así pues, diremos que para el diccionario de la Lengua Española cópula significa "unión, ligamento o atadura de una cosa con otra, trabazón, unión sexual."(51). A su vez el verbo copular, del latín copulare, indica unirse o juntarse carnalmente.

Para la mayoría de los autores la cópula es palabras más palabras menos la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona.

Sin embargo, no es precisamente el significado lo que se ha discutido en el campo jurídico, si no el sentido o la amplitud que debe dársele a la palabra cópula, para poder admitir o no dentro de ésta las formas anormales en que se puede presentar y que son la que se realiza a través del ano (anal o rectal) y aquella en la que se emplea la boca (oral), discusión que nos lleva básicamente a tres vertientes:

(50) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 16.

(51) Pequeño Larousse Ilustrado. México. Ediciones Larousse. 1979. 1663 Pág. 274.

1.- Los que sostienen que la cópula consiste en el acceso carnal normal:

Cuello Calón es partidario de esta postura al decir que la violación se define como "la unión carnal ilícita con mujer, contra su voluntad o sin su voluntad" (52) y agrega que para que haya violación no sólo es preciso que el agente sea hombre y la víctima sea mujer, si no que es menester que se dé una unión sexual normal. Por su lado Arturo Baledón Gil y José Torres Torrija citados por González de la Vega, desde un punto de vista netamente fisiológico afirman que "por cópula debe entenderse en forma exclusiva el ayuntamiento sexual entre varón y mujer precisamente por la vía vaginal, o sea el coito normal." (53).

2.- Los que estiman el acceso carnal normal y anormal, pero excluyendo la "fellatio in ore" (Fellos--Pene, In Ore--en Boca).

Manzini citado por González Blanco considera que conjunción carnal como la llama el Código Italiano es "todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo" (54). De igual manera Eusebio Gómez también citado por González Blanco se resiste a aceptar la posibilidad de que la fellatio in ore pueda configurar el delito de violación, ya que según en esta "fa'ta propiamente el acceso carnal que requiere la violación y estima ese acto más bien como un abuso deshonesto." (55) y

(52) Op. Cit. Cuello Calón, Eugenio. Pág 586

(53) Op. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág 383

(54) Op. Cit. González Blanco, Atherto. Pág 148.

(55) Ibid. Pág 150

3. Los que sostienen el acceso carnal normal y anormal incluyendo la "fellatio in ore"

Dentro de esta postura encontramos a la mayoría de los doctrinarios tales como González Blanco, Soler y Fontán Balestra que nos dicen que " la conjunción carnal no debe ser interpretada con un criterio biológico, sino jurídico, y así entender por conjunción carnal, toda actividad directa de la libido natural o no, en la que intervengan los órganos genitales del actor, que pueda representar el coito o una forma equivalente del mismo, pero superior a la masturbación." (56)

Por lo que respecta tanto a Porte Petit como a González de la Vega aceptan tanto la conjunción carnal normal como anormal, aunque no precisan si dentro de esta última aceptan la fellatio in ore, pero nosotros creemos que al menos el último de estos si, en virtud de que al referirse a la acción de copular nos dice que "comprende a los ayuntamientos sexuales normales (de varón a mujer precisamente por la vía vaginal) y a los anormales, sean éstos homosexuales masculinos o sean de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural" (57) esto es, que al referirse en forma plural a vasos no apropiados solo puede haber dos que son el ano y la boca.

De esta manera concluimos que en el delito de violación, el concepto de cópula debe tomarse en su más amplia acepción. esto es cualquier ayuntamiento carnal sea normal o idónea (vaginal) o anormal o inidónea (anal u oral), ya que como cita

(56); On Cit. Fontán Balestra, Carlos. Pág. 64

(57); Op. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág. 383

Martínez Roaro "aunque la boca no sea un órgano sexual ni tenga la actividad erógena de éstos, ha sido reemplazante de los mismos por parte del sujeto activo y objeto de una verdadera penetración como en el coito vaginal o anal " (58), situación que nuestros legisladores subsanan desde 1989 ya que desde entonces y hasta el reformado artículo 265 en su párrafo segundo nos dice: " Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo." (59)

Para terminar con este elemento, solamente nos queda agregar que para la configuración del delito, no es necesario que la introducción del miembro viril en la víctima sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la seminatación (eyaculación) o de que el acto ya iniciado sea interrumpido por cualquier causa y, en consecuencia, que haya o no goce genésico así como es independiente de las consecuencias posteriores a la cópula (embarazo, contagio venéreo).

Jurisprudencia: " En el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aun cuando no haya llegado a realizarse completamente. (Semanario Judicial de la Federación, Sexta época, Volumen XII, Segunda parte, p. 89) " (60)

(58) Op. Cit. Martínez Roaro, Marceia. Pág. 201

(59) Op. Cit. Código Penal. Pág. 138

(60) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 127.

" La no desfloración no es elemento indispensable del delito de violación, pues indudablemente puede cometerse aun mediante cópula anormal, contra natura, y la no ruptura del himen no significa ausencia del acto sexual. (Semanario Judicial de la Federación, LXIV, p. 30, Sexta época, Segunda parte)." (61)

" Para las exigencias jurídicas de integración del elemento cópula, es suficiente la existencia del acceso carnal para que la violación quede consumada, independientemente de sus resultados o de que el ayuntamiento, no se haya agotado o no tenga perfección fisiológica. (Semanario Judicial de la Federación, CVII; p. 498)" (62)

" En el delito de violación, la cópula => tiene por realizada aun cuando no se agote fisiológicamente el acto sexual, ya que el instante consumativo de dicha violación, es precisamente el momento del acceso carnal, sobre todo, si queda comprobada la existencia de escoriaciones en el cuerpo de la agraviada y desgarres en su órgano genital. (Semanario Judicial de la Federación, Tomo 69, p. 49, Segunda parte, Séptima época)" (63)

.....

(61) Op. Cit. Porte Peti Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación Pág. 128.

(62) Ibid. Pág. 129.

(63) Ibid. Pág. 131.

2.3.2.- SUJETOS DE LA VIOLACION

2.3.2.1.- Sujeto Pasivo

El Código Penal en su artículo 265 , no establece ninguna distinción respecto del sujeto pasivo, ya que según término expreso del artículo nos dice "con persona de cualquier sexo." (64). En cuanto a la edad o desarrollo fisiológico, al estado civil, y a la conducta anterior de la víctima, no se establece limitación alguna, de tal manera que pueden ser víctimas del delito de violación todos los seres humanos, hombres o mujeres, solteras, casadas, viudas o divorciadas, vírgenes o no, en edad infantil, juvenil o adulta, de vida sexual honesta o impúdica, de cualquier clase social o religión. No existe límite alguno ya que cualquier sujeto puede sufrir la conjunción carnal impuesta por la fuerza, atacándose así primordialmente, aparte de su seguridad, su libertad de determinación en materia sexual y hasta su propia vida.

Algo que es meritorio y de llamar la atención es que México desde su código penal de 1871, no establece distinción alguna respecto al sujeto pasivo, sobre todo porque la cópula, como explicamos anteriormente, no necesita perfección fisiológica, bastando el acceso, aunque sea incompleto, por lo que es posible concebir la existencia del delito en niños o niñas de corta edad, constituyendo estos viles ataques casos de extrema gravedad por las tremendas consecuencias que originan, no sólo en la moral del menor, sino corporalmente en forma de hemorragias incontenibles o desgarramientos intensos, y tratándose de jovencitos o jovencitas suelen producir perdurables perjuicios psíquicos.

(64) Op. Cit. Código Penal. Pág. 138.

Otro aspecto que es indiferente en la violación, es que el sujeto pasivo sea una persona de conducta sexual honesta o persona impúdica, ya que el bien jurídico que se tutela o protege es la libertad del ofendido de elegir cuando sí o no y con quién sí o no desea y quiere tener relaciones sexuales y no así su pudor u honestidad.

Este punto en específico es llamativo y controvertido, ya que la mayoría de la gente ni piensa ni concibe que las personas que no llevan una vida honesta básicamente las prostitutas, son sujetas a este tipo de ultrajes, y que si se llega a dar la agresión consideran que es parte de su trabajo y para eso se les paga o por otro lado que eso se ganan las jovencitas coquetas o que son unas "locas", situación que es entendible ya que si los propios doctrinarios y estudiosos del derecho opinan en algunos casos de igual forma, no es de espantarnos que el común de la gente piense igual, sin embargo nosotros consideramos que no porque el sujeto no tenga pudor, castidad u honestidad ha perdido su derecho a la libre determinación erótica y ha dejado de merecer la protección legal contra actos lúbricos que le sean impuestos a la fuerza, por lo que consideramos que una prostituta puede ser que no conozca el recato, la honestidad, etc., debido a la corrupción de sus costumbres, pero absolutamente nadie tiene derecho a ofenderla con actos sexuales que no quiera tolerar, pues la falta de pudor no implica la desaparición de su libertad sexual ni someterse al capricho de cualquiera.

Al respecto Cuello Calón opina que " La mujer puede ser sujeto pasivo de este delito sea virgen o no, casada o soltera, de buena o mala fama, incluso una prostituta." (65)

.....
(65) Op. Cit. Cuello Calón, Eugenio Pág. 585.

En contraposición a Cuello Calón encontramos a Fontán Balestra que piensa que el delito no se configura ya que " habiendo hecho el actor el pago correspondiente, la mujer carece de derecho para negarse al acceso, y el cliente incurre en el ejercicio del propio derecho, el cual no es punible como delito." (66)

Con todo lo expuesto anteriormente estaría por demás ahondar en nuestra posición de que la prostituta sí es sujeto pasivo del delito de violación, ya que el dinero que se le paga por sus servicios no implica o conlleva a la renuncia de sus derechos y ya no sólo al de la libertad sino al de la vida, pues desgraciadamente cada vez es más común leer, escuchar o ver en las noticias que una prostituta fue encontrada brutalmente golpeada, violada y sin vida en un motel, y lo peor de todo es que no cause ya ningún impacto o sorpresa, lo único que nos conlleva a pensar es que de una u otra forma nos estamos acostumbrando a vivir con este mal en nuestra sociedad.

Jurisprudencia: " El bien jurídico por este tipo penal, como reiteradamente lo ha sostenido el Tribunal Superior de Justicia del D.F., acorde con la doctrina y con el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo es la libertad sexual, o sea el derecho que cada persona (aún las prostitutas) tienen de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, sea por pago convenido o sin retribución de ninguna especie; (Anales de jurisprudencia, tomo, 159, p. 209)." (67)

(66) Op. Cit. Fontán Balestra, Carlos. Pág. 68.

(67) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 33.

" La ausencia de recato o de honestidad que los acusados atribuyen a la ofendida, es indiferente para la integración del delito de violación. (Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Tomo CIII, pp. 438--439)." (68)

El último aspecto que quisiéramos tratar brevemente respecto al sujeto pasivo es el de la cópula lograda por la fuerza dentro del matrimonio, como posibilidad del delito de violación entre cónyuges.

Referente a este punto de que si la mujer casada es sujeto pasivo del delito de violación encontramos quien dice que el marido tiene derecho de exigir a su mujer el acceso carnal y ésta, el deber de acceder al mismo, ya que ningún derecho es atropellado en ella por el marido, al obligarla, contra su voluntad, a realizar con él un acto que tiene ella el deber de realizar, no pudiendo ampararse en la legítima defensa pues no hay agresión ilegítima, así pues ponen como única condicionante que el acto sexual sea, por vía natural, puesto que la unión del matrimonio tiene como finalidad primordial la procreación de la especie, por lo que si la conjunción carnal se realiza por actos contra natura o la mujer se niega por razones profilácticas para sí o para la prole como sería en el caso de padecer el marido una enfermedad venérea, la violación si se configura, así como también cuando el marido obliga a la mujer con golpes o amenazas, al coito con otro individuo, dentro de los que apoyan esta posición tenemos a Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas, Fontán Balestra y Cuello Calón.

(68) Op. Cit. : Porte Petit Candaudap, Celestino Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 145.

Es notorio que la idea que estas personas mantienen del matrimonio ha ido actualizándose y obedeciendo a cambios que la propia sociedad marca, de tal forma que los cónyuges están obligados cada uno por su parte a los fines del matrimonio (uno de ellos la procreación) pero este derecho de pareja debe ejercerse de común acuerdo, por lo que consideramos que cuando se realiza la cópula (vía normal o anormal) con amor, respeto y responsabilidad es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que los derechos de uno terminan donde comienzan los de los demás, aunado al hecho de que nadie podrá hacerse justicia por sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos. (Artículo 17 Constitucional).

2.3.2.2.- Sujeto Activo.

Casi por lo general, cuando se habla del sujeto activo del delito de violación se le supone hombre, por las características que presenta ésta figura delictiva y por la constitución fisiológica del mismo. Pero en nuestra legislación, no se determina, al posible sujeto activo, porque el legislador de 1931, utilizó una expresión bastante amplia, "al que", en la que se han diversificado las opiniones doctrinarias, cuando se trata de situar dentro de ésta hipótesis a la mujer, violación a la que propiamente se le llama inversa, y que de acuerdo con algunos autores como González de la Vega solamente se daría en la teoría, que la mujer pueda ser sujeto activo de la violación cuando fuerza o intimida a un hombre para el coito porque en la práctica y en general el hombre es el posible sujeto activo del delito ya que asegura " la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril --normal o anormal--, pues sin ésta no se puede, con propiedad, decir que ha habido copulativa conjunción carnal." (69)

(69) Op. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág. 390.

Contrariamente a lo establecido por la postura anterior, autores como Fontán Balesira y Celestino Porte Petit, admiten a la mujer como sujeto activo, cuando afirman en opiniones muy interesantes sobre todo este último, que " esta puede ser sujeto activo de violación mediante la violencia física, puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada.". (70)

Por nuestra parte sostenemos la misma opinión de los autores que admiten dentro del sujeto activo a la mujer, porque si bien, ésta no cuenta con un órgano igual al que posee el hombre, a nuestro juicio si se puede llevar a cabo la violación siendo sujeto activo la mujer y siendo sujeto pasivo un hombre u otra mujer, en el primer caso, consideramos que si bien es cierto que para que exista penetración es necesario la erección del pene y que ésta, dadas las circunstancias puede no darse por sentimientos de repulsión, de temor, etc. también es cierto y lo consideramos así, que dicha erección se puede dar por la manipulación del miembro, venciendo los obstáculos fisiológicos, tal y como lo señala Porte Petit, y estando en este caso la penetración podrá ser vía vaginal, anal u oral, y precisamente a esta última manejamos nuestra segunda opinión respecto a que si se puede dar la violación en este esquema, ya que como vimos al tratar la cópula, recordaremos que ésta en su acepción más amplia no exige para su perfeccionamiento la penetración completa, ni la eyaculación etc.; por lo que si por un lado se acepta la cópula

.....
(70) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 36 y 37.

anormal, en este caso por vía oral y no se requiere la perfección, que pasa si aunque no este erecto el miembro masculino la mujer hace introducir el miembro no entumecido en su boca, pero sin embargo hace movimientos que aunque no logren la erección, son movimientos que están atentando contra la libertad sexual del individuo, y en este caso a nuestro juicio sí hay repetidos conjunción carnal.

En el segundo caso de que la violación pueda realizarse por una mujer sobre otra, también lo consideramos viable, por lo mismo que se dijo en el párrafo anterior, ya que al no requerirse el perfeccionamiento de la cópula y ésta poder ser oral, sostenemos que cuando la agresora introduce su lengua o sus dedos vía vaginal en la víctima, se esta configurando también el delito, ya que también hay conjunción carnal de vagina con la lengua o con los dedos.

Aunado a nuestro criterio también consideramos la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo cuando introduce en el cuerpo de su víctima vía vaginal o anal para el caso de mujer o vía recto para el caso de hombre cualquier objeto o instrumento tal y como lo señala el artículo 285 párrafo tercero, pues el daño físico que se le causa a la víctima es quizás más fuerte que con el miembro masculino, pues en estos casos lo que se introduce son consoladores, un palo de escoba, una manguera, cuellos de botellas, plumas, lápices, desarmadores, o en algunos casos de menores, los dedos, en donde no por el hecho de que la mujer no cuente con un miembro igual al del sexo masculino, estos actos no son violatorios de la libertad sexual y normal desarrollo psicosexual de la víctima, por lo que consideramos que la sanción que señala dicho ordenamiento penal para éstos casos debe ser igual al de la violación propia y violación equiparada, esto es prisión de ocho a catorce años, y no con prisión de tres a ocho años.

Para concluir, diremos que de una u otra forma, el legislador acepta expresamente que el sujeto activo pueda ser hombre o mujer, ya que nos dice en su

precepto "Al que", y lo único que falta para ir acorde a una realidad, a las consecuencias de dichos actos y a un párrafo primero con un párrafo tercero del artículo 285, es que se dé la misma penalidad para cualquiera de los dos supuestos.

2.3.3.- MEDIOS DE COMISION EXIGIDOS POR EL TIPO.

En el delito de violación, la violencia tiene una importancia fundamental, pues como lo mencionamos anteriormente la cópula por sí sola, esto es realizada sin violencia, carecería del valor jurídico que se le concede cuando concurre con éste elemento, por lo que, para que la cópula integre la conducta típica en la violación es preciso que en su realización medie la violencia.

En una definición muy precisa, como se comentó en la parte histórica y que nos permitimos repetir para efectos del estudio de éste elemento, Teodoro Mommsen asegura que los romanos, consideraban la violación dentro de los delitos de coacción y nos dice que "vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona, constriñe físicamente a otra a que deje de realizar un acto contra su propia voluntad, o cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal, o lo que es lo mismo, por miedo (metus), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción." (71)

Definición de la que se desprende, que la violencia es la fuerza intensa o impetuosa con que se le obliga a una persona a hacer lo que no quiere y la cual puede ser ejercida física (vis absoluta) o moralmente (vis compulsiva).

(71) Op. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág. 381.

Así pues, tenemos que la fuerza en el delito de violación, es el medio que emplea el autor para vencer la resistencia del sujeto pasivo, y obtener la cópula en contra de su voluntad. Consideramos que la violencia es el elemento fundamental del delito de violación, ya que con ella se ataca la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual de la víctima así como su dignidad, su salud y cada vez en más casos hasta su propia vida..

2.3.3.1.- Violencia Física o Vis Absoluta.

En general por violencia física se entiende como lo describe el código penal en su artículo 373 para el caso de violencia física en el robo " la fuerza material que para cometer un delito se hace a una persona." (72)

Referida al delito de violación, consistirá como nos dice González de la Vega en " la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir." (73)

Como ejemplo de la violencia física, diremos que es cuando el sujeto activo le propina a la víctima, golpes, pellizcos, apretones, quemaduras, cortaduras, y otras similares; sobre el cuerpo para vencer la resistencia y así se pueda realizar la cópula.

Dentro de la doctrina, encontramos requisitos para la existencia de la vis absoluta:

a) La violencia empleada debe recaer en la víctima, pues de otra manera, no es la fuerza física el medio directo que vence la resistencia del sujeto pasivo.

(72) Op. Cit. Código Penal. Pág 168.

(73) Op. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág 391.

Carrara citado por González de la Vega nos dice " La violencia debe ser ejecutada sobre la persona y precisamente sobre la persona misma de la que se quiere abusar. No habrá violencia carnal cuando se violentasen las cosas para llegar a la mujer anuente, ni cuando se usase contra personas diversas. por ejemplo, contra el criado que quisiera impedir el acceso a la mujer anuente al deseo de su amante."(74). Cabe aclarar en este punto que cuando los actos violentos se lleven a cabo en personas allegadas a la víctima sea por parentesco o afecto puede darse en este caso la violencia moral, cuando estén encaminados a intimidar a la víctima y por ende a aceptar la relación sexual para evitar males mayores en sus seres queridos, aspecto que será tratado más adelante.

b) Que la fuerza sea la suficiente para vencer la resistencia de la víctima, y a su vez esta resistencia debe ser seria y constante, requisitos que han originado una gran polémica, por la importancia estimativa que presenta en la valoración de este tipo de delitos.

Carrara citado por Porte Petit, nos dice, para que exista el delito de violación, la resistencia debe ser seria, es decir " no fingida para simular honestidad, sino realmente expresiva de un querer decididamente contrario." (75), y constante o continuada, o sea, "mantenida hasta el último momento sin que exista al comienzo y luego se abandone para dar lugar a un concurso en el mutuo goce." (76)

.....
(74) Op. Cit. González de la Vega, Francisco Pág 392.

(75) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 43.

(76) Ibid. Pág. 43

Tiene razón el maestro Carrara cuando asegura que la resistencia debe ser seria, no fingida y así lo consideramos nosotros también que debe ser, pero no estamos de acuerdo en cuanto al término constante, que así expuesto ha sido motivo de discrepancias entre los doctrinarios.

Dentro de los autores que están de acuerdo con esta postura tenemos a Fontán Balestra y Celestino Porte Petit, en donde este último considera como esencial para la violencia física tres requisitos: "1) La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo. 2) Debe ser la fuerza, suficiente para vencer la resistencia, y 3) La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria y constante." (77)

En contra posición tenemos a González de la Vega y Cuello Calón el cual asegura que "Sólo podrá estimarse que la víctima ha cedido a la fuerza empleada cuando no le sea posible persistir en la resistencia opuesta, más no es preciso que llegue al completo abatimiento físico." (78)

Pacheco que es citado por González de la Vega nos dice al respecto "...No es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos. La ley no exige tanto. Sobre todo, al igualar la violencia física con la intimidación, ha dado bien claro a entender la idea que la dirige. No debía buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores colosos de fuerza o de poder. En resultado que la resistencia fue verdadera y que se emplearon medios materiales capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrentar a una persona común, la violencia está justificada." (79)

(77) Op. Cit. - Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 43

(78) Op. Cit. Cuello Calón, Eugenio. Pág. 588 y 589.

(79) Op. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág. 393.

Así, después de ésta exposición de criterios, nos inclinamos y concordamos con aquellos autores que señalan que la agresión debe recaer directamente en la persona de la víctima, así como que la resistencia debe ser seria y no fingida. En cuanto a que la resistencia debe ser constante o continuada no estamos de acuerdo ya que el grado de resistencia que denote cada víctima va a ser distinto dependiendo de la fuerza física, edad, salud, carácter y temperamento, complexión física, etc. tanto del sujeto activo como del pasivo, influyendo también en gran medida la relación o vínculo que pueda existir entre ambos, así como otros factores y circunstancias que en algunos casos serán eficaces y en otros casos no; sin embargo desde nuestro muy particular punto de vista, independientemente de estas características también es necesario que reflexionemos en lo que nos dice Pacheco no es necesario ni heroínas ni colosos para que se configure este elemento, pues ahora es más común leer o escuchar en los medios de comunicación que la víctima mientras era ultrajada era amenazada con un arma (violencia moral) o aún peor que al oponer resistencia, provocó tal violencia en el actor, que provocó la muerte de la víctima, situación que los doctrinarios que opinan que la resistencia debe ser permanente no creo que sea su intención ni deseo el tener estas ya mencionadas heroínas, pero que desgraciadamente con mayor frecuencia pierden la vida, por lo que para finalizar diremos que a nuestro juicio bastará, que la resistencia se presente el tiempo que la víctima sea capaz de oponerse y que se hayan empleado medios físicos capaces de anular en un momento dado, la fuerza opuesta, y la violencia se verá plenamente justificada.

Jurisprudencia: " Se surten los elementos del delito de violación, cuando la menor de edad es jalada por la fuerza y se abusa de ella, no obstante se abstenga de gritar por darse cuenta de que nadie podría auxiliarla dada la soledad del lugar y se

concreta a defenderse por la fuerza tratando de evitar ser abrazada. (Semanario Judicial de la Federación, Tomo C, p. 70, Segunda parte, Sexta época)." (80)

2.3.3.2.- Violencia Moral o Vis Compulsiva

Al igual que en la violencia física el artículo 373 segundo párrafo del código penal vigente nos dice " hay violencia moral cuando se amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo." (81)

La violencia moral es aquella que afecta directamente el estado mental o psíquico del sujeto pasivo, y que se puede traducir en el miedo, temor o intimidación que obligan a la persona a admitir en su cuerpo la conjunción carnal no deseada. En este tipo de violencia no es necesario que la intimidación recaiga u obre directamente sobre el sujeto de quien se pretende la realización de la cópula, basta que esta intimidación o miedo lo coarten en su libertad de elección, como ejemplo tenemos al sujeto que amaga con una pistola a su víctima o al esposo o hijos de esta, y le dice que quiere tener relaciones sexuales con ella, y que si se resiste le causara la muerte a ella o a alguno de sus seres queridos.

(80) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 134.

(81) Op. Cit. Código Penal. Pág. 168.

Ernesto Ure citado por González Blanco hace referencia que " La violencia moral, exige que el daño objeto de las amenazas o amagos, además de grave e injusto, sea 1) determinado, para que la víctima esté en condiciones de apreciarlo en toda su magnitud; 2) posible, supuesto que si fuera irrealizable, carecería de eficacia intimidatoria; 3) futuro, pues ningún efecto podría producir aquel que ya se hubiera realizado; y 4) dependiente de la voluntad del amenazante." (82)

Como consecuencia de lo anterior, a nuestro parecer estas características deben dar como resultado que la amenaza produzca intimidación en el sujeto pasivo, pues, por seriamente manifestada que sea, puede no intimidar la amenaza, de tal manera que lo que tiene en cuenta la ley no es la amenaza en sí, sino su efecto psicológico, o sea la intimidación.

Así pues tenemos dos definiciones que nos dan un panorama general al respecto y son la de González de la Vega que la define como " Los constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido"(83) y la de Porte Petit que afirma que "por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo vínculo de afecto, de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula." (84)

(82) Op. Cit. González Blanco, Alberto. Pág. 155.

(83) Op Cit. González de la Vega, Francisco. Pág. 395

(84) Op Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 45.

Con estas definiciones corroboramos lo mencionado anteriormente, en el sentido de que la esencia de la violencia moral es causar alteraciones o perturbaciones psíquicas que saquen de balance emocional a la víctima (intimidación), sin embargo por nuestra parte, creemos que la violencia moral, es difícil de apreciar en cuanto a los elementos que en ella intervienen y en la imposibilidad de establecer, grados o límites que deba presentar la intimidación, por lo que es menester del juez la estimación de este elemento en cada caso particular, ya que siendo un elemento que juega con las características psicológicas, sociales y culturales que presenta cada individuo, será menos que imposible que se causen los mismos resultados o que se causen los mismos efectos.

Jurisprudencia: " Aunque el sujeto activo no haya hecho uso de la violencia física en el momento de la cohabitación, basta que la violencia física se haya empleado antes, repercutiendo en el ánimo de la ofendida al grado de que por la intimidación no pudo resistir al ayuntamiento, máxime si también se empleó la violencia moral al amenazarla con males mayores. (Semanario Judicial de la Federación, Sexta época, Tomo XIX, Segunda parte, p. 226)." (85)

(85) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 134.

2.3.4.- Violación por equiparación.

El Código Penal en su artículo 268, bajo la denominación de violación, y como su igual, incluye la figura conocida como violación por equiparación, la cual consiste en términos generales, en la acción de ayuntarse con personas incapacitadas para resistir psíquica o corporalmente el acto, debido a la corta edad (menor de 12 años) o a enfermedades de la mente o del cuerpo o a análogas condiciones de indefensión. Así pues tenemos que en estos casos no se presenta la resistencia de la víctima y por tanto no es necesario vencerla o dominarla por medio de la violencia física o de la violencia moral, ya que el sujeto pasivo no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o no está en posibilidades de resistir.

Dicho artículo nos señala: " Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

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

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

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad." (88)

(88) Op. Cit. Código Penal. Pág. 138.

Así pues, tenemos dos modalidades del delito según el estado de indefensión del sujeto pasivo y que son:

a) En persona menor de doce años.- Dentro de este caso quedan comprendidas tanto la cópula normal como la anormal, efectuadas con personas de corta edad, aunque presten su consentimiento en el acto, ya que debido a la corta edad de estos sujetos, no son aptos aún para una vida sexual ni para la reproducción, y es por eso que su propio estado impide al menor resistir psíquica y corporalmente estos actos lúbricos, cuyo significado, verdadero alcance y posibles consecuencias ignoran racionalmente.

Esta incapacidad del menor para entender el significado del hecho que se está realizando en su cuerpo, se presume *juris et de jure*, es decir, sin admitir prueba alguna que desvirtúe el delito, no importando la precocidad psíquica o física que tuviere el menor.

En los casos de acceso carnal consentido, es frecuente que el acusado alegue creer que la víctima tenía más de doce años, ya que físicamente así lo aparentaba, y había manifestado tener la edad que aparentaba.

Al respecto Porte Petit en su ensayo dogmático del delito de violación cita: "Si es verdad que la edad de una persona es difícil de probar por su aspecto exterior, puesto que en su desarrollo actúan factores varios, y que la pubertad varía según los climas y las condiciones humanas, resultando por ello un problema psico-fisiológico más que un problema jurídico, también lo es que la duda sobre ella, en caso de existir, tratándose del delito sexual de violación, no puede disminuir la responsabilidad criminal del agente activo del mismo, ni menos eliminarla, si los Médicos Legistas que intervinieron al examinar a la ofendida, así como el mismo acusado, están acordes en que se trata de una niña menor de edad; y aunque los expertos al dictaminar, varíen en la apreciación precisa de dicha

edad, esta circunstancia no tiene trascendencia jurídica, al grado de servir de apoyo al quejoso, para impugnar de ilegal la sentencia que lo condenó por el delito de violación, puesto que en autos quedó justificado que la ofendida era menor de edad." (87)

Estamos totalmente de acuerdo en lo señalado, respecto a que esta ignorancia o presunción no puede ni debe disminuir y mucho menos eliminar la responsabilidad del sujeto pasivo, ya que el acto sexual constituye un ataque de extrema gravedad para el menor, por las tremendas consecuencias que originan en la vida futura de este, sobre todo en el aspecto emocional y psíquico.

b) En persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo.-

Dentro del primer supuesto " persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho " encontramos a las víctimas que se encuentran privadas de razón, esto es que " El sujeto pasivo carece de capacidad jurídica para consentir la cópula, debido a que está privado de la facultad de comprender las relaciones y significado de los hechos. Poco importa que pueda resistir el acceso carnal ya que lo único realmente relevante es su ineptitud legal para valorar lo que hace." (88)

Con esta norma se protege a individuos que tienen trastornos mentales tales que, de cometer delitos, serían considerados inimputables. A manera enunciativa y no

.....
(87) Op. Cit. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación Pág. 145.

(88) Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XXVI. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1969 Pág 700.

limitativa dentro de este grupo encontramos a los idiotas, los imbeciles, los que sufren locura o algún síndrome, etc. en general todas aquellas enfermedades que producen una alteración o afección en las facultades mentales.

Desde el punto de vista de la integración del delito, no interesa que el enfermo mental preste o no su insana voluntad para el ayuntamiento, porque, aun en el caso de consentimiento, el enfermo se estima como no apto jurídicamente y, también porque además de la seguridad de los incapacitados se persigue impedir por el bien social la posible descendencia degenerativa de estas personas.

Los estados enajenativos de la mente pueden ser absolutos y permanentes, transitorios, o con intervalos lúcidos. Y precisamente sobre estos últimos hay autores que no aceptan la existencia del delito de violación por equiparación cuando la cópula se realiza durante un estado lúcido del enfermo pues no puede decirse que en ese momento esté privado el enfermo de la razón y se apoyan en que el Código Civil en sus artículos 1307 y 1308 consideran válido un acto tan trascendental como lo es el testamento, practicado en esos periodos de lucidez, por lo que no descartan la posibilidad de que para el caso de la violación por equiparación, el sujeto pasivo se encuentre en uno de esos intervalos, en los que su voluntad adquiere validez para el derecho. Sin embargo y pese a que se puede dar, nosotros consideramos que lo difícil en estos casos es que el enfermo mental tuvo un periodo de lucidez, es precisamente la comprobación de este, ya que en el caso que señala el Código Civil, un grupo de personas (el tutor, el juez y dos médicos de preferencia especialistas en la materia) deberán dar razón del estado del enfermo, pero este diagnóstico de capacidad es antes de que se lleve a cabo el testamento, pero en el caso que es de nuestro interés, no es posible que en ese momento estén presentes las personas indicadas para dar un diagnóstico del estado del enfermo, y por otro lado quien

puede saber cuanto tiempo posterior al ayuntamiento carnal dure la lucidez del sujeto pasivo como para poder hacer dicho estudio por los especialistas.

En cuanto al segundo supuesto, que se refiere a persona que por cualquier causa no pueda resistirlo, tenemos por un lado a la víctima privada de sentido, que es el aprovechamiento por parte del agresor del estado transitorio de inconsciencia del sujeto pasivo, que, no sólo se encuentra impedido de oponerse a la conjunción sexual, sino, también de tomar conocimiento del acto repudiable de que ha sido objeto.

La causa determinante de la privación de sentido puede ser por causas traumáticas, tóxicas, patológicas o fisiológicas.

La falta de sentido puede ser provocada por el autor, o aprovechada por él habiendo encontrado a la víctima en ese estado.

Los síncope, desfallecimientos o desmayos producidos traumáticamente por causas patológicas o por extrema debilidad; el letargo o sueño patológico profundo; el sueño por narcóticos y el hipnótico; la ebriedad completa o absoluta; el estado de agonía sin lucidez, y en general, todas las situaciones que motivan estados de inconsciencia, configuran las faltas de sentido.

Sin embargo, algunos de estos estados requieren de ciertas aclaraciones, y como ejemplo trataremos solamente dos que son el sueño y el alcoholismo, así pues tenemos que respecto al primero, hay la interrogante de que si una persona en este estado puede ser accedida sin que lo advierta y sin despertarse; V. Balthazard, citado por

Luis Alberto Kvitko apunta "...otras veces, mujeres ya desfloradas y hasta vírgenes, han acusado a sujetos de haberlas violado durante el sueño natural, lo que si bien es posible en una mujer cuyas vías genitales son fácilmente accesibles y estando profundamente dormida, es materialmente irrealizable en una virgen." (89)

Por otro lado Nerio Rojas también citado por Kvitko señala " Si se trata de un sueño natural, el hecho debe ser considerado imposible tratándose de una persona virgen durmiendo en las condiciones corrientes. Pero puede aceptarse como posible la afirmación de la víctima, si se trata de una mujer de vías amplias (multipara, por ejemplo) en sueño anormalmente profundo (por gran fatiga, verbigracia). Pero puede tratarse de un sueño patológico (sería ya un coma de cualquier causa) o de un síncope. El estado de sueño por intoxicación alcohólica aguda ha provocado alguna vez estos actos. Pero no hay que considerar dentro de ello el estado menos profundo de la ebriedad en su primer periodo, como podría invocar alguna mujer. Lo mismo es para otros tóxicos " (90)

Nosotros estamos de acuerdo en que es muy difícil que una persona que se encuentra dormida no se percate de la conjunción carnal y sobre todo las que no están, habituadas a dormir con una pareja o las que son vírgenes.

En cuanto a la embriaguez consideramos que Sydney Smith citado por Kvitko señala perfectamente la problemática que encierra este punto al decirnos: "Los casos más

(89) Kvitko, Luis Alberto. La Violación. México. Editorial Trillas. 2a. Ed. 1991. Pág. 24.

(90) Ibid. Pág. 24.

difíciles son aquellos en los que se alega el empleo del alcohol, porque el primer efecto de esta sustancia consiste en disminuir la inhibición y el dominio de sí mismo, y en este estado puede otorgarse el consentimiento y llegarse a la realización del acto carnal sin mucho apremio por parte del varón. Cuando la denuncia se interpone transcurrido algún tiempo, resulta imposible muchas veces probar la intervención del alcohol, o en todo caso demostrar que se ha tomado voluntariamente o no." (91)

Al respecto estamos de acuerdo en lo difícil que resulta esta panorámica de la relación sexual, ya que es por demás conocido o sabido que el alcohol facilita la inhibición, en la que los deseos secretos o reprimidos salen a flote gracias a los efectos de éste, y si a esto le agregamos que en nuestra sociedad todavía no está bien visto que una mujer salga a un bar, fiesta, disco, etc. sola o con otras mujeres y lo que es más, que tomen alcohol, la balanza no tiene otra salida que declinarse en su contra, ya que como dice Thoinot citado por Kvitko " Pero una mujer que se deja embriagar acepta, por decirlo así, tácitamente todas las consecuencias de este acto." (92), opinión con la que no estamos de acuerdo por ser esta por demás extrema y similar a la que manejan ciertos autores sobre las prostitutas, que por el simple hecho de que se les paga, estas deben acceder a todo y por ende no hay violación.

Consideramos que este tema necesita de un análisis de todas las posibilidades en las que se puede presentar el hecho y la forma de interactuar de las partes, situación que en la realidad, le queda por demás difícil comprobar a la presunta víctima y decidir al juzgador.

.....
(91) Op. Cit. Kvitko, Luis Alberto. Pág. 25.

(92) Ibid. Pág. 25.

Para finalizar y a manera de reflexionar, nosotros nos preguntamos si acaso no es similar el hecho de que aunque ya se le haya hecho la paga a una prostituta y esta decide en el último momento, sea porque denotó conductas sádicas o algunas escoraciones en el miembro del cliente, etc. no acceder a la conjunción carnal, al hecho de que una mujer que al sentirse eufórica por los efectos primarios del alcohol, le propone a un hombre ir a un hotel, y continúan bebiendo al grado de que ésta ya no sepa más de sí misma, y este hombre recordando la sugestión inicial de ella, la lleva a un hotel, sin rectificar si aun es su deseo, o lo que es peor que ya en un estado de inconsciencia ésta ya no pueda decir ni hacer absolutamente nada; es válida la invitación inicial, es válido el hecho de que ya no siendo dueña de sí misma se le ayunte carnalmente. Nuestra respuesta a ambos cuestionamientos es no, sin embargo, lo difícil es comprobar hasta donde fue simple euforia alcohólica, hasta donde el alcohol la pudo dejar privada de sentido, y si en el último de los casos este consentimiento aparente estuvo viciado o no.

Sobre el mismo punto ahora analizaremos los casos en que la ley prevé la violación por equiparación practicado con quien no está privado de la razón y que tampoco carece de sentido, pero que sin embargo, está incapacitado para resistir, en otras palabras en personas que tengan una ineptitud física y no psíquica.

En estos casos el enfermo se da cuenta del acto sexual que en su cuerpo y en contra de su voluntad se realiza, pero no puede reaccionar por estar imposibilitado para su defensa y al igual que en los otros casos no es necesario que su victimario emplee la fuerza física o moral.

Como ejemplos de este caso esta, la parálisis generalizada más o menos completas, atonías muy extensas, estados de extrema debilidad, anemias exhaustivas

Como último punto diremos que en la violación por equiparación, se supone como elemento que el agresor obre con conocimiento de las circunstancias personales de indefensión del sujeto pasivo, es decir que este no responda penalmente sino cuando conoce el estado del sujeto pasivo. Esto se encuentra apoyado por el artículo 15 fracción VII del Código Penal el cual señala: "El delito se excluye cuando: VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible." (93)

En lo que respecta específicamente al caso de que el sujeto pasivo se encuentre privado de razón, es de advertirse que alguna de las enajenaciones mentales se manifiestan con síntomas externos inconfundibles, cuando es así o existen otros datos igualmente inequívocos, como el de encontrarse la víctima internada en un manicomio, no puede aceptarse en el agresor ignorancia, puesto que el estado del sujeto pasivo es reconocible. Lo mismo sucede cuando la víctima se encuentra desmayada, invalida, etc.

2.3.5.- Agravantes en el delito de violación

Para terminar con este estudio del marco conceptual del delito de violación veremos rápidamente lo que nos señala el artículo 266 Bis de nuestro ordenamiento penal en cuanto a las agravantes del mismo, de tal manera que dicho precepto nos dice:

.....
(93) Op. Cit. Código Penal. Pág. 19

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

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

II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasío 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, empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada." (94)

Este ordenamiento jurídico contempla los supuestos en que la violación se agrava por la concurrencia de circunstancias de diversa índole, como lo es la relación de parentesco entre autor y víctima; la que resulta del hecho de ser el autor encargado de la educación o guarda de la víctima; la condición profesional del sujeto activo y la pluralidad de autores.

(94) Op. Cit. Código Penal. Pág. 138 y 139

Así pues tenemos que la razón de ser de la agravante que señala la fracción I radica en que no obstante del abuso que se perpetra en contra del sujeto pasivo, que por sí solo ya es por demás violento y traumático, este es facilitado por otra u otras personas para el autor, al par que las posibilidades de resistencia o defensa de la víctima se reducen.

En este caso, no es preciso que los partícipes tengan acceso carnal, ni siquiera que abriguen el propósito de tenerlo; sino lo que tiene significación son los actos que denotan su intervención en la facilidad de la ejecución del hecho, verbigracia la persona que sujeta a la víctima, el que lo golpea o amenaza, etc. en tanto que uno o varios copulan con la víctima.

Este tipo de hechos por la disminución que implica en la defensa de la víctima, provocan una gran alarma social, y por demás esta el decir el daño físico y psíquico en la víctima, de ahí el plus de la pena.

En cuanto a la agravación por el parentesco el autor merece un castigo más severo que en el común de los casos, pues no sólo se vulnera la libertad sexual de la víctima, sino que ha transgredido las reglas de moralidad que debe observar todo individuo dentro de la familia, de igual manera en la fracción tercera y cuarta se sanciona con más rigor al que además de violar, transgrede los particulares deberes inherentes a su cargo o las obligaciones que voluntariamente contrajera.

Así pues, podemos considerar las agravantes como una forma de compensar la mayor indefensión del sujeto pasivo frente a individuos de los que depende material o espiritualmente, o que se aprovecha de la facilidad de acción que le brinda impartir conocimientos, relación que le permite ganar la confianza de la víctima (generalmente son niños o adolescentes), el ingreso a su casa y hasta la soledad propicia para la perpetración del delito carnal.

Para finalizar, diremos que nosotros consideramos que dentro de la agravación de la pena se debe contemplar dos aspectos más, uno que se agrave la pena por los resultados en la víctima, esto es las consecuencias lesivas que resulten de la violencia ejercida para lograr el coito o en el propio acceso carnal, estando por demás aclarar que este resultado debe ser por las consecuencias de la violación en sí misma y no de cualquier hecho vinculado más o menos directamente con ella, esto tiene su razón de petición en base a que cada vez dicho delito se perpetra con mayor brutalidad, causando serias lesiones físicas y como lo hemos mencionado ya anteriormente, causando la muerte cada vez a más víctimas, de tal manera que el agresor cada vez necesita de mayor violencia y agresividad par satisfacer sus instintos, y el otro aspecto que consideramos hay que tomarse en cuenta para su agravación y que de alguna forma va de la mano con la anterior es el aspecto de cuando se declare a un sujeto agresor como reincidente y con conducta peligrosa, ya que son personas que hacen de su conducta antisocial y degenerada su propia razón de ser, no importando el daño que puedan causar, no importándoles que las secuelas que se generan en su víctima, las deje en estado psicofisiológico de rechazo a la vida, haciendo de su víctima un muerto en vida.

CAPITULO 3

**LA REGULACION JURIDICA
DEL DELITO DE VIOLACION**

CAPITULO TERCERO

LA REGULACION JURIDICA DEL DELITO DE VIOLACION

Como hemos venido observando el delito de violación, desde tiempos remotos, ha sido uno de los delitos, que ante los ojos de las víctimas, de sus familias y de la propia comunidad, es por demás reprobado y a la vez temido; reacciones que se desencadenan por lo que la violación en sí mismo implica, por la forma tan brutal en la que se lleva a cabo, y por las secuelas que deja en la víctima.

Esta situación, ha hecho que no sólo la víctima o su familia, sino la sociedad en general, no tengan en su mente y no sea otro su deseo, que el delincuente, en este caso, el violador, sea capturado y reciba su "castigo" o su "merecido", y lo que es más, no es otro su anhelo, que él que sea capturado, para que ya no vuelva a lesionar con sus actos a otra mujer, o niño, o anciano, o joven y por otro lado, que su conducta delictiva no sea ejemplo para otros.

Esta conscientización, como nos hemos permitido llamar, a esta respuesta y necesidad imperante de la sociedad, es la que de alguna forma a influido, a nuestro convencimiento de que el violador debe tener un castigo justo por el acto vil e inhumano que comete y que no sólo lesiona a la persona que agrede, sino a toda la sociedad, por lo que al solicitar un castigo justo, nuestro objetivo está directamente relacionado a la modificación de la penalidad para el delincuente que de una u otra forma con su comportamiento ha demostrado que su conducta delictiva es reiterativa a lesionar la paz y el orden social y que además no tiene la mínima intención de su rehabilitación.

Pasemos pues, para un mejor entender al estudio de la razón de ser de la pena, su evolución y las distintas posturas de los doctrinarios.

3.1.- DEFINICION DE LA PENA.

Antes de referirnos a la definición de pena, necesariamente tenemos que mencionar a la ciencia que se encarga de su estudio, es decir, la ciencia que se ocupa de la pena.

Así pues, es la Penología la encargada del estudio de la pena, la cual según Francis Lieber, quien es el que utiliza por primera vez el término, la define como "La rama de la ciencia criminal que se ocupa del castigo del criminal, el estudio de la pena, como medio directo de la lucha contra el delito" (95).

Varios autores al referirse a la Penología, señalan que es la que se ocupa del castigo o tratamiento de los delincuentes, de su objeto o finalidad, de su historia, de su desarrollo y su ejecución, por su parte Eugenio Cuello Calón opina que la Penología tiene como objetivo: "El estudio de los diversos medios de represión y de prevención del delito (penas y medidas de seguridad) y de modo especial de su ejecución y de la actualización postpenitenciaria. Comprende, por tanto, dentro de su ámbito, el tratado de las penas y medidas privativas de libertad y su ejecución, y el de las restantes penas y medidas (pena capital, penas corporales, pecuniarias, etc.). Todo género de sanción, pena o medida, de sentido retributivo, de finalidad reformatora o de aspiración defensiva, cualesquiera que sea su clase y métodos de ejecución, caen dentro del campo de la Penología" (96).

.....
 (95) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI. Buenos Aires. Editorial Driskill. 1982.

Pág. 963

(96) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Volumen II. Barcelona, España. Editorial Bosch. 17a. Ed. 1975. Pág. 828

Así pues, vemos que el campo de la Penología de hoy en día es muy amplio al constituirlo la rica variedad de penas y medidas de seguridad, además de la actuación de las instituciones postcarcelarias, y va más allá, al abarcar también la prevención del delito, con el objeto de restablecer el orden jurídico.

En cuanto a la Pena es considerada como el medio más eficaz que tiende a reprimir una conducta determinada, ya sea en el ámbito familiar, social o cualquier otro, y es a lo largo de la historia, que han nacido diferentes hombres, diferentes conceptos, tendencias y escuelas que nos dan una definición de esta.

Inicialmente mencionaremos la etimología de la palabra pena, que al parecer proviene de las raíces latinas "poena", que quiere decir castigo o suplicio; o de "podus", peso; que puesto sobre uno de los platillos de la balanza compensa el delito que cae sobre el otro; las cuales a su vez pudieron derivarse de la griega "poine", que significa dolor físico, sufrimiento, fatiga, pesar; o de la palabra sánscrita "punia" significativo de pureza, virtud, purificación por el dolor.

Unos consideran a la pena como un sufrimiento, otros como un mal, hay quienes dicen que es un bien y otros llegan a comparar al delito con el pecado mencionando que así como para el pecado hay una penitencia, así también para el delito hay una pena, por lo que es clara la semejanza entre delito y pecado y pena y penitencia.

Por lo anterior, el término pena tiene diferentes acepciones que nos dan los estudiosos del derecho penal y que la han definido de la siguiente manera:

Eugenio Cuello Calón, al referirse a la pena señala: "Es el sufrimiento impuesto, conforme a la ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal " (97).

Para Ignacio Villalobos "Es un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico"(98).

Edmund Mezger, nos dice al respecto: "La pena en sentido estricto es, según el derecho en vigor, imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido. En tal sentido, es de acuerdo con su esencia, una retribución por el mal que ha sido cometido. (99).

Por último Ricardo Rodríguez se refiere a la pena como: "La sanción no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social". (100)

.....
(97) Op. Cit. Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. Tomo I. Parte General. Volumen II. Pág. 715.

(98) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México. Editorial Porrúa 3a. Ed. 1975. Pág. 528.

(99) Mezger, Edmund. Derecho Penal. Parte General. México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1985. Pág. 353.

(100) Rodríguez, Ricardo El Derecho Penal. México. Oficina Tip. de la Secretaria de Fomento 1902. Pág. 202.

3.2.- ANTECEDENTES GENERALES.

El origen de la pena, es por deducción tan antiguo como el delito, pues ésta surge como un mecanismo de hacerse justicia del individuo por el daño recibido, así pues el estudio de la pena a través de la historia es dividido en cinco periodos, los cuales son: el de la venganza privada, el de la venganza divina, el de la venganza pública, el periodo humanitario y el periodo científico, en donde cada uno de ellos se caracteriza por ideas penalógicas diferentes, pero sin embargo en cada etapa no imperan en forma absoluta los principios que la identifican, sino que incluye ideas que prevalecen en otros periodos, de tal forma que estos no se suceden por entero, ni puede considerarse extinguido el precedente.

Venganza Privada o de Sangre.- Nada seguro se sabe del principio que inspiraba la penalidad en los tiempos más remotos, casi todos los estudiosos del derecho afirman que en los primeros grupos humanos, cuando el poder público no tenía aún la fuerza necesaria para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de una venganza, la cual ya fuera realizada de manera individual o por un grupo familiar contra otro, no puede considerarse como una forma de reacción propiamente penal, sino es puramente personal, por lo que la sociedad permanece extraña e indiferente a ella. "Solamente cuando la sociedad se pone de parte del vengador, reconoce la legitimidad de su venganza y le ayuda en caso necesario, es cuando puede hablarse de una venganza privada equivalente de la pena" (101).

.....
(101) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Volumen I.

La venganza dio origen a sangrientas guerras privadas que ocasionaron el exterminio de numerosas familias ya que los vengadores no reconocían limitación alguna y causaban al ofensor o a su familia todo el mal posible.

Con el tiempo apareció una restricción a la venganza privada, siendo esta el Talión, según el cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima, es decir, la venganza solo podía ser de la misma medida que la ofensa, su fórmula fue " ojo por ojo, diente por diente "

Posteriormente apareció la Composición, que fue otra forma de limitación a la venganza privada, mediante la cual el ofensor y su familia compensaban el daño causado por medio de pagos (cosas o animales) que hacían a las víctimas o familiares de éstas, comprándose de esta manera el derecho a la venganza que tenía la parte ofendida y por ende extinguiéndose este.

Venganza Divina. En este periodo, el delito era considerado en sus consecuencias como una ofensa a la divinidad, la represión tendía a aplacar al dios irritado por el delito cometido y sólo con la aplicación del castigo se restablecía la tranquilidad social al eliminarse la amenaza de la deidad ofendida.

En este sistema teocrático, los sacerdotes aplicaban las penas en nombre de los dioses y la expiación del infractor purificaba su alma del daño cometido.

Venganza Pública. En esta época encontramos que la represión penal aspira a mantener, a toda costa, la paz y la tranquilidad social, fin que intenta conseguir mediante el terror y la intimidación que causa la ejecución de duras penas.

En este periodo aparecen las leyes más severas y crueles, en donde se castigan con la mayor dureza no sólo los crímenes más graves, sino hechos que en

nuestra actualidad son indiferentes como los es la magia, la cual se juzgaba por tribunales especiales con un rigor por demás inhumano. Dentro de estas penas encontramos la de muerte, mutilaciones, la hoguera, la decapitación, el garrote, pecuniarias impuestas en forma de confiscación y se crearon los calabozos y las galeras.

En la administración de justicia encontramos que reinaba la más irritante desigualdad, ya que a los nobles se les imponían las penas suaves y a los plebeyos se reservaban los castigos más duros y severos, aunado a que los tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados.

Periodo Humanitario.- A finales del siglo XVIII aparece la época histórica en la que dominó la inteligencia y a la que se le ha dado el nombre de "iluminismo", el cual fue promovido por ideas renovadoras de Loke, Hobbs, Voltaire y otros, en materia no sólo política y social, sino también en la humanización de los sistemas punitivos, y sobre este último punto su abanderado y principal representante fue Cesar Beccaria con su obra "De los delitos y de las penas"

En este libro, Beccaria reprueba la aplicación de suplicios y tormentos, pugna por la prohibición de la pena de muerte, "Sostiene que los delitos deben estar claramente establecidos por las leyes, y sólo los jueces pueden declarar su violación. Las penas deben ser públicas, prontas, necesarias, proporcionadas al delito y nunca atroces"(102). Admitió, además, la protección del delincuente mediante el respeto de específicas garantías procesales.

(102) Cortés Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal. Parte General. México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 3a. Ed. 1987. Pág. 25

Así pues, con el derecho penal proveniente de la reforma de Beccaria, el derecho penal humanitario-individualista, suavizó las penas, aboliendo la de muerte en unos países y en otros reduciendo los casos de aplicación; hizo desaparecer casi en todas partes, las penas corporales y las infamantes, erigió la pena de prisión en base del sistema penal, constituyó cárceles adecuadas para el tratamiento humano de los presos, aspiró a la reforma del condenado para cuyo fin organizó un sistema de penas con sentido correccional y llegado el momento de su libertad le asistió y vigiló mediante las sociedades de patronato que creó en todas partes.

Sin embargo este sistema pese a sus buenas intenciones fracasó por completo, siendo estas causas según Cuello Calón por un lado en "...la defectuosa manera de enfocar el problema represivo prescindiendo del delincuente tal y como lo es, concibiéndolo como un tipo irreal imaginado por la razón, y organizando la pena, no como una medida de la defensa social contra el delito sino como un sistema abstracto debido a la ciencia de los criminalistas. Por otra parte el derecho penal de esta época pecó por exceso de generalización y tomando como punto de partida el tipo ficticio y convencional del hombre razonable, ha creído fundidos en el mismo molde a todos los delincuentes y susceptibles de ser enmendados por la misma pena "(103).

(103) Op. Cit. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General. Volumen II. Pag. 63

Período Científico.- Este período se inicia como un movimiento orientado contra las ideas del período humanitario.

Se caracteriza, por la honda transformación en el derecho penal a causa de la aparición de las llamadas ciencias penales (Antropología Criminal, Sociología Criminal, Endocrinología Criminal, etc.) que integran la amplia disciplina denominada Criminología y que han influido notablemente en la concepción del delito, el delincuente y la pena.

En este período el delito, además de constituir un concepto eminentemente jurídico, tiene como causas, factores de tipo social e individual, el delincuente, al realizar su conducta ilícita, externa su personalidad antisocial y la pena, persigue la prevención general de la criminalidad, el Estado procura la corrección o resocialización del delincuente, previniendo en lo particular la futura comisión de actos delictivos, por ello, se destaca como principio básico, la adecuación de la pena a la personalidad del delincuente tomando también en consideración las circunstancias en que se ejecutó el hecho punible.

Como se podrá observar en este período se conserva el espíritu de la individualización de la pena que caracterizó al período humanitario.

3.3.- TEORIAS QUE FUNDAMENTAN LA PENA.

Los cuestionamientos que buscan el origen y la necesidad de la pena constituyen un problema de filosofía jurídica, toda vez que se busca e indaga la razón última.

Sobre este problema filosófico se han elaborado numerosas doctrinas que tratan de justificar la pena, reduciéndose a tres grandes teorías, a saber : Absolutas, Relativas y Mixtas.

3.3.1.- Teorías Absolutas

Para los pensadores que comulgan con esta corriente, la pena es la consecuencia necesaria e inevitable del delito, teniendo un carácter eminentemente reparador o retributivo. La pena carece de una finalidad práctica, se aplica por la exigencia de la justicia absoluta, si el bien merece el bien, el mal merece el mal. así pues encuentra su fundamento en sí misma, es una consecuencia necesaria e ineludible de la comisión del delito, ya sea porque este deba ser reparado, ya sea porque deba ser retribuido; por una u otra razón, lo fundamental es que la pena sigue tan necesariamente al delito, como la causa al efecto, y esta es precisamente la razón de su aplicación, ya que ninguna consideración de carácter utilitario o externo a esa necesidad puede valer para impedir la aplicación de la pena; su razón está toda en el delito cometido, punitur, quia peccatum est (se castiga, a causa del hecho cometido).

Como ya se mencionó, la Teoría Absoluta ha sido subdividida en dos grupos: Teoría de la reparación y Teorías de la retribución.

La teoría de la reparación considera que el delito es un mal que puede ser curado y que puede repararse y que la pena es el único medio de reparación.

Para la Teoría de la retribución, el delito es un mal definitivo e irreparable, por lo que, al mal del delito le sigue la alicción o sufrimiento de la pena, a fin de que se restablezca el orden jurídico y se logre la paz social.

A nuestro juicio quien da un claro panorama de lo que implica la retribución es Cuello Calón al decirnos que " La pena es justa retribución del mal del delito

proporcionada a la culpabilidad del reo. La idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida. Como paradigma de justicia, la retribución es una idea universal firmemente arraigada en la conciencia colectiva que reclama el justo castigo del culpable, concepción altamente propicia a los intereses sociales, que conserva y vigoriza en la masa del pueblo el sentido de justicia y da a la represión penal un tono moral que la eleva y ennoblece

La pena es siempre retribución. No importa que aspire a una función de prevención general alejando del delito a los miembros de la colectividad por miedo al sufrimiento que inflige, o que se proponga la reforma del penado, no obstante estas aspiraciones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo. La retribución no es, como algunos la reprochan, una venganza encubierta, no aspira como éstas a obtener satisfacción por el agravio sufrido, sus fines son más amplios y elevados; mantener el orden y el equilibrio, que son fundamento de la vida moral y social, y protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito, aspiraciones que no son, como ciertas doctrinas sostienen, ideales y abstractas, sino reales y tangibles⁽¹⁰⁴⁾.

(104) Cfr. Cit. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I. Parte General. Volumen II. Pág. 717 y 718.

3.3.2.- Teorías Relativas.

A diferencia de los pensamientos anteriores, para estas teorías, la pena no es retribución, ni se justifica en sí misma, sino en la finalidad que persigue.

Mientras para las teorías absolutas la pena es, en sí misma un fin, para esta segunda corriente, es un medio.

Estas teorías le atribuyen a la pena un fin determinado, otorgándole un objetivo utilitario, que se establece de acuerdo a la prevención, corrección o principalmente de defensa social, así pues la pena es una necesidad social y persigue la corrección del delincuente por medio de sistemas primordialmente educativos.

Estas teorías tratan de hacer más versátil la función punitiva del Estado, realizando una función preventiva en el delincuente mediante el castigo y en la colectividad mediante la ejemplaridad, así pues encontramos dos vertientes, que son, por un lado una prevención especial o individual, la que es realizada por la acción penal, cuando actúa sobre el penado, sobre el sujeto que cometió el delito, reformándolo y procurando su corrección y su readaptación social; a fin de que no vuelva a delinquir y por otro lado una prevención general que se ocupa de la sociedad en conjunto, ejerce una función de intimidación, aspirando a alejar a la colectividad de la comisión de delitos por el temor a la pena.

3.3.3.- Teorías Mixtas.

Estas teorías procuran armonizar las dos posturas anteriormente expuestas

Señalan como el criterio más aceptable, desde el punto de vista de lo que la pena es en sí, que esta tiene una naturaleza retributiva pero que esta esencia retributiva

no implica o impide que tenga diversas funciones, dependiendo de la etapa por la que atraviesa, esto es, mientras está en la ley, es una amenaza del Estado para quienes la violen; en una segunda etapa, el juez la aplica a quienes se han hecho merecedores de ella al realizar un hecho delictivo, y finalmente en una tercera etapa se ejecuta.

Así pues tenemos que: a) La pena, en cuanto es amenaza contenida en la ley, tiende a ejercer coacción psicológica sobre la colectividad, sobre el total de la sociedad, con el propósito de mantener el orden jurídico establecido por el Estado. La función de la pena en esta etapa es de prevención general.

b) La pena al ser aplicada por el juez, es una retribución, o más exactamente una compensación jurídica, pues es el momento en que para el derecho, se restablece el orden jurídico. Sobre este orden jurídico Fontán Balestra nos dice " No debe entenderse por restablecimiento del orden jurídico la vuelta de las cosas a su estado anterior al delito, sino el restablecimiento del imperio del derecho"(105).

La pena en esta segunda etapa, también tiene la función de castigo, pero entendida la palabra castigo no como un mal o sufrimiento, sino como un llamado a la reflexión, como una medida tendiente a evitar que el hecho se repita.

c) En la tercera etapa, es cuando la pena se cumple, siendo el fin que se persigue la enmienda y reeducación del condenado. La función de la pena en esta etapa es la prevención especial.

(105) Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. Buenos Aires, Argentina. Editorial. Abeledo Perrot. 2a. Ed. 1990. Pág. 247.

Señalan como requisitos indispensables para poder llevar a cabo esta función, que las autoridades al momento de imponer la pena deben adaptarlas a la personalidad del condenado, los establecimientos en donde se cumpla la pena, deben ser adecuados a efecto de permitir la observación de las actividades espontáneas del recluso y por último el personal carcelario debe estar capacitado para apreciar cuales son las fallas en la personalidad del condenado, del modo de orientar en tal sentido su reeducación.

3.4.- FIN DE LAS PENAS.

El Derecho penal, ha considerado necesario delimitar el fin de la pena, es decir, el objetivo que se persigue con su imposición, y para un mejor entendimiento acudiremos a los estudiosos del derecho para que nos den un panorama más claro al respecto.

Francisco Carrara que es citado por Ricardo Abarca nos dice que "El fin de la pena no consiste en que se cumpla la justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que el daño sufrido por él sea reparado, ni en que los ciudadanos sean intimidados, ni en que el culpable expie su falta, ni en que se obtenga su enmienda; todas estas cosas pueden ser consecuencias accesorias de la pena y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la pena sería un acto inatacable aun cuando todos estos resultados faltaran. El fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad";(106).

.....
(106) Abarca, Ricardo. El Derecho Penal en Mexico. México Editorial Jus 1941.

Agrega este mismo autor " El peligro de la víctima ha pasado, puesto que se ha convertido en un mal efectivo, pero el peligro de todos los ciudadanos es ahora presente, el peligro de que el culpable si se le deja impune, renueve contra otros su hazaña, y el peligro de que otras personas estimuladas por el mal ejemplo se propongan a su vez violar la ley "(107).

De lo anterior se deduce que la aplicación de la pena, lleva implícita la corrección del culpable, la advertencia para aquellos que tienen tendencias antisociales delictivas y al mismo tiempo, brindar a los hombres buenos y honestos la sensación de tranquilidad y de seguridad.

Por su parte, el jurista Edmundo Mezger, señala que el fin de la pena es la prevención del delito y nos dice que esta se puede realizar por dos caminos, o sea, actuando sobre la colectividad con un fin pedagógico social, o actuando sobre el individuo para evitar que el delincuente cometa futuros delitos, no siendo otra cosa que la prevención especial y prevención general de la que ya hablamos en párrafos anteriores.

Por último Cuello Calón nos dice que los fines de la pena son los siguientes:

" Obrar sobre el delincuente creando en él, por temor al sufrimiento que contiene, motivos que le aparten del delito en el porvenir (intimidación), y, sobre todo, como finalidad preponderante, cuando son posibles y necesarias, aspirar a su reforma y reincorporación a la vida social (corrección).

(107) Op. Cit. Abarca, Ricardo. Pág. 383 y 384

Si el delincuente es insensible a la intimidación y no es susceptible de reforma, la pena debe procurar su separación de la comunidad social (eliminación)."(106)

Quisimos tratar tanto el punto de las teorías de la pena como el de el fin de la pena para dar nuestro punto de vista, pero en forma conjunta y genérica de ambos aspectos, pues a nuestro juicio van más que de la mano uno con otro.

Nosotros consideramos que el tratar y entender el tema de la pena es por demás complicado y delicado, ya que al verse involucrado el ser humano que es el objetivo de la misma, es difícil saber con exactitud pese a teorías, fines, ideas, conceptos, etc., cual va a ser la verdadera respuesta tanto de la colectividad como del individuo o del delincuente ante la pena, esto es, que tanta capacidad de enmendar, corregir, prevenir, intimidar, retribuir, compensar, etc. van a causar las penas y medidas de seguridad que se encuentran enmarcadas en la ley y que se encuentran como anuncio de lo que les puede ocurrir en caso de delinquir o las que de forma particular ya fueron aplicadas a cada sujeto activo.

En base a esa complejidad, en términos generales el concepto que nos llamó más la atención es el que maneja Carrara y para lo cual nos permitiremos citar de nuevo:

" El fin de la pena no consiste en que se cumpla la justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que el daño sufrido por él sea reparado, ni en que los ciudadanos sean intimidados, ni en que el culpable expie su falta, ni en que se obtenga su enmienda, todas estas cosas pueden ser consecuencias accesorias de la pena y algunas

(106) Op. Cit. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Volumen II.

de ellas pueden ser deseables, pero la pena sería un acto inatacable aun cuando todos estos resultados faltaran. El fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad." y añade " El peligro de la víctima ha pasado; puesto que se ha convertido en un mal efectivo, pero el peligro de todos los ciudadanos es ahora presente, el peligro de que el culpable si se le deja impune, renueve contra otros su hazaña, y el peligro de que otras personas estimuladas por el mal ejemplo se propongan a su vez violar la ley"(109).

Es innegable que cuando la sociedad tiene conocimiento de la comisión de un delito se ve afectada, y se da una mezcla de sentimientos que pueden ser de temor, cólera, irritabilidad, deseo de justicia, sed de garantías, ansiedad de tener paz social, etc., y cuando la comisión de estos delitos sobre todo los que de alguna manera impactan más a la sociedad, no son perseguidos o sus autores no son sancionados, ésta, la sociedad se siente a disgusto, se siente desestimada en su propio valer, mientras no se encuentre y castigue a los responsables.

Estas reacciones sociales, de alguna manera llevan implícito el deseo de que al momento de sancionar a un delincuente se retribuya el mal causado, y como dice la teoría absoluta de la retribución el bien con el bien se paga, el mal con el mal, porque es innegable que la sociedad tiene en su conciencia que al delincuente con la pena se le causa una aflicción o sufrimiento, y este sentimiento en la sociedad es el que de una u otra forma hace que se de la paz social y se mantenga el orden, porque de lo contrario la justicia volvería a tomarse en las manos de cada agraviado o de sus familiares como en la época de la venganza primitiva.

(109) Op. Cit. Abarca, Ricardo. Pág. 383 y 384.

Por otro lado la aplicación de la sanción al delincuente restablece el orden externo de la sociedad como nos dice Carrara, ya que se deja sin posibilidad al delincuente de repetir sus actos lesivos en contra de más personas, y seguir violando la ley, lo cual crea a nuestro punto de vista de alguna manera tranquilidad de que cuando menos, ya no hay en las calles un violador (es en cuanto a nuestro tema) asechando a mujeres, niños, ancianos, etc.

Así mismo también estamos de acuerdo con Carrara que la rehabilitación, reeducación, corrección, etc. de los delincuentes va implícita en la pena, aunque consideramos que hay penas que por su naturaleza excluyen su fin de corrección o reformador, que son la pena de muerte, las pecuniarias y las privativas de la libertad que tienen una duración breve y que por tanto impiden desarrollar un tratamiento reeducador; por otra parte consideramos que de modo especial los delincuentes habituales, reincidentes o profesionales, tampoco son candidatos viables a la rehabilitación, pues son refractarios al mismo y sería ineficaz para ellos.

Para finalizar diremos que no estamos en contra de la corrección o rehabilitación de los delincuentes, pues además de ser loable, sería lo más sano para el país desde cualquier punto de vista pero por lo anteriormente expuesto y por la capacidad de nuestro personal penitenciario y de las propias penitenciarias o reclusorios, lo vemos muy lejano y sólo plasmado en papel, no ahondando más al respecto por ser materia de otro tema de estudio. Es así que manifestamos de nueva cuenta nuestra afinidad al pensamiento de Carrara en cuanto a que el fin primordial de la pena es que se mantenga el orden en la sociedad, y con ello la paz, tranquilidad, seguridad y libertad.

3.5.- CARACTERISTICAS DE LA PENA.

Para lograr sus fines la pena, requiere de ciertas características que le ayuden a cumplir con su objetivo, es decir, que le sirvan para conseguir y hacer efectivos estos.

En este sentido encontramos que cada autor señala las características que de acuerdo a su criterio tiene la pena, por lo que consideramos más demostrativo el mencionar las características más representativas para la mayoría de ellos, siendo las siguientes:

a) Intimidatoria.- Debe causar miedo, temor o preocupación a los sujetos para no delinquir, esto es que para que sea intimidatoria la pena debe causar aflicción, pues nadie se amedrentaría con la promesa de algo agradable o que cause indiferencia,

b) Ejemplar.- Debe servir de ejemplo tanto al individuo como a la sociedad en conjunto, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal, adviertan que la amenaza es efectiva y real y así prevenir otros delitos, así pues para que sea ejemplar debe hacerse pública para el conocimiento de los ciudadanos,

c) Correctiva.- Debe tender a producir en el penado la readaptación a la vida normal y cotidiana, mediante los tratamientos curativos y educativos adecuados, impidiendo así la reincidencia,

d) Eliminadora.- Ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles,

e) Legal.- Debe provenir de una norma legal, existiendo previamente la ley que le da existencia (nulla poena sine lege),

f) Justa.- La pena no debe ser excesiva en duración o dureza, ni tampoco debe ser menor, sino la que corresponda exactamente al caso que se trata,

g) Remisible.- Para poder darla por concluida cuando se demuestre que se impusieron por error o que han llenado sus fines,

h) Reparable.- Esto es, que se pueda hacer una restitución total en caso de error,

i) Iguales.- En cuanto a que deben mirar sólo a la responsabilidad y no a categorías o clases sociales o de personas, y procurar efectos equivalentes, ya que por ejemplo no hay igualdad en poner una multa de NS 1,000.00 a un indigente que a un potentado o magnate,

j) Personales.- Esto es, que sólo se aplique al responsable, al que realizó el delito,

k) Elásticas.- Para que sea posible individualizarlas en cuanto a su duración o cantidad,

l) Varias.- Para poder elegir entre ellas la más propia para cada caso.

3.6.- INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

Los excesos, la crueldad y la falta de humanitarismo que se dieron en las distintas etapas por las que atravesó la pena, generaron en el hombre y en la sociedad el ánimo de que las penas se impongan en relación directa a la naturaleza y gravedad del delito, a la personalidad del agente y a su peligrosidad social, combinado esto con la base legal y el arbitrio de los jueces.

Es así pues que sin que se le llamara individualización, como actualmente se conoce, surgen las primeras formas de ésta al propugnar porque la pena fuera proporcional al delito (escuela clásica), posteriormente se impone la idea de que el delincuente no es una abstracción jurídica, sino que el delito era una acción cometida por el hombre y por tal razón debía considerarse al autor del mismo en la individualización de la pena (escuela positiva).

Para la mayoría de los doctrinarios las bases para la individualización de la pena son: la estimación del delito en toda su objetividad, la de la culpabilidad del agente, y la de los móviles del hecho, así como las condiciones personales del reo, o lo que llaman la conducta posterior a la infracción.

Sin embargo, el proceso de individualización de la pena, no es cosa fácil, pues entre más se trata de realizar una verdadera justicia, más difícil resulta llevarla a cabo debido a la variedad de elementos que involucra, siendo uno de ellos las características de las personas encargadas en realizar esta función (jueces), y por otro lado y no menos complicada, las distintas personalidades de los delincuentes, en los que ha influido el medio, el modo de vida, la educación recibida, la religión, el sexo, la familia, etc., y todos aquellos factores que pueden modificar su personalidad

La doctrina divide la individualización de la pena en tres fases: la legal, la judicial y la administrativa.

1) Fase legislativa. - Es la que de antemano formula la ley, es la que realiza el legislador cuando preestablece distintas clases de penas o de medidas, sea con relación al hecho o al sujeto, de manera que el juez encuentra hecha ya una clasificación de alguna manera individualizante, aunque hay doctrinarios que opinan que no se puede hablar de una individualización propiamente, sin embargo la ley dispone de diversas reglas generales que han de graduar la responsabilidad según la infracción se cometa con dolo o con culpa, que se consume o que se quede en tentativa, el grado de participación que cada sujeto haya tenido en la realización de los hechos, los antecedentes de cada reo que le presenten como delincuente primario, como reincidente, como habitual o como profesional en el delito. Al respecto Sebastián Soler nos dice " Diremos que en la ley son elementos individualizadores aquellos que, no obstante corresponder a un mismo delito, determinan consecuencias distintas, según las circunstancias y el sujeto que lo haya cometido" (110) y agrega " La ley, claro está, debe conservar siempre su carácter de principio abstracto y genérico, y siendo así, no puede ir más allá de separar genéricamente categorías de hechos y de sujetos"(111).

Así pues, encontramos en el código la idea de favorecer esa adaptación de la pena al caso particular, al encontrar distintas penas y medidas con sus máximos,

(110) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino II. Buenos Aires, Argentina. Editorial Argentina. 3a Ed. 1973. Pág. 416.

(111) Ibid. Pág. 416

mínimos agravantes y atenuantes, entre las cuales el juzgador pueda elegir y determinar la que corresponda más justamente a cada caso

El artículo 24 del Código Penal nos señala las penas y medidas de seguridad que pueden usarse y que a la letra dice:

" Artículo 24.- Las penas y medidas de seguridad son:

- 1.- Prisión
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- Sanción pecuniaria.
- 7.- Derogado (D.O.F. del 13 de enero de 1984).
- 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 9.- Amonestación.
- 10.- Apercibimiento
- 11.- Caucción de no ofender.
- 12.- Suspensión o privación de derechos.
- 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- 14.- Publicación especial de sentencia.
- 15.- Vigilancia de la autoridad
- 16.- Suspensión o disolución de sociedades
- 17.- Medidas tutelares para menores
- 18.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito

Y las demás que lijen las leyes" (112)

2) Fase judicial.- La individualización judicial es la que hace el juez cada vez que en su sentencia señala la pena que corresponde al infractor.

La mayoría de los doctrinarios la comprenden como la fase más importante y la de verdadera y no de falsa individualización, ya que es en esta, que el juez determina la sanción penal o el tratamiento adecuado a las características intrínsecas del delincuente. Así, el juez, que es el encargado de hacer la apreciación judicial, tendrá la difícil tarea de conocer la verdadera personalidad del delincuente, disponiendo para ello de todos los elementos necesarios tanto humanos como técnicos y materiales que le puedan ayudar en el conocimiento y esclarecimiento de su esencia, las características y hechos que rodean el delito, los fines y efectos de la pena y en los más de los casos el índice de criminalidad

Así pues tomando en cuenta las condiciones específicas e individuales de cada caso, el juez deberá analizar fundamentalmente tres grandes aspectos:

a) El delito.- Con todas sus características y consecuencias particulares, los daños morales y materiales causados, las circunstancias concretas de ejecución, la naturaleza y la gravedad del hecho realizado, etc.

b) El delincuente.- Su personalidad, sus móviles, el riesgo que corrió en la comisión del delito, su peligrosidad o temibilidad social: si es un delincuente primario, reincidente o habitual, su conducta posterior al ilícito, etc.

.....
(112) Op Cit. Código Penal. Pág. 21

c) El ofendido.- El peligro corrido, el daño o perjuicio recibido, sus relaciones con el agente, etc.

En este estudio profundo que hace el juez, debe hacer valer su sensibilidad y preparación, ya que de tal estudio depende no solamente establecer la cantidad de pena que sea justa en cada caso concreto sino también la posibilidad de dirigirla a los fines de la recuperación social, o bien, a la condena condicional, a la libertad por falta de méritos o a la libertad bajo fianza, etc.

Aunado a la difícil tarea de determinar la sanción o tratamiento más adecuado a cada caso en particular, se encuentran las características personales del propio juez, tales como su preparación criminológica, el amplio o restringido criterio que utilice para juzgar, las experiencias en el ámbito profesional, que en un momento dado pueden influir en la apreciación del caso, etc.

El arbitrio de que gozan los jueces, es otorgado por los artículos 51 y 52 del Código penal, y los cuales nos permitimos mencionar.

"Artículo 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y los tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial."(113)

(113) Op. Cit Código Penal, Pág. 31.

"Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

- I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto,
- II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;
- III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;
- IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;
- VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, y
- VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma"(114)

3) Fase administrativa.- En esta fase se lleva a cabo la sanción o el tratamiento impuesto por el juez, es decir, la ejecución de la sanción impuesta mediante la individualización judicial y de la que dependerá la corrección o readaptación del delincuente al medio social

.....
(114) Op. Cit. Código penal. Pág. 31 y 32.

La fase administrativa no tiene carácter jurídico-penal, sino primordialmente psicológico, social, administrativo, etc.

3.7.- PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Como ya hemos visto, a la comisión de un delito le corresponde la aplicación de una pena, pero en algunos casos, se requiere además o en lugar de ella, la aplicación de una medida de seguridad.

Irma Amuchategui nos dice respecto a la noción de las medidas de seguridad lo siguiente: " La medida de seguridad es el medio con el cual el Estado trata de evitar la comisión de delitos, por lo que impone al sujeto medidas adecuadas al caso concreto con base en su peligrosidad; incluso se puede aplicar antes de que se cometa el delito, a diferencia de la pena"(115)

Las medidas de seguridad aparecen en el código de 71, con el nombre de medidas preventivas y en términos generales podemos decir que son aquellas que sin valerse de la intimidación como las penas y por tanto sin tener carácter definitivo, buscan el mismo fin que estas o sea el de prevenir futuros ataques a la sociedad o actos delictivos de parte de un sujeto que tiene determinadas características que lo llevan muy de cerca a la tendencia delictiva.

(115) Amuchategui Requena, Irma G. Derecho Penal. México Editorial Harla. 1993.

Por tanto la diferencia entre pena y medida de seguridad radica en que las penas llevan consigo la idea de expiación y retribución, mientras que las medidas de seguridad, que no tiene carácter afectivo alguno, intentan de manera fundamental la evitación de nuevos delitos.

Sobre si las penas y medidas de seguridad son lo mismo o no, los penalistas discrepan y se manifiestan en tres posturas basicamente:

a) Afirman que entre las penas y las medidas de seguridad no cabe diferencia alguna, ya que ambas son formas punitivas que el Estado utiliza en la lucha contra la delincuencia, ambas se proponen la defensa social y dicen que tanto unas como otras presuponen un hecho ilícito y se aplican atendiendo a la peligrosidad del delincuente.

Cuello Calón al respecto nos dice " Las penas aun cuando esencialmente poseen un sentido retributivo y de prevención general, también asoiran con frecuencia a una finalidad reeducadora, y las medidas de seguridad además de su naturaleza preventiva se le reconoce un indudable carácter afectivo e incluso intimidativo, es decir, rasgos peculiares de prevención general"(116).

b) Este grupo afirma que entre ambas hay diferencias notables, ya que la pena es de carácter retributivo y represivo, posee un carácter de prevención general, es compensación jurídica, en cambio las medidas de seguridad miran a la prevención especial, aplicándose exclusivamente a inimputables, y ponen como ejemplo la reclusión en establecimientos especiales de locos y menores infractores.

.....
(116) Op. Cit. Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. Tomo I. Parte General. Volumen II.

Además de esta postura hay autores como Ricardo Abarca que al respecto nos dice que "...dentro de nuestro derecho, no es posible confundirlas con las penas, porque respecto de éstas rige la norma del artículo 14 de la Constitución, de que cada pena debe estar fijada por la ley para cada delito, en tanto que las medidas de seguridad, o son prevenciones generales para todos los delitos, o bien, se aplican a ciertas especies legales de delinquentes; de donde resulta ser necesario que las medidas de seguridad sean indeterminadas en cantidad"(117)

c) Este tercer grupo concibe a las medidas de seguridad como complemento de la pena, en su función de prevención especial, o ya como formas específicas aplicables a inimputables. Entre estas medidas que complementan a la pena encontramos por ejemplo la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, la prohibición de ir a lugar determinado, etc.

Al respecto, nosotros coincidimos en que tanto las penas como las medidas de seguridad son los medios que el Estado utiliza contra la delincuencia para reimplantar el orden social que es quebrantado cuando se comete un delito, sin embargo está perfectamente delimitado que el campo en el que operan las medidas de seguridad es básicamente para los inimputables o para los que hacen uso habitual de drogas, enervantes, etc., o para delinquentes primarios o personas que sin haber cometido el ilícito se denota cierta factibilidad de que lleguen a cometerlo, por lo que para el caso concreto del delito que es objeto de este trabajo, las medidas de seguridad son un complemento de la pena como se señala en los casos contemplados en el artículo 266

(117) Op. Cit. Abarca, Ricardo. Pág 431.

Bis, fracciones II y III al destituir o suspender de sus funciones o empleos a los que cometen este ilícito, sin embargo para el violador que disfruta y siente satisfacción por el acto cometido y que además aprueba su acción, no obstante de estar consciente de lo perjudicial que resulta para la sociedad y para él mismo las consecuencias que genera su conducta, y más aberrante aún cuando sus actos los lleva a cabo en forma reiterada y cada vez con mayor lujo de violencia, en este caso, no es sino únicamente merecedor de una pena justa y proporcional al daño que realiza, en virtud de que el violador que repite esta conducta antisocial obtiene, mayor poderío y admiración, volviéndose una persona cínica, desvergonzada, sobrestimada, prepotente y autoritaria. Además se manifiesta con una pérdida total de valores morales y sexuales. Agravándose aún más, cuando el delincuente logra evadir la acción de la justicia y cuando se llega a procesar a este tipo de delincuentes, estos conservan su actitud de cinismo y satisfacción, sin demostrar el mínimo arrepentimiento, por el contrario, se burlan y humillan a su víctima, tanto en el momento de consumar su acción, como durante el proceso.

Por todo esto, podemos afirmar que el violador reincidente es un delincuente que daña por dañar, y que no sólo lesiona y ataca a su víctima sino a toda una sociedad, que anhela para sus niños, mujeres, hombres, ancianos y jóvenes, vivir en paz y tranquilidad, pero sobre todo una sociedad que día con día aclama y exige seguridad y justicia

CAPITULO 4

**LA VALORACION CONDUCTUAL
EN EL TIPO PENAL**

CAPITULO CUARTO

LA VALORACION CONDUCTUAL EN EL TIPO PENAL

4.1.- FRECUENCIA DEL COMPORTAMIENTO DELICTIVO.

No cabe la menor duda, que el momento por el que atraviesa el país y el mundo en general es un tanto desalentador y complicado, con una sobrepoblación, analfabetismo, hambre y miseria y un avance tecnológico que por un lado está sustituyendo y despojando al hombre de sus fuentes de trabajo y por otro lado lo está destruyendo a él y al medio ambiente. Este panorama de nuestra realidad es el que en gran medida alienta a la delincuencia y sobre todo a que esta crezca en forma desproporcionada e incontrolable, lo que en un momento dado nos hace concebir la idea, no con esto justificar, sino sólo concebir y en un momento dado entender el hecho que una persona delinca por necesidad esto es, que robe por hambre propia o la de sus hijos, o robe para abrigarse de la intemperie, o aún más grave el hecho de matar en legítima defensa, pero lo que si no concebimos de ninguna manera es el hecho de que una persona a través de la violencia ultraje, veje y humille a otra, sin razón de ser, e impulsados solo ellos saben por que deseos o instintos, como lo es el caso de la violación, y que con su actuar anulan y destruyen la libertad, sexualidad, deseos, salud mental y física, y cada vez con mayor frecuencia la vida de sus víctimas.

Así pues, ante el problema de la delincuencia encontramos a sujetos que con su actuar causan un mayor o menor daño a la sociedad, dependiendo del grado de agresividad o violencia con que llevan a cabo el ilícito, las secuelas dejadas en la víctima y familiares, y la periodicidad y número de veces que este sujeto transgrede la ley.

Es en este sentido que encontramos sujetos que en toda su vida cometen un delito, otros que cometen varios y otros que hacen del delito su forma de vida y su razón de ser, dentro de esta frecuencia delictiva encontramos a los siguientes grupos:

Los **primodelincuentes**, son aquellos sujetos que delinquen por primera vez,

Los **reincidentes**, dentro de este grupo se encuentran los sujetos que delinquen por segunda vez, siempre y cuando haya sido sentenciados por el primer delito.

Reincidir significa gramaticalmente "volver a incurrir, recaer".(118), y en nuestra materia debe entenderse como volver a delinquir, volver a dejar o abandonar el buen camino, todo aquel que no es delincuente primario. Esta figura se encuentra contemplada en el artículo 20 de Código Penal y a la letra dice:

" Artículo 20.- Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este código o leyes especiales".(119).

De este ordenamiento se desprende que para que exista la reincidencia es indispensable la concurrencia de tres requisitos:

1 - Condena ejecutoria previa, dictada en la República o en el extranjero;

(118) Op. Cit. Pequeño Larousse Ilustrado. Pág. 885.

(119) Op. Cit. Código penal. Pág. 20.

- 2.- Cumplimiento o indulto de la sanción impuesta, y
- 3.- Que la última infracción se lleve a cabo dentro de un plazo igual al de la prescripción de la pena impuesta antes, contando desde el cumplimiento o indulto de la misma.

Así mismo los artículos 22 y 23 del mismo ordenamiento nos señalan:

" Artículo 22.- En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos; o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable". (120).

" Artículo 23.- No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por inocente". (121).

La reincidencia puede ser de dos tipos: genérica o específica:

Reincidencia genérica.- Es aquella en donde el agente delinque por segunda vez, al cometer un delito de naturaleza diferente de la del primero, por ejemplo, el primer delito fue patrimonial y el segundo sexual.

Reincidencia específica.- Se presenta cuando el primero y el segundo delito son de la misma naturaleza, por ejemplo, ambos son delitos contra la salud.

Al respecto de la reincidencia quisiéramos tratar brevemente dos puntos que normalmente son de discusión entre los doctrinarios:

.....
(120) Op. Cit. Código penal. Pág. 20.

(121) Ibid. Pág. 20.

En primer término tenemos la siguiente reflexión a: ¿ Qué clase de reincidencia es más grave, la genérica o la específica ?. Al respecto, hay quienes opinan que la genérica es más peligrosa en virtud de que revela mayor variedad de aptitudes delinquentes, el segundo grupo opina que es la específica, pues esta demuestra la existencia de un impulso profundamente arraigado y es la base de la delincuencia habitual, y por último el tercer grupo maneja una postura intermedia y sostiene que ambas se equivalen y que la única diferencia entre ellas se debe reducir a un tratamiento penal diverso.

Al respecto nosotros podríamos afirmar, que la específica es un tanto más grave, en virtud de que es la base o plataforma para dar el siguiente paso en la delincuencia, esto es la habitualidad, y nosotros consideramos que aunque el Código penal en cuanto a reincidencia en su artículo 20 contempla la genérica, si considera tácitamente más de atención y grave la específica en virtud de que en el artículo 21 que se refiere a los delinquentes habituales se refiere ya concretamente a la específica.

Surge así, un segundo punto: ¿ Si el estado de reincidencia debe ser permanente o si debe prescribir con el transcurso del tiempo?. Al respecto, algunos se deciden por la prescripción, alegando que cuando después de la primera condena ha pasado determinado espacio de tiempo sin que se cometan nuevos delitos, no puede afirmarse en el delincuente la persistencia en el delito, pero otros creen que no es posible sujetarla a tiempo alguno, pues el volver a delinquir, a pesar del tiempo transcurrido, demuestra el profundo arraigo de la tendencia delictuosa.

Al respecto nosotros consideramos que la reincidencia no debe estar sujeta a la prescripción, en virtud de que por ejemplo para el caso de la violación por equiparación, que tiene una penalidad de tres a ocho años de prisión, en el supuesto que se le diera el máximo que son los ocho años, (no obstante de que como mencionamos en nuestro

capítulo dos, insistimos en que la violación por equiparación debe ser sancionada con la penalidad de ocho a catorce años), si transcurren 10 años con una semana desde que el condenado cumplió su condena (término que es necesario para la prescripción, esto es un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más), el violador ya no es considerado reincidente, lo cual consideramos por demás injusto e ilógico, pues quien a aprendido la lección y en verdad se enmendó no importa que transcurran un día, una semana o cien años y el no vuelva a delinquir, por lo que a este sujeto regenerado y con convencimiento de no volver a caer, no le afecta que no exista la prescripción, por el contrario los que mantienen el espíritu de lesionar el orden jurídico y por ende a la sociedad haciendo del delito su vida, no tiene porque tener beneficios, como en este caso sería la prescripción, pues tal parece que la ley está para obtener los mayores beneficios para este tipo de delincuentes.

Los habituales, son aquellos sujetos que reinciden en cometer dos veces más un delito de la misma naturaleza, siempre que los tres delitos se cometan en un período que no exceda de diez años.

El artículo 21 Código Penal establece al respecto: " Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años". (122)

Para el caso de estos delincuentes también son aplicables los artículos 22 y 23 de Código Penal.

.....
(122) Op Cit. Código penal. Pág. 20.

Los profesionales, son aquellos que desarrollan su comportamiento delictivo como una profesión, los sujetos se perfeccionan y llega a haber especialidades, dentro de este grupo encontramos a los delincuentes que se dedican a algunos delitos patrimoniales, delitos en materia internacional, delitos de cuello blanco, etc., para su ejercicio, se requiere una capacidad intelectual superior a la común, además de toda una organización, es lo que actualmente se denomina profesión del crimen.

Después de esta brevísima descripción de la frecuencia delictiva, nosotros nos inclinamos básicamente en razón del delito materia de este trabajo por los delincuentes reincidentes y los delincuentes habituales, en virtud de que con su conducta no les basta con lesionar en una ocasión a su víctima y a la sociedad, sino que vuelven a delinquir lesionando la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual de cuanta persona sea su deseo atacar, y como lo mencionamos en párrafos anteriores, sin justificación alguna, haciendo de la violación según opinión de algunos y sobre todo de las víctimas " un delito aún más grave que el propio homicidio, pues consideran preferible perder la vida que ser objeto de tan humillante conducta". (123).

(123) Op. Cit. Amuchategui Requena, Irma G. Pág. 298.

4.2.- BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS DELINCUENTES REINCIDENTES.

El problema de la reincidencia y de la habitualidad es uno de los más debatidos en materia penal, sin embargo trataremos de dejar establecido los aspectos por los que nosotros consideramos que estos delincuentes que cometen el delito de violación son merecedores de una penalidad mayor.

4.2.1.- Delincuentes Reincidentes.

Hemos de estar de acuerdo en que todo delito en este caso toda violación provoca un ataque no sólo a la víctima sino al núcleo familiar y al núcleo social y que el factor desestabilizante es mayor aún, cuando un mismo individuo ha cometido varias infracciones, es así pues, que el problema de la reincidencia es por demás preocupante, al respecto Garofalo que es citado por Edgardo Alberto Donna sostiene " que la criminalidad tiende cada vez más a encerrarse y concentrarse en un círculo definido, aumentando las reincidencias en mayor proporción que los delitos cometidos por sujetos que delinquen por primera vez. Esto es índice de que la delincuencia habitual se multiplica y prospera y por ello la necesidad de tomar medidas contra los delincuentes habituales".

(124)

En base a esta realidad, es que nosotros consideramos necesario el hecho de que se establezca una agravación de la pena para los delincuentes reincidentes y a tal

(124) Donna, Edgardo Alberto y Iuvaro, María José. Reincidencia y Culpabilidad. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1984. Pág. 36.

efecto nos permitimos mostrar algunas posturas de la doctrina y así poder determinar en base a que debe hacerse el planteamiento de toda la problemática de la reincidencia:

Como ya señalamos reincidir significa en términos generales recaer o volver a incurrir, por lo que reincidente es la persona que comete un delito nuevo después de una sentencia definitiva.

a) La teoría de la mayor alarma social sostiene que el fundamento del aumento de la pena cuando el sujeto es reincidente, es la mayor alarma social que produce el que ha delinquido varias veces y que dicha conducta lo hace aparecer como más peligroso, es en este sentido que se justifica el agravamiento de la pena por la recaída en el delito.

Al respecto de esta teoría, que fundamenta la agravación de la pena por la mayor alarma social que provoca el que ha delinquido varias veces, hay quienes la refutan diciendo que la alarma social puede o no producirse; pues la vida en sociedad es el mejor ejemplo de que éste es un dato extrínseco y variables, y que de ningún modo constituye una constante, por lo que no se puede fundar la agravación en el temor social que produce el reincidente.

Al respecto nosotros consideramos que la mayor alarma social si es un elemento importante de considerar para el agravamiento de la penalidad del delincuente reincidente, y el hecho de que se da la vida en sociedad no quiere decir de ninguna manera que este tipo de conductas y sujetos se justifiquen, perdonen o aprueben, sino que simplemente es el instinto de supervivencia el que mantiene a la sociedad de pie frente a la delincuencia.

b) La teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria cuyo defensor principal es Carrara, se funda en que el temor de los buenos aumenta al ver que la pena no sirve para refrenar a los culpables.

Y nos dice Carrara: " Si bien hay que concluir que el aumento de la pena se base en una presunción, no se trata de una presunción de la mayor perversidad del delincuente sino de su mayor insensibilidad respecto de la pena sufrida por primera vez".(125)

Por lo que para Carrara la única razón aceptable para aumentar la pena al reincidente es la insuficiencia relativa de la pena ordinaria, en donde el sujeto que vuelve a delinquir demuestra mayor insensibilidad frente al castigo, y por tanto para restablecer el equilibrio es necesario un aumento de la pena en ese caso particular.

De tal manera que la mayor alarma social no se deriva del delito anterior, sino de la condena anterior, que no es alterada en ningún sentido, pero que pone de manifiesto la ineficacia preventiva del derecho, poniendo en peligro la seguridad jurídica, de tal manera, que si bien es cierto que el delito cometido con anterioridad da ocasión para una agravación en la pena no es determinante, en virtud de que " El peligro radica en que los habitantes de la Nación, con motivo del nuevo delito, vuelvan la vista hacia la anterior condena. El anterior delito no ejerce influencia alguna en el posterior, porque si no hubiese condena no se opera la agravación, lo que demuestra que es la condena lo que agrava el delito" (126).

(125) Op. Cit. Donna, Edgardo Alberto y Iuvaro, Maria José Pág. 50

(126) Op. Cit. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Pág. 355.

En síntesis, la mayor alarma social y la justificación de la agravación de la pena para el reincidente, no es vinculando el segundo delito con el primero, sino el segundo delito con la anterior condena.

c) La teoría de la mayor peligrosidad, básicamente defendida por la escuela positiva, nos dice que la agravación de la pena para los reincidentes se basa en la necesidad de defensa de la sociedad frente al individuo que con su actividad demuestra una mayor peligrosidad que el delincuente primario.

El tema de la peligrosidad presenta gran dificultad en cuanto a formular una definición precisa y en determinar cuales son los factores que deben servir de base para fomentar el juicio sobre la misma; así pues tenemos que Garófalo nos dice que la peligrosidad es: " La muy relevante probabilidad de convertirse en autor de delito en virtud de la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que se debe temer de parte del mismo delincuente " (127).

Por su parte Liszt citado por Zaffaroni, nos dice que la peligrosidad " es la naturaleza especial de un individuo, por la cual la amenaza o la ejecución de la pena ordinaria no le puede impedir la comisión de actos delictivos ". (128).

En cuanto a los elementos que constituyen la peligrosidad, Jiménez de Asúa nos dice que son los siguientes: " 1) La personalidad del hombre en su triple aspecto

(127) Op. Cit. Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. Pág. 190.

(128) Op. Cit. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Pág. 319.

antropológico, psíquico y moral. 2) La vida anterior al delito o al acto de manifiesto peligro
3) La conducta del agente posterior al hecho delictivo o revelador de peligrosidad. 4) La
calidad de los motivos. 5) El delito cometido o el acto que manifiesta la peligrosidad"
(129).

De lo anterior podemos observar como lo señala muy atinadamente Eugenio Zaffaroni " que el derecho penal vuelva nuevamente la vista hacia el delito (pasado) y, conforme a las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, formule un juicio acerca de la conducta (futura) del autor, calculando la cantidad de bienes jurídicos que el mismo puede llegar a afectar (futuro) y que se hallan en cierta relación específica con los que ya afectó (pasado) " (130). De tal manera que el delito pasado da a la pena ocasión de aplicarse, pero no causa, por lo que la sanción se aplica únicamente en función de los nuevos delitos que el sujeto pueda cometer, o sea por el delito futuro.

Esta teoría es criticada por algunos autores, en el sentido de que se torna un tanto difícil hallar una fórmula exacta e infalible que determine el grado de peligrosidad de un sujeto, pues se requiere de estudios y análisis muy detallados y profundos y además de que fijar ciertos caracteres anormales al criminal, no significa que esos caracteres deban encontrarse en todos los delincuentes y no encontrarse nunca en los no delincuentes.

Al respecto estamos de acuerdo en que es una tarea ardua el hecho de establecer de una manera clara y precisa los elementos que nos permitan prever si un delincuente volverá a delinquir o no, sin embargo consideramos que estas dificultades se pueden superar en gran medida a través del estudio profundo de la personalidad del

(129) Op. Cit. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Pág. 319.

(130) Ibid. Pág. 319.

interno, de sus tendencias, costumbres, instintos, emociones, intelecto, su educación, su manera de vida, su vida de delincuente revelándonos sus intentos o hechos delictivos estableciendo de manera detallada y precisa sobre la forma, el modo, etc. en que fueron ejecutados con la finalidad de conocer la gravedad de los hechos, conocer el comportamiento del delincuente durante el periodo de detención, su comportamiento con las autoridades y con sus compañeros de reclusión con el objeto de determinar el grado de readaptación de éste, etc., y que una vez formado el expediente penitenciario, estar en condiciones de hacer este análisis de la peligrosidad del interno, el cual nos sirva de herramienta y no como el único factor determinante para agravar la penalidad al delincuente reincidente, en virtud de que sería tanto como considerar que el hombre sólo se mueve por causas y que cada uno de sus movimientos están determinados y que por ende no goza de su posibilidad de elección entre el bien y el mal, por lo que aún, en el caso de que como seres humanos nos vemos afectados por problemas sociales, económicos, etc. de diversa índole, no perdemos totalmente nuestra capacidad de elección, nuestra autonomía y por ende nuestra responsabilidad como seres humanos y ciudadanos.

Concluyendo, la peligrosidad es un factor que debemos tomar como indicador auxiliar y complementario, pero no como factor determinante, pues lo que es una realidad, es que el condenado al igual que todos los seres humanos tenemos una capacidad de elegir entre el bien y el mal, entre lo que nos conviene y entre lo que no, de lo contrario, negar esa capacidad de elección es negar y eludir nuestro sentido de responsabilidad, y eso sería caer en una aberración.

d) Manzini, nos dice "...todo delito implica una doble lesión : por un lado se viola un precepto específico, y por otro se pone en peligro el mantenimiento del orden

jurídico "(131) Manzini aclara que la mayor gravedad del injusto objetivo del segundo delito no reside en la alarma social sino en " la necesidad de que el Estado dirija su tutela jurídica a la protección del entero orden jurídico, turbado por la actividad del reincidente" (132).

Para Manzini, la reincidencia no constituye únicamente la voluntad de violar un determinado precepto de la ley penal, sino también la voluntad persistente de delinquir y de no uniformarse al orden jurídico general, penalmente sancionado, por lo que su justificación la basa en lo que él denomina " derecho general a la seguridad ".

e) En la tesis que se funda en la mayor culpabilidad, tenemos básicamente dos exponentes Dell'Andro que afirma que el delito cometido por el ya condenado es más grave pero también de una gravedad distinta en virtud de que se manifiesta la culpabilidad de la inclinación, en donde se da una mayor facilidad del que ya ha delinquido para volver a delinquir, por lo que en la reincidencia se sanciona la inobservancia de un imperativo penal y precisamente a causa de éste, el segundo delito cometido por un mismo sujeto es de una cualidad y una gravedad diversa.

Por su parte Lattaglatá nos dice que la reincidencia es un diferente grado de desobediencia contra un mismo mandato; desobediencia característica de una cierta personalidad, por lo que el juicio de reprobación en la culpabilidad del reincidente se dirige al hecho de que éste no se ha dejado impresionar por la condena anterior no obstante, nos dice, del recuerdo de haber vivido un proceso que enriquece la capacidad del sujeto para comprender el contenido de la prohibición legislativa.

(131) Op. Cit. Donna, Edgardo Alberto y Iuvaro, María José. Pág. 57.

(132) Ibid. Pág. 57.

Así pues, Lattagliata nos dice: que " La estructura ontológica de la culpabilidad del reincidente no está dada por la inclinación al delito, sino por una mayor posibilidad de inhibición de los impulsos criminosos conectada con la fuerza vinculante del recuerdo de la condena y con su valor de advertencia" (133).

Por tanto la relación de la reincidencia a la problemática de la culpabilidad, se explica, porque ésta sirve para medir el grado de rebelión contra la ley y el alcance consecuente de su desobediencia, en la medida que el delincuente, no obstante de ser un sujeto con capacidad de autodeterminación y elección, decide pese a haber cumplido una condena por un ilícito cometido en el pasado, volver a delinquir.

f). Por último haremos referencia a la teoría de Eugenio Zaffaroni quien también se basa en la mayor alarma social, pero nos dice que esta no se deriva del delito anterior sino de la condena anterior que pone de manifiesto la ineficacia preventiva del derecho y la acción preventiva del Estado.

Así pues, para Zaffaroni el anterior delito no ejerce ninguna influencia en el posterior porque si no hubiese condena no se da la agravación, lo que demuestra nos dice, que es la sanción la que agrava al delito posterior.

Con lo anterior Zaffaroni nos dice que al no tener nada que ver el delito anterior, no se afecta para nada la cosa juzgada, en virtud de que la relación es con la condena anterior y esta no se altera.

(133) Op. Cit. Donna, Edgardo Alberto y Iuvaro, María José Pág. 86.

Desde nuestro punto de vista, las anteriores teorías y tesis que manejan los doctrinarios, no son excluyentes o indiferentes unas de otras sino que se complementan y relacionan, en virtud de que no se puede ser tan extremista y defender que la mayor penalidad a los reincidentes se justifica sólo por que el sujeto tiene una conducta peligrosa, o es más insensible a la pena o que con su actuar causa mayor alarma social.

De esta manera vemos que, el derecho penal es un instrumento que posibilita la existencia humana, entendiéndose por existencia en términos generales, la elección que cada ser humano hacemos de lo que queremos ser y llegar a ser, así como la realización de esa elección, pero esta existencia humana no puede ser o llevarse a cabo sino a través de la coexistencia, esto es, de existir con otros que también existen, siendo una realidad que para que estas existencias simultáneas se puedan dar de una manera respetuosa y segura es necesario un orden coactivo o coerción penal (legislación penal) que impida en la medida de lo posible la guerra entre todos, haciendo más o menos previsible la conducta ajena, en el sentido de que cada quien sepamos que nuestro prójimo se abstendrá de conductas que afecten entes (bienes jurídicos) que se consideran necesarios para que nos realicemos en esa coexistencia, pues el hombre no puede autorealizarse viviendo aislado o en forma ermitaña. Es así pues, que la función de la seguridad jurídica no puede entenderse en otros sentido que en el de la protección de esos bienes jurídicos como forma de asegurar la coexistencia.

De tal manera que cuando la seguridad jurídica se ve afectada o lesionada por la comisión de un delito, es cuando se despierta la alarma social, en virtud de la pérdida de la certeza de la efectiva disponibilidad de los bienes jurídicos y es por eso que con la reincidencia se da una mayor alarma social en virtud de que un sujeto que ha sido condenado y habiendo cumplido esta condena, vuelve a delinquir en cierto tiempo.

Este volver a delinquir es el que nos da la pauta que el delincuente con su actitud demuestra mayor peligrosidad, inclinación y facilidad de delinquir que el delincuente primario y que la pena privativa de libertad que se le impuso, fue insuficiente al demostrar su insensibilidad, no causándole miedo o temor alguno no obstante el recuerdo de haber vivido el proceso en el que se vió envuelto y el hecho de cumplir dicha sanción, con lo que se comprueba la ineficacia (resocializadora) de la misma y la necesidad de aumentar la presión del Estado a través de una penalidad mayor tal y como lo proponemos en el presente trabajo para el caso del violador.

Es pues así, que el violador que no obstante de haber cometido el ilícito una vez y haber sido condenado a determinada penalidad considerada como suficiente, vuelve a delinquir lesionando los bienes jurídicos protegidos por nuestra legislación penal, lesionando la coexistencia, y lesionando el futuro de sus víctimas de manera tan vil, no merece sino una agravación en la sanción, en virtud de que renovar en contra de él la misma pena sería inútil ya que queda demostrado con la recaída en su proceder delictivo que la fuerza de esa pena no fue determinante y el Estado debe buscar la seguridad del todo, dejando de lado al individuo que con su propio actuar se segrega de la sociedad y se rebela contra la ley. Por lo que debe sancionarse de manera justa y proporcional a la magnitud del daño que ha causado y sobre todo para no dar pauta ni oportunidad a que con su actuar dañe a más seres humanos y lo que es peor, que este sujeto que es incorregible se convierta en un incorregido al volverse un delincuente habitual, ya que la habitualidad es el grado mayor de la reincidencia específica.

4.3.- SECUELAS PSICOSOCIALES DEL DELITO DE VIOLACION.

Al iniciar el estudio de las consecuencias y condiciones en que se deja a la persona que es objeto de una violación, hay que hacer hincapié en que por muchos años se ha minimizado y hasta cierto punto ignorado las secuelas que este delito genera o produce en quien lo sufre, sin embargo es más común el interés de ver la forma de ayudar a los delincuentes en su reclusión, en su readaptación, etc.; así pues encontramos que sobre todo a partir de movimientos feministas en los que se ven involucradas mujeres legisladoras se ha planteado de una forma más seria y constante el problema de los delitos sexuales y sobre todo el de violación que es el considerado como el más grave de éstos, así como también su incidencia social, pero pese a estos esfuerzos y a los que algunas Delegaciones, Municipios y centros de ayuda para víctimas de violación, no contamos con los medios humanos, educativos y mucho menos económicos para poder conocer las dimensiones reales que causa este acto y entre otros usos manejar estadísticas que permitieran evaluar los efectos, secuelas y consecuencias para las víctimas, para su familia y para la comunidad en general.

Así pues, diremos que por desgracia encontramos en nuestra sociedad muchos de los que podríamos llamar mitos sobre la existencia, el alcance y repercusiones en la vida de los sujetos que han sufrido esta experiencia tan traumática y vejante llamada violación y que van desde que si la víctima provocó el ataque sobre todo cuando la agredida es de sexo femenino, hasta que si disfrutó el acto, o que cuando se dice no es que sí quiere, etc., al respecto Jane Dowdeswell nos dice "la violación es el único crimen en el que se supone que la víctima puede haber disfrutado y sobre el que existe una complicidad social generalizada, que se manifiesta, entre otras formas, en las bromas y el

tratamiento ligero", (134), por lo que ante este panorama, encontramos que la mayoría de las víctimas o los padres de éstas no se atreven a denunciar el delito porque sobre ellas caerá la sospecha de que lo provocaron o se lo buscaron ya sea por su forma de vestir, de actuar, de moverse, etc. siendo la tendencia de culpar a la víctima la que crea un estigma social de difícil superación. Sobre este estigma Dowdeswell comenta " Existe la teoría de que en la vida cada cual tiene lo que se merece y, al parecer, la gente la aplica a la violación, aunque rara vez a otros delitos violentos. Es muy probable que si presencias un robo en plena calle oigas a alguien comentar: = Bueno, se lo estaba buscando =.(135), comentario con el que estamos total y absolutamente de acuerdo en virtud de que no creemos que existan seres humanos que deseen el que se les haga un mal de tal magnitud, salvo como lo comentamos anteriormente se trate de personas con tendencias masoquistas y que sería objeto de otro tema de estudio.

Respecto a estos mitos manejados por la sociedad quisieramos señalar algunas cifras de lo que sucede en nuestro país en materia de violación, según estudios realizados por C.A.M.V.A.C.

En la República Mexicana se cometen aproximadamente 80,000 violaciones al año.

Tan sólo en el Distrito Federal en el transcurso de un año se dan entre 10,000 y 20,000 violaciones, de esta cifra de víctimas 3,000 mueren anualmente como consecuencia de violación.

33% son realizadas en menores de edad.

(134) Dowdeswell, Jane. La violación hablan las mujeres. México Editorial Grijalbo, S.A: 1987, Pág. 10.

(135) Ibid. Pág. 61.

67% son personas adultas.

56% son llevadas a cabo con algún tipo de arma.

30% las llevan a cabo más de un agresor (violación tumultuaria).

58% ocurren en lugares cerrados, frecuentemente el hogar de la víctima.

39% de los violadores son identificados.

50% de los agresores son conocidos de la víctima.

33% son cometidos por algún familiar.

90% de las violaciones son premeditadas.

90% de las víctimas son golpeadas.

Con estas cifras creemos que se deja al descubierto muchos aspectos de lo que verdaderamente sucede en el terreno de la violación, rompiéndose estos mitos que la rodean, en virtud de que no sólo se viola a mujeres hermosas y provocativas, pues las edades de las víctimas van desde los meses hasta edades avanzadas en donde difícilmente podemos creer que sean sugerentes o provocativas o el mito de que la víctima se expone en lugares abiertos e inseguros, en donde buen número de violaciones ocurren en el hogar de la víctima y nos cuestionamos: ¿es este un lugar abierto e inseguro?. Sin embargo y muy a pesar nuestro, no sólo hay que señalar cifras y números que para la mayoría son fríos, sino se debe trabajar arduamente en programas de educación sexual y campañas publicitarias, a efecto de conscientizarnos sobre el grave problema de la violación.

En esta parte de nuestro trabajo nos permitiremos hacer mención de algunos testimonios de víctimas de este delito, sacados del libro "La violación hablan las mujeres" no con un afán de morbo, sino con el único fin de ejemplificar los sentimientos, angustias

y malestares de estas personas y de alguna manera entender mejor su situación, y en la medida de lo posible quitar o acabar con esos estigmas que rodean a tan vil delito y a la propia víctima.

La víctima en el delito de violación, se ve obligada a participar en todo tipo de actos sexuales que van desde los meramente genitales, pasando por los orogenitales; por los anales o por las tres formas, además de otro tipo de humillaciones y degradaciones, y de ser insultada y golpeada.

"...Primero empezaron a empujarme unos contra otros, luego los empujones se hicieron más bruscos y empezaron a tirarme del pelo y a darme fuertes golpes. Me caí, y entonces empezaron a darme patadas sin dejar de reírse y hablar entre ellos... Se bajaron la cremallera de los pantalones y empezaron a desnudarme. Realmente no me podía mover. Estaba helada, físicamente paralizada, era consciente de lo que me estaba ocurriendo pero incapaz de hacer nada al respecto. Me violaron. Uno de ellos eyaculó en mi boca. Sencillamente no podía creer lo que me estaba pasando.

No me di cuenta de lo mal que estaba hasta que una amiga me llevó al hospital. Tuvieron que coserme algunos cortes de la cabeza, tenía dos costillas rotas y me dieron once puntos en los muslos y en la vagina".(136).

"Después de golpearme y tirarme los dientes, primero me violó en el coche, luego me mandó salir y me obligó a hacer una serie de actos degradantes y violentos...Me penetró por detrás, y así estuvo todo el rato durante unas tres horas (fue muy doloroso). Y también con el puño, empujando con todas sus fuerzas, y luego me

(136) Op. Cit. Dowdeswell, Jane : Pág. 49.

metió la mano en la boca, que me sangraba, y cuando me limpié los labios, me miré la mano y vi que tenía una mancha marrón, pues me había metido la mano hasta muy dentro"(137).

La víctima en la mayoría de los casos no tiene la posibilidad de defenderse, ya que él o los agresores ejercen un completo control de la situación, pues el principal temor que sufre la víctima es el de perder la vida, temor que paraliza a la víctima o le hace someterse como único medio tal vez de sobrevivir, ocasionándole un sentimiento de impotencia, descontrol y vulnerabilidad, sentimientos que después derivan en trastornos de autoconfianza y autoestima.

" Más tarde tuve la sensación de que la policía daba a entender que, al no haber gritado pidiendo socorro, había consentido. ¿ A caso no saben lo que es sentirte petrificada hasta el punto de no poder moverte ?. Es evidente que no"(138).

" Puedo recordar aún que pensaba: = Esto no me está ocurriendo a mí =. Todo el rato tenía la navaja junto al cuello, y estaba tan aterrada que hacía lo que él me mandaba. Sólo podía pensar: " Le dejaré que me haga esto y quizá después no me mate".(139).

Los efectos físicos de la violación son múltiples, los cuales van desde simples lesiones, enfermedades venéreas (herpes genital, bucal o anal, gonorrea, sífilis y el tan temido y devastador sida), y embarazos no deseados hasta la muerte de la víctima, la cual se da por desgracia, cada vez con mayor frecuencia y lujo de violencia.

(137)Op. Cit. Dowdeswell, Jane. Pág. 53

(138) Ibid. Pág. 120

(139) Ibid. Pág. 111.

Las lesiones que son generadas en la víctima, se pueden dar en distintas partes del cuerpo como son el cuello, rostro, tórax, mamas, gluteos, piernas y muslos, provocando derames internos, hematomas, traumatismos, excoriaciones, mordeduras, quemaduras, desgarró anal y vaginal, irritación y traumatismo de garganta en aquellas víctimas obligadas a tener relaciones sexuales orales, sangrado y dolor en el recto cuando hubo forzamiento a relaciones sexuales anales, entre otras y las cuales pueden ser efectuadas con diferentes objetos entre los que se encuentran navajas, vidrios, mangueas, botellas, plumas, desodorantes, cigarros, cerillos, encendedores y otros.

"A una joven le introdujeron en la vagina una botella, que luego rompieron: tuvieron que darle veintisiete puntos. Y una mujer a la que atacaron cuatro chicos resultó con cortes de cuchillo en la cara y el cuello. Le arrancaron mechones de cabello y le hicieron heridas en los muslos hasta el hueso".(140).

Burgess y Holmstrom han observado que en la víctima de una violación se da normalmente un determinado tipo de reacción, conjunto de síntomas que han denominado el Síndrome del Trauma de la Violación y que ocasionan un trastorno pronunciado del estilo de vida de la víctima acompañado de síntomas físicos y emocionales.

a) Físicos.- Aunado a las lesiones ocasionadas a la víctima durante el acto violento, se suman:

Síntomas del dolor corporal generalizado.- Estomago, genitales, mamas, etc.,

Molestias genitales.- Retraso mensual, contracciones vaginales, comezón y escozor al orinar, infecciones, etc.,

Trastornos en el sueño.- Insomnio, sobresaltos al dormir, pesadillas, dormir en exceso y

Cambios en el sistema de comidas.- Náuseas al pensar en la violación, anorexia (dejar de comer), gúlmia (comer en exceso).

b) Emocionales.- La forma en que se dió la violacion, las agresiones físicas y verbales, los objetos que se utilizaron, el número de violaciones, el número de sujetos, el lugar en que se dio, influyen en los efectos psicológicos que pueda tener la victima, ya que los efectos físicos se interrelacionan con los psicológicos pues uno afecta al otro.

Así pues encontramos que la victima presenta.

Miedo a volver a ser atacadas, a represalias por parte del agresor o familiares, salir solos, a ir a determinados lugares.- Estos miedos normalmente se transforman en temores o fobias.

Coraje contra el agresor, contra si mismos, deseos de venganza.

Culpa por no defenderse, por no haber hecho según ellos lo indicado en ese momento y/o haberse dejado engañar, por haber asistido a determinados lugares.

Autodevaluación, al pensar que valen menos, que no van a ser aceptadas y/o queridas por sus familiares, amigos, novio o esposo, piensan que les quitaron o desposeyeron de algo, se sienten sucias, que van a ser rechazadas socialmente.

" De algún modo, me sentía culpable de haber sido degradada. Me sentía impura, sucia. Pensé que ya nunca me desearía ningún hombre"(141).

(141) Op. Cit. Dowdeswell, Jane. Pág. 110

" Vivía en la localidad y le había visto algunas veces en el bar en que trabajaba. Después de denunciar el hecho, la idea de tropezarme con él me aterraba y no podía estar sola ni dentro ni fuera de casa"(142).

Como consecuencia de la violación, las mujeres sobretodo, evitan todo tipo de relación con hombres, tanto en situaciones sexuales como meramente sociales y hay quienes especulan de que la violación pudo contribuir a una posterior homosexualidad en algunas víctimas.

El campo sexual de la víctima es sin duda alguna el que mayor secuelas arrastra, ya que la depresión, la ansiedad y ciertas respuestas fóbicas a las situaciones que le recuerdan la violación persisten durante muchos, muchos años y alteran de forma grave y profunda los encuentros sexuales posteriores, así pues encontramos que se dan diversos problemas en los que la víctima muestra ya sea inmediatamente después del ataque sexual o bien gradualmente una total aversión a todo tipo de actividad sexual, o bien sobre todo las mujeres presentan o experimentan dificultades en la excitación sexual o en la propia actividad sexual, entre las que figuran un deterioro en la lubricación vaginal, una pérdida de sensibilidad genital, dolores durante el coito, vaginismo (contracciones involuntarias de los músculos de la vagina que impide la introducción del pene), frigidez (imposibilidad de conseguir el orgasmo en un coito normal) y anafrodisia (falta absoluta de apetencia sexual).

(142) Op. Cit. Dowdeswell, Jane. Pág. 116.

"Rompi con mi novio. El no podía soportar verme retroceder cuando intentaba besarme o acanciarme. De hecho un día conseguí emborracharme lo suficiente para acostarme con él, pero hasta eso fue un desastre. Me pasé el rato esperando que se convirtiera en un maníaco violento y me estrangulase". (143).

Un aspecto que es muy importante y de gran trascendencia, sobre todo en la cultura mexicana es la virginidad; la pérdida de esta, a través del rompimiento del himen de una mujer virgen produce fuertes trastornos mentales, familiares y sociales, ya que a la mujer mexicana se le requiere que sea "pura" para contraer matrimonio. La mujer, al perder su virginidad, pese a que lo hace de una forma tan violenta y frustrante como lo es en el caso de la violación, para sus ojos y los de los demás se encuentra en un estado de desventaja respecto de las mujeres que aun conservan este "tesoro" y un estado desfavorable con relación a la vida sexual en general, generando frustración en su integridad pues han matado una parte muy importante de ella, algo que guardaba como un tesoro y que sería entregado al hombre amado y ante esta falta tendrá que enfrentar a una sociedad hostil que la estigmatizará, que la señalará y que la volverá a violar ya no físicamente, si no que la violarán con sus comentarios, la violarán cada vez que la señalen con el dedo y esto tal vez sea más difícil de llevar que la propia violación.

En cuanto a los efectos que causa la violación en el hombre, no son menos considerables ni trascendentes, pues principalmente cuando es pequeño, el ser víctima de un ataque sexual le puede producir como consecuencia la homosexualidad y la impotencia, y aunque los mecanismos que operan en la mente del individuo victimado son

(143) Op. Cit. Dowdeswell, Jane. Pág 125.

muy complejos y variados y sólo un especialista los puede determinar con precisión, lo que si es seguro, es que la agresión sexual es de tal forma brutal, que traumatiza al sujeto, ocasionándole en el futuro, desviaciones y anomalías sexuales.

Así pues, en el ámbito emocional el hombre que es víctima de una violación modifica su personalidad, presentando sensación de pérdida de su virilidad, humillación interna, pérdida de valores sexuales morales, nerviosismo, ataques de ira, odio hacia la sociedad, sentimiento de culpa originado por haber permitido que se realizara la violación, desaliento, debilidad general, ausencia de interés en la vida, hostilidad en el medio ambiente que lo rodea, deseos de venganza, retraimiento, aislamiento, y obviamente ausencia de interés sexual.

Y en cuanto a los niños se presentan como síntomas de que ha sufrido un ataque sexual, el insomnio, orinarse en la cama, querer tener la luz encendida toda la noche, dolores de estómago, no querer que nadie les toque, desconfianza, súbitos cambios de comportamiento en el colegio, falta de concentración, inapetencia, tristeza, depresión, angustia, sentimiento de culpa, etc.

Todas estas secuelas que deja a la víctima una violación, dan como resultado una gran dificultad para llevar una vida sexual normal, esto es, una vida sexual ejercida en forma libre y espontánea, repercutiendo en el desarrollo de su personalidad y por ende en su vida en familia y en sociedad.

Por último quisiéramos hablar un poco referente a las repercusiones en la familia y en el círculo social de la víctima, pues a nuestro juicio no puede subestimarse la importancia que tiene la familia y los amigos, ni tampoco se debe ignorar el sufrimiento de

ellos, ya que podríamos considerarlos como las víctimas ocultas, a quienes a veces les resulta difícil comprender la profundidad del trauma y que son personas que desean ayudar y no saben cómo hacerlo.

" Mi marido no podía afrontar el hecho de que hubieran violado a nuestra hija. No podía aceptarlo, y cuando la niña se negó a ir a la policía, él se negó a hablar del asunto. Creo que los hombres tienen muchos problemas a la hora de afrontar ese tipo de crisis...estaba tan confuso con sus sentimientos de culpabilidad y turbación e intentando asimilar la idea de que algo tan espantoso le hubiera pasado a alguien tan próximo...Aquello afectó también nuestra vida sexual: su culpabilidad y mi resentimiento por el hecho de que todos los hombres pudieran hacer algo tan terrible...Aún estamos intentando reorganizar la familia. Creo que debería hablarse mucho más de cómo debieran reaccionar los familiares de la víctima. Andas a ciegas y a trompicones porque no sabes cuál es la mejor manera de actuar".(144).

Sin embargo, por desgracia, también existe el otro lado de la moneda, en donde el problema de la violación, la mayoría de las veces es agravado por la familia de la víctima o por el medio social en el que se desenvuelve, ya que la actitud de rechazo y de repudio por parte de estos, es a menudo más perjudicial que el hecho en sí mismo, que de por sí como ya hemos estado viendo es por demás traumático.

El problema en muchos casos, se presenta como ya lo mencionamos en párrafos anteriores, porque la familia y las amistades presuponen que la víctima tuvo cierto grado de participación, al considerar que su comportamiento motivó la violación, incitando

(144) Op Cit. Dowdeswell, Jane. Pág. 132

al sujeto a cometer el ilícito, aunado a que consideran que ésta pudo haberla evitado y que sin embargo no lo hizo.

Cuantas veces no hemos escuchado o leído que la familia, ya sea los padres, hermanos o el esposo rechazan y repudian a la víctima pues la consideran sucia y manchada, consideran que los ha deshonrado y cubierto de vergüenza y sobre todo cuando de la violación resulta un embarazo o un enfermedad venérea la cual requiere de tratamiento médico; y en estos casos lejos de recibir ayuda, comprensión o apoyo de estos seres queridos y cercanos reciben más golpes, insultos y en muchos casos segregan a la víctima o la corren de su casa, por lo que no es extraño que las víctimas se dediquen posteriormente a la prostitución, o se hagan adictas a las drogas o mueran al hacerse un legrado en condiciones insalubres.

"...Después de la violación fue distinto. Ya no me importaba, mis valores cambiaron. Mi madre siempre me había dicho: = No te acuestes nunca con un hombre si no lo quieres =. Pero eso ya no importaba; me acostaba con cualquiera. Creo que se debía también a que me daba miedo decir que no a algún hombre por si eso desencadenaba otra vez la violencia". (145).

Y que decir de cuando el victimario es el propio padre o madre, hermano, tío abuelo, etc., y que cuando se entera el resto de la familia o no lo creen, o lo toman con ligereza, o que la muchacha queda embarazada y miente diciendo que fue el novio para que "su familia no se desintegre" o los casos en que la víctima acepta resignadamente los constantes ataques con tal de que no lo hagan con sus demás hermanas

(145) Op. Cit. Dowdeswell, Jane. Pág. 124

Respecto al círculo social que frecuenta la víctima, es de gran ayuda los amigos que son sinceros, que la entienden y que en general la apoyan moralmente, pero en la realidad de las cosas, es que la mayor parte de las amistades se tratan de aprovechar de la situación en que se encuentra la víctima y desean aprovecharse sexualmente, pues piensan que con lo ocurrido, ya no tienen nada que perder. Cuando la noticia se extiende más allá de las amistades hacia otros círculos, como es la escuela, el trabajo, la situación parece no variar mucho, pues los compañeros de clase al igual que los del trabajo, también piensan que la víctima puede tener relaciones con cualquier sujeto que se le presente, pues consideran que su virginidad y honestidad, han sido sobajadas y ya no tienen nada que perder.

Como podemos observar, lo que vive una persona que es violada, desde el primer momento en que el autor hace contacto con la víctima, hasta que este termina su agresión, y después sufrir y hacer frente a los daños físicos y psicológicos, consideramos que no lo puede desear para sí mismo ningún ser humano, ni desearlo a su prójimo. La violación es un hecho que marca y limita a las personas en su coexistencia, en su campo de acción, elección y decisión y en su vida en general, es un hecho que mutila sus valores, sentimientos, y emociones, que enferma sus relaciones interpersonales, repercutiendo, además en una forma directa en la sociedad, en una colectividad que también se va enfermando de miedos, temores, corajes, frustraciones, y angustias, y ante este panorama es que nosotros nos preguntamos, ¿Cuál es el concepto básico que tenemos de vivir?, y en base a esa idea general de lo que es para cada uno de nosotros, nos hacemos una segunda pregunta, ¿Las personas que son violadas en verdad viven, o simplemente se dejan llevar como simples marionetas de los temores, frustraciones, corajes, desviaciones de conducta, hijos no deseados, que causa una violación? Nosotros

creemos que no es vida la que llevan después de lo ocurrido, pero además también consideramos que no sólo este tipo de delincuencia va matando en vida a sus víctimas, sino que sus actos consiguen ir más allá, al mutilar la libertad, tranquilidad, paz y seguridad jurídica de la propia familia de la víctima y más allá, de todos los que pertenecemos a la comunidad, pues pese a que gracias a Dios no hemos sido sujetos de un acto tan vil, si nos vemos coartados en nuestra libertad física y mental, de tan solo pensar que alguien nos pueda violar, ocasionándonos un daño irreversible e irreparable, y equiparable en un momento dado, al que sufre quien es privado de la vida (homicidio).

Algo que consideramos importante es lo que la sociedad en general pueda hacer por ayudarse ella misma y a sus seres queridos y adoptar medidas básicas, que consideramos en buena medida puede protegernos de sufrir un ataque sexual, o en el caso de las que ya fueron victimadas evitar uno nuevo, por lo que nos permitimos exponer estos puntos que la propia Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal publicó y que esperamos que las personas que nos honren con leer este humilde trabajo conozcan y pongan en práctica estas reglas:

" I.- LAS TRES REGLAS BASICAS:

Cuide a sus hijos: las dos terceras partes de las víctimas de violación presentadas ante la Procuraduría son menores de edad (una de cada cinco tiene menos de 12 años).

Cuide su hogar: la mitad de las violaciones son cometidas en casa habitación.

Cuidese a sí misma: hay medidas sencillas que pueden salvarla de la violencia sexual. En cuanto más minuciosas sean sus precauciones más difícilmente se convertirá usted en víctima.

II.- MEDIDAS GENERALES PREVENTIVAS.

1.- Seguridad para sus hijos:

-- Comunique a sus hijos, de acuerdo a su edad, los riesgos que pueden correr.

-- Enséñeles las medidas elementales de seguridad contenidas en este documento.

-- No permita que vayan solos a los baños públicos.

-- No los deje solos en un vehículo estacionado.

2.- En el hogar:

-- Mantenga siempre bien cerradas las puertas exteriores.

-- instale un cerrojo de seguridad, mirillas y, de ser posible, interfón.

-- No abra la puerta sin asegurarse de que no corre peligro.

-- No abra la puerta si no está completamente vestida.

-- No permita la entrada a extraños (vendedores, demostradores, etc.); no acepte paquetes que no este esperando

-- Nunca deje a un vendedor o mensajero esperando con la puerta abierta mientras busca el dinero o la pluma.

-- Jamas diga que "no hay nadie" o que "está sola", por el contrario, llame en voz fuerte a un compañero imaginario y simule estar acompañada.

-- Preocúpese porque el alumbrado exterior de su casa sea suficiente para poder ver a cualquier sospechoso.

-- Si vive en un departamento, no abra por el interfón a ningún extraño, no deje la puerta abierta cuando entre o salga del edificio.

-- No dé información telefónica a ningún desconocido.

-- Si sospecha que alguien entro en su hogar, encienda todas las luces y haga mucho ruido.

3.- En la calle:

-- No transite por calles oscuras o solitarias.

-- No camine de noche por parques o sitios despoblados.

-- Evite circular por las calles en que haya lotes baldíos, excavaciones, demoliciones o construcciones.

-- Nunca camine pegada a la pared.

-- De ser posible, camine en sentido contrario al de la circulación de los vehículos.

-- Evite el trato con personas extrañas o vendedores ambulantes, sobre todo si están en grupo.

4.- Transporte colectivo:

-- En el metro, procure quedar cerca de la puerta y abordar el vagón que quede próximo de las escaleras de salida

- En autobuses y "peseras" procure sentarse al frente.
- Evite quedarse dormida.
- Si tomó taxi, pídale al chofer que espere hasta que usted entre.
- Por regla general, nunca pida ni acepte "aventones".

5.- En su vehículo:

- Ponga siempre los seguros de las puertas.
- Maneje con las ventanillas cerradas o con una abertura pequeña (5 cms.).
- No suba a personas extrañas a su coche.
- Antes de subir a su automóvil, revise que no haya nadie adentro.
- De preferencia, utilice estacionamientos descubiertos.
- No circule ni estacione su vehículo en calles oscuras.

III.- ANTE LA PROBABILIDAD DE UN ATAQUE:

- Si puede huir, hágalo.
- Procure mantener la calma. Es importante que NO demuestre miedo.
- Si cree que la van siguiendo, atraviese la calle para confirmar su sospecha.
- No se detenga a hablar por teléfono en un lugar solitario.
- Si la persiguen, vaya a cualquier lugar donde haya gente, pida ayuda y hable por teléfono para que vayan por usted.
- Si el sujeto ataca, grite FUEGO y corra; no deje de gritar. La palabra "fuego" impacta más que la de "auxilio".
- Si está atrapada, hable con el agresor, trate de ganar tiempo hasta que pueda huir o pedir auxilio.

-- En lugar de forcejear, finja un desmayo para evitar que la suban a un vehículo.

-- Observe bien la fisonomía, ropa, señas particulares y demás características de los presuntos atacantes.

IV.- SI USTED FUE VICTIMA:

-- No toque ni tire cualquier evidencia útil: huellas, pelos, objetos, ropas, etc.

-- Tampoco se asee, bañe, dé duchas vaginales; no use medicamentos, no se cambie de ropa.

-- De inmediato busque ayuda, llame a un familiar o a una amiga para que la acompañe a la Procuraduría.

-- Busque atención médica, generalmente es necesaria, pues hay que prevenir enfermedades venéreas.

V.- ¿ EN DONDE PRESENTAR LA DENUNCIA ?

En cualquiera de las Agencias del Ministerio Público del Distrito Federal. Trabajan las 24 horas del día". (146).

Al profundizar en los diversos aspectos de nuestro trabajo, e irnos informando sobre lo que es el delito de violación, podemos asegurar sin temor alguno a equivocarnos que este es el mas grave de los delitos sexuales, porque además de la bruta ofensa que representa y la forma tan violenta como se presenta, implica intensos peligros y daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad personal y al va'lor de la vida humana, por lo que el violador reincidente debe ser castigado con mayor

severidad, en aras de que con su conducta no lesione nuestra seguridad jurídica, con más hechos delictivos.

(148) Violación: Ayudémos a Prevenirla. Supervisión General de Servicios a la Comunidad.

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Pág.1 y 2.

CAPITULO 5

**REFORMA LEGISLATIVA DEL DELITO DE
VIOLACION EN EL SISTEMA JURIDICO
MEXICANO**

CAPITULO QUINTO**REFORMA LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLACION EN EL SISTEMA JURIDICO
MEXICANO.****5.1.- EN EL CAPITULO I, TITULO DECIMO QUINTO DEL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL DEBE CONTEMPLARSE LA VIOLACION AGRAVADA POR
REINCIDENCIA.**

En el desarrollo de nuestro trabajo, hemos podido observar la magnitud que reviste el delito de violación, sus formas de comisión, las secuelas que deja en su víctima, en su familia y en la sociedad, así también se ha evidenciado que el Estado al ver agredidos por la ejecución de la violación los bienes jurídicos que tutela ésta, ha impuesto una sanción al que lo comete con la firme convicción de que este sujeto no volverá a delinquir, pero que, sin embargo, pese al poco o mucho esfuerzo por regenerar, corregir o readaptar al individuo en nuestra instituciones carcelarias, su sanción no ha surtido los efectos deseados y esperados, y la paz y seguridad jurídica que una vez fue alterada, lo está siendo de nuevo por el mismo individuo, y que por desgracia sus ilícitos debido a sus anteriores experiencias los realiza con mayor perfección, detenimiento y lujo de violencia, por lo que se da también una mayor alarma social, por saber que este violador anda suelto de nuevo dañando a más inocentes.

Por lo anterior, nosotros consideramos que la actuación del violador reincidente no merece sino que sus ilícitos sean juzgados a través de las agravantes que son aplicables para el delito de homicidio y lesiones, en virtud de la envergadura que tienen y lo que representan, denotando perfeccionamiento y mayor insensibilidad con su

actuar, aunado en que el homicidio representa la muerte física del individuo, y la violación representa su muerte en alma y en espíritu, y aunque el bien jurídico supremo es la vida humana, no es menos el que el violador reincidente con su actuar, siga dejando a su paso delictivo muertos pero en vida. Podríamos añadir con plena seguridad que "comete el delito de violación aquel que priva de una vida plena y normal a otro".

5.1.1.- Concepto de homicidio y su penalidad.

" Cuando me pegaron por segunda vez ya no podía sentir absolutamente nada. No soy mojigata, pero ni siquiera podría haber imaginado las cosas que me obligaron a hacer. Podía ver el placer en sus rostros (aquellos rostros que también conocía) cuando veían la repugnancia que me producía y lo avergonzada que me sentía. Creía de verdad que iba a morir, y deseaba que fuera pronto. No supe el daño que me habían causado hasta que me dejaron en el suelo de mi dormitorio y me contemplé en el espejo. De nuevo deseé morir. Nadie dice lo terrible que puede ser: una cree que será sólo el acto físico, que te someterás para salvar la vida, que estarás trastornada unos cuantos días y luego lo superarás...." (147)

El homicidio es el delito típicamente ofensivo de la vida humana e implica la más negra estrella de la constelación penal, en virtud de que no puede cometerse delito más grave contra un individuo que el homicidio, pues le arrebató el primero y más preciado de los bienes, que es la vida

(147) Op. Cit. Dowdeswell, Jane. Pág. 26

El artículo 302 del Código Penal nos señala : " Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro", (148), y lo sanciona con una penalidad de ocho a veinte años de prisión (artículo 302 del Código penal).

Nuestra legislación penal en una fórmula sencilla y clara, precisa la noción de homicidio, el cual sin duda alguna, como ya hemos expresado es el más grave de los delitos, pues constituye la más grave ofensa a la sociedad, ya que la vida humana es el bien jurídico tutelado de mayor jerarquía.

De esta manera, hay homicidios que, dadas las circunstancias en que se llegan a cometer, resulta necesario agravar su penalidad, pues el hecho reviste mayor gravedad, al llevarse a cabo bajo los más bajos y viles instintos, con una ferocidad y lujo de violencia por demás brutal e innecesaria y sólo vista en los animales salvajes, aprovechándose del estado de indefensión en que se encuentran sus posibles víctimas y de la posición en que esta ventaja los coloca.

Sin embargo y muy a pesar nuestro, estas circunstancias que agravan el homicidio no solo se presentan en este, sino también, a juicio de nosotros, en el delito de violación cometida por el violador reincidente, de tal manera que para una mejor comprensión de nuestra postura nos permitiremos hablar en párrafos posteriores de las agravantes contempladas por nuestros legisladores en el código penal.

(148) Op. Cit. Código Penal. Pág 149

5.2.- Circunstancias Agravantes.

Las circunstancias agravantes que señala nuestro ordenamiento penal son: la premeditación, la alevosía, la ventaja y la traición, agravantes que sólo están contempladas para el caso de lesiones y homicidio (párrafo primero del artículo 315 del código penal) y la sanción correspondiente en caso de producirse una o varias de estas circunstancias agravantes para el caso de homicidio las señala el artículo 320 del Código Penal, situación que en base al análisis de dichas agravantes contempladas en los artículos 315, 316, 317, 318 y 319 del mismo ordenamiento legal, daremos los fundamentos para considerar al violador reincidente como acreedor a esta penalidad señalada por el artículo 320, así como añadir a la lista del homicidio y lesiones del artículo 315, el delito de violación.

Así pues, tenemos que el primer párrafo del artículo 315 del código nos señala: " Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición"(149).

" Artículo 320.- Al autor de un homicidio calificado se le impondrán de veinte a cincuenta años de prisión "(150).

5.2.1.- Premeditación.

El artículo 315, en sus párrafos segundo y tercero nos señala: " Hay premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer.

(149) Op. Cit. Código penal. Pág. 151.

(150) *ibid.* Pág. 152.

Se presumirá que existe premeditación, cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquiera otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes, o por retribución dada o prometida, por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad".(151).

Para que se dé la premeditación necesitamos de dos elementos que son:

a) Intencionalidad, esto es que sólo el delito intencional, puede a su vez, ser agravado por premeditación, por lo que la imprudencia con la premeditación no son factibles pues una excluye a la otra.

b) Reflexión previa de la conducta, esto es, que el delito realizado por el sujeto activo deberá haber sido reflexionado previamente a su realización.

Premeditar en el lenguaje normal de la vida, significa "pensar reflexivamente una cosa antes de ejecutarla".(152).

Y es en base al concepto genérico de la reflexión, que nuestro Código Penal basa la premeditación en la teoría ideológica o de la reflexión, la cual nos señala que el delito es premeditado, cuando el agente lo ejecuta previa a una decisión perfectamente deliberada, en la que recapacita, pesa, madura y planea el delito que va a cometer, la premeditación es, pues, la reflexión que precede a la ejecución y en la que el agente a ponderado las razones favorables o adversas a la realización del delito, las condiciones que pueden facilitar el logro del fin deseado, la elección del medio que aparece como más idóneo, etc.

(151) Op. Cit. Código penal. Pág. 151.

(152) Op. Cit. Pequeño Larousse Ilustrado. Pág. 832.

Es pues así, que la premeditación denuncia la superlativa intensidad del dolo con que actúa el delincuente, esto en virtud de la preordenación que el sujeto efectúa de los medios o modos de ejecución del delito.

Tal es el caso del violador que atacaba exclusivamente a mujeres dentista de la zona de Polanco y alrededores, en la que para llevar a cabo sus ilícitos, primeramente acudía al consultorio de la doctora y con el pretexto de hacer una cita para atenderse una pieza dental que le faltaba, este observaba todo el movimiento del consultorio, desde si trabajaba sola o con otros dentistas, los días y el horario de consulta, si tenía o no mucha clientela, etc. Una vez confirmada dicha cita, éste la cancelaba con cualquier pretexto y solicitaba si lo podía atender más temprano y de preferencia en sábado, esto con la intención de que no hubiera nadie más, el dentista le daba la nueva cita de acuerdo a como él lo había solicitado, y el día determinado para atenderlo, llegaba y con un cuchillo amenazaba a las víctimas, les tapaba la boca con cinta, y les amarraba las manos, con el cuchillo les rompía la ropa, las desnudaba y las violaba, aunado a que les robaba su instrumental de trabajo.

Aquí nos encontramos ante un violador, que con su conducta no denota otra cosa que a un sujeto que ha planeado previa y detenidamente los pasos a seguir para llevar a cabo sus ataques sexuales, lesionando con su actuar delictuoso premeditado, el presente y futuro de sus víctimas y la seguridad jurídica de la sociedad, es pues así que esta premeditación en el actuar del violador lo conduce a un perfeccionamiento en sus ataques futuros pues de cada ilícito va tomando en cuenta lo que favoreció más o menos a su comisión, por lo que en base a esto, nosotros consideramos que el caso del violador reincidente es y debe ser considerado como premeditado en la medida que él ya tiene en su curriculum criminal antecedentes de vivencias y recuerdos de como cometía sus actos delictivos y que al salir del cumplimiento de la sanción impuesta y manifiesta su voluntad

de volver a delinquir, no creemos que sea de igual manera su deseo el que se le vuelva a capturar y por ende ser sancionado de nueva cuenta, por lo que ahora reflexiona, medita, analiza y sopesa más su plan de ataque, de tal manera que la esperanza que se tenía de que este delincuente ya no volvería a violar ni agredir a nadie más fracasó, y que por el contrario, con su reincidencia ha denotado que al cometer sus delitos les ha invertido el tiempo suficiente para llevar a cabo su ejecución, esto es, hace una reflexión detenida del cómo, cuando, dónde y a quién, analizando lugares, horarios, medios y modos más oportunos para poder llevar con éxito sus ilícitos y salir victorioso de los mismos.

Es por esto que nosotros consideramos que el violador reincidente con su actuar, con su ánimo determinante y definido de volver a delinquir, piensa en el delito y la forma de cometerlo, con mayor frialdad y tranquilidad, como si violar se tratara o fuera cualquier otro acto de su vida, por lo que al violador reincidente se le debe sancionar con mayor severidad en la medida que sus actos son netamente premeditados.

Dentro de la premeditación quisiéramos hacer referencia a algunas de las hipótesis que maneja el tercer párrafo del artículo 315 y que las denomina presunciones legales de premeditación, en virtud de que consideramos son aplicables para el delito materia de nuestro estudio. Estas son presunciones " iuris tantum " (que admiten prueba en contrario), por lo cual le corresponderá al acusado destruir dicha presunción, probando que no hubo premeditación.

Así pues, tenemos al contagio venéreo, en donde el violador que conoce que tiene una enfermedad contagiosa (sífilis, sida, etc.), con la más perniciosa intención y previa la ideación más reflexiva, viola a su víctima con el propósito de transmitir la enfermedad

venérea que le aqueja, y como ejemplo tenemos al individuo que contrajo el virus del sida y motivado por un gran resentimiento hacia la vida, viola a sus víctimas con la intención de contagiarlas del mortal virus y así no ser el único que tenga que morir por esta causa.

La segunda hipótesis que nos interesa, es la de enervantes, pues cuantas violaciones, no se dan cuando el novio, el amigo, o en alguna disco, fiesta o club nocturno, le ponen a la bebida de la mujer alguna droga o somnífero, en la cual pierden el conocimiento y es cuando se abusa sexualmente, o en el caso de cuando se le da a la mujer algún estimulante que se utiliza para que se exciten los animales y se crucen, y es tal su acción que acaban teniendo la cópula con la persona que se las dió por no poder controlar su excitación en virtud de que es superior a ellas.

La tercera presunción, es el de tormento, y este se da cuando el violador aumenta inhumana y deliberadamente el dolor de su víctima, causándole males innecesarios para la ejecución del delito. En este caso del tormento, todo es razonada y refinada maldad, pues el violador se goza en su obra, ya que puede violar como se dijera vulgarmente de un solo golpe, pero no lo hace así, sino primero una lesión leve, luego otra más grave, la quemadura con cigarrillos, le hace cortes en los muslos, senos, cara, le introduce objetos distintos al miembro viril (tal como fue el caso de la chica que le introdujeron una botella en la vagina y posteriormente la rompieron dentro de ella) de tal manera que cada sufrimiento, cada quejido es para el violador un estímulo para seguir adelante, pero con cierto cuidado para no acabar demasiado pronto, de tal manera que el ensañamiento del violador consiste en el deliberado propósito de violar a su víctima haciéndola padecer sufrimientos físicos innecesarios, es el deleite de causar el mayor daño y dolor posible a quien ya no está en condiciones de defenderse.

De aquí no podemos denotar otra cosa que el violador ha reflexionado planeando la ejecución de la violación que se propone realizar, para de esta manera gozar con el dolor lento y prolongado que le infiere a su víctima; y estos reflexivos planes en orden a la forma en que comete la violación, evidencian que su realización estuvo precedida por la premeditación. Así pues, lo que determina el aumento de responsabilidad, peligrosidad e inseguridad jurídica, es el que el violador acreciente deliberadamente, con males innecesarios a la violación, el sufrimiento y dolor de la víctima, actuando a sangre fría, con una total serenidad y dominio sobre sí.

La cuarta presunción, es la de motivos depravados, como ejemplo de esta tenemos al violador que entra en una casa, y amaga a la madre y a los hijos, de tal manera que estando todos presentes primero viola a la madre y posteriormente a los hijos, con lo cual se tornará más doloroso el hecho, del que ser víctima en sí o en el caso de que el agente para vengarse de un enemigo viola a una hija o a la esposa de éste, con el fin de inferirle un gran dolor. Así pues, en la violación cometida por motivos depravados encontramos una superlativa malicia y perversión y nos revela una cínica y refinada maldad.

Por último tenemos la quinta presunción que es la brutal ferocidad, en la cual encontramos al violador que actúa por odio contra el género humano, pero sin alguna causa racional, sino de manera instintiva como animal salvaje y que viola por violar y de la manera más cruel, por lo que las víctimas se encuentran ante toda imposibilidad de precaverse contra el hecho, de tal manera que lo que más agrava la comisión del delito es el bárbaro e incontrolado impulso que nos revela una perversidad atroz y de un

desquiciamiento, pues actúan por demás de una manera sanguinaria, tal es el caso del violador que golpea, quema, mutila, y llega hasta matar a su víctima.

5.2.2.- Ventaja.

Idiomáticamente la palabra ventaja significa: "Superioridad de una persona respecto de otra"(153). De tal manera que el artículo 316 estima necesario ejemplificar el concepto de ventaja tanto en las formas como en los modos en que la ventaja puede encarnarse en la vida real.

A la letra el artículo 316 del Código Penal nos dice: " Se entiende que hay ventaja:

I.- Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado;

II.- Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan;

III.- Cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido, y

IV.- Cuando éste se halla inerte o caído y aquél armado o de pie.

La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuera el agredido, y, además hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia"(154)

(153) Op. Cit. Pequeño Larousse Ilustrado. Pág. 1056.

(154) Op. Cit. Código penal. Pág. 151 y 152.

De esta manera vemos que las cuatro fracciones se aplican a la perfección para el delito de violación, pues se manifiestan en los casos en que las víctimas son menores, mujeres, ancianos, personas que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho (idiotas, imbéciles, locura, síndrome, etc.) o persona que no pueda resistirlo (enfermedad, debilidad, cansancio físico, etc.); en los casos en que el violador va armado con pistola, cuchillo, navajas para amenazar (violencia moral), amagar o lesionar (violencia física), a sus víctimas; en los casos en que la violación es tumultuaria, etc., de tal manera que el violador se aprovecha de estas circunstancias, que le permiten vestirse de un estado de invulnerabilidad, por lo que no corre ningún riesgo de ser atacado, herido o muerto por su víctima y es precisamente esta invulnerabilidad en que actúa el violador, la que agrava el ilícito.

Este último aspecto de invulnerabilidad se encuentra referido en el texto del artículo 317, que a la letra dice: " Sólo será considerada la ventaja como calificativa de los delitos de que hablan los capítulos anteriores de este título, cuando sea tal que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido y que aquél no obre en legítima defensa"(155).

Por lo común además de existir la ventaja (que el violador esté armado), el sujeto activo emplea un medio insidioso de ataque (alevosía), e incluso esta acción ha sido reflexionada previamente (premeditación), por lo que si bien pueden concurrir las tres o dos de ellas, también lo es que pueden existir de manera aislada.

(155) Op. Cit. Código penal. Pág. 152.

5.2.3.- Alevosía.

" Artículo 318.- La alevosía consiste: en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer "(156).

La palabra alevosía gramaticalmente significa: " Circunstancia agravante que consiste en el aseguramiento de la comisión de un delito sin riesgo para el delincuente" (157). De tal manera que el violar alevosamente implica actuar con insidia, así como con astucia y engaño, dándose un ocultamiento que dejará en estado de indefensión al sujeto pasivo y le dará mayores probabilidades al sujeto activo.

Este ocultamiento puede ser objetivo o material y subjetivo o moral:

a) Objetivo o material.- Es cuando para agredir a su futura víctima, el sujeto activo realiza un ocultamiento de su propio cuerpo, la mano armada, los instrumentos con los que atacará, etc.

b) Subjetivo o moral.- Es cuando el agente oculta la intención, de modo que su actitud aparente no es reveladora de su intención criminal, lo cual le da mayor probabilidad de lograr su propósito y lo coloca en un plano de protección respecto a la víctima.

(156) Op Cit. Código penal. Pág. 152.

(157) Op Cit. Pequeño Larousse Ilustrado. Pág. 47.

Tres son las formas de manifestación externa, establecidas en el artículo 318:

a) La sorpresa, dentro de esta encontramos la forma más clásica que es el ataque insospechado y súbito, efectuado mediante el ocultamiento del violador, en donde este acecha, observa, espía, vigila y persigue cautelosamente a su futura víctima, con el objeto de observar sus costumbres, hábitos, horarios, etc. y aguardar el instante en que ésta pase por el lugar que, por más propicio, ha sido escogido para violar a su víctima de manera sorpresiva e imprevista, esta sorpresa es la que aprovecha el violador que actúa en Ciudad Universitaria y que ataca a las estudiantes cuando se dirigen a sus vehículos, o los que se introducen en los vehículos y se esconden, o los que atacan en las zonas industriales y sorprenden a las trabajadoras a su salida del centro de trabajo.

b) La asechanza, en términos generales la debemos entender como el engaño o artificio para hacerle daño a otro, de tal manera que así como el acecho y cualquier otra sorpresa imprevista desplegada sobre la víctima presuponen el ocultamiento de la persona del sujeto activo, los engaños y artificios para hacer daño a otro, señalan la presencia del sujeto activo y ocultamiento de medios.

De tal manera que el ataque alevoso empleando asechanza se da cuando el sujeto activo en presencia del pasivo falta a la verdad en la que dice o hace o adopta una actitud de disimulo y cautela que no da lugar ni oportunidad para que la víctima se pueda defender, como ejemplos tenemos el caso del dentista que expusimos anteriormente, o el caso del plomero que cuando se presenta a realizar un trabajo en una casa habitación distrae a su víctima señalándole en donde esta la falla y en ese momento la taca, o el personal de vigilancia de un condominio que abusa de la confianza que se le deposita en virtud de que es él quien resguarda la seguridad del inmueble

c) El empleo de cualquier medio que también impida la defensa, aquí quedan comprendidos genericamente todas las formas y medios que eviten la defensa de la víctima.

Concluyendo, la alevosía, no es, como la premeditación, una circunstancia de pura existencia subjetiva, sino que debe manifestarse exteriormente tendientes a obrar sin peligro, de tal manera que los modos (de improviso) y los medios elegidos (asechanza u otros) para realizar el ataque o la violación sean de tal índole que aminoren la defensa de la víctima, lo cual por demás agrava el delito, pues agrede y daña más intensamente a la sociedad y sus bienes jurídicos.

5.2.4.- Traición.

" Artículo 319.- Se dice que obra a traición: el que no solamente emplea la alevosía, sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza "(158).

La traición es un caso específico de alevosía, que contiene todos los elementos de ésta y además la perfidia, o sea, la deslealtad o el quebrantamiento de la fe o seguridad expresa o tácita que la víctima hubiera podido recibir del agente. Como fórmula, podría decirse que la traición es la suma de la alevosía más la perfidia.

(158) Op. Cit. Código penal. Pág. 152.

Es indispensable precisar la relación preexistente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, a fin de determinar si hubo traición o no, de tal manera que si se quebranta la fe o la seguridad que debe uno al otro (expresa o tácita), se tratará de una violación a traición. Ejemplos de este actuar, están en el guardaespaldas que viola al que protege o a alguien de su familia, o la muchacha de servicio que es violada por algún miembro de la familia, o el ginecólogo que al hacer un tacto a su paciente abusa sexualmente de ella, o el maestro que abusa de su alumno, o el niño que es violado en la guardería, etc.

De lo anterior se desprende que la violación presupone la insidia que integra la alevosía; pero el empleo del modo o medio de ejecución que no le da lugar al agredido de defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer, está facilitado por la perfidia de que se vale el violador, al quebrantar la fe o seguridad debida, por lo que la traición no consiste en el simple quebranto de un lazo o un deber moral de lealdad oriundo de un parentesco, amistad, gratitud, etc., sino la utilización insidiosa de la fe o confianza que dichos vínculos crean en la víctima, para impedir que ésta pueda evitar el mal que se le quiera hacer.

Por último cabe señalar que la traición no requiere la premeditación ni la ventaja y por cuanto hace a la alevosía, se dejó claro que ésta forma parte de la traición; por tanto, se puede afirmar que: toda traición implica alevosía, pero no toda alevosía implica traición.

5.3. - REFORMAS LEGISLATIVAS.

En esta última parte de nuestro trabajo, nos permitiremos, hacer ya en concreto nuestra propuesta de que la violación se torne como calificada cuando sea cometida por un violador reincidente, y para tal efecto consideramos necesario la reforma legislativa en materia de violación en nuestro ordenamiento penal, concretamente la creación de un artículo que contemple dicha calificación de la violación y su consecuente agravación en la penalidad, así como la reforma y adición de los artículos 315 y 320 del mismo ordenamiento legal.

5.3.1.- Proyecto de reformas al Capítulo I, Título XV del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

A través del desarrollo de nuestro trabajo, nos hemos dado cuenta que en materia de punibilidad, a efecto de no caer en una constante ley del péndulo, esto es, actuar con extremos como en su tiempo lo fue la época de la venganza privada que se caracterizó por la severidad de sus penas y posteriormente caer en un periodo humanitario, que considera que todo delincuente entre otras cosas era razonable y readaptable, es mejor que la sanción o pena obedezca a una realidad, y es en este sentido que, la realidad a la que obedece nuestra propuesta, es que el violador reincidente tuvo su oportunidad a través de la prevención general y prevención individual, así como a través de las vivencias que le dejó el cumplir su condena, a que reflexionara sobre el daño que con su actuar había causado a la sociedad infringiendo la ley y lesionando por demás brutalmente a un ser que lo único que deseaba era llevar una vida en la medida de lo

posible sana y normal, pero sin embargo, y muy a pesar de todos, este individuo, recae, y vuelve a delinquir, demostrando un mayor desprecio por el orden social y por la ley así como una refracción hacia la rehabilitación.

Por lo que, lo anterior nos lleva, a creer firmemente, que la pena para el violador reincidente a la que actualmente sería acreedor, esto es de nuevo de ocho a catorce años de acuerdo al criterio señalado por los artículos 65 y 52 del Código Penal, no corresponde a la realidad ni a la magnitud del ilícito, y mucho menos al actuar del violador reincidente, ya que demostró y con creces, que su actuar no denota sino perfeccionamiento y mayor insensibilidad en todos sentidos, al llevar a cabo sus ilícitos con las agravantes que señala la ley.

Así pues, para que nuestra legislación penal esté acorde a una realidad que nos aqueja, se deben contemplar las siguientes adiciones y reformas:

Al Capítulo I, Título Decimoquinto, proponemos el siguiente artículo y texto:

Redacción propuesta: Artículo 267.- La pena para el delito de violación será de veinte a cincuenta años de prisión, cuando éste sea cometido por quien condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero y habiéndola cumplido, cometa un nuevo delito de violación en el que medie conjunta o separadamente las agravantes que señala el artículo 315, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 20 de este ordenamiento.

Al párrafo primero del artículo 315 del Código Penal, que a la letra dice:

" Artículo 315.- Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados,

cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o traición." (159).

Se propone el siguiente texto:

Artículo 315.- Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o traición.

Para los efectos del anterior párrafo será considerada como violación calificada, la cometida por violador reincidente.

Al Artículo 320 del Código Penal que a la letra dice:

" Artículo 320.- Al autor de un homicidio calificado se le impondrán de veinte a cincuenta años de prisión "(160).

Se propone la siguiente redacción:

Artículo 320.- Al autor del delito de violación y homicidio calificado se le impondrá de veinte a cincuenta años de prisión.

Así pues, por nuestra parte consideramos que con la investigación anteriormente desglosada y con nuestras propuestas dejamos clara nuestra postura del presente trabajo de tesis, no siendo otra nuestra intención que en la medida de lo posible poner nuestro granito de arena hacia la perfección de nuestro ordenamiento legal y seguridad jurídica.

(159) Op. Cit. Código penal. Pág. 151.

(160) Ibid. Pág. 152.

ANEXOS

No cabe duda que el delito de violación es el más grave de los delitos sexuales, por lo que como complemento del presente trabajo, quisimos saber a través de una investigación de campo, el conocimiento, información y actitud que la gente tiene respecto de ella.

Nuestro método de investigación fue a través de encuestas anónimas, que se le aplicaron a un universo compuesto de 58 personas, de ambos sexos, variando en edades que van desde los 18 años hasta los 69 años, difiriendo en igual forma en ocupación y nivel socioeconómico.

A continuación se presenta el contenido de dicha encuesta, así como los resultados obtenidos en su aplicación.

ENCUESTA

SEXO : MASCULINO O FEMENINO O

EDAD: _____

ESCOLARIDAD: _____

OCUPACION: _____

ESTADO CIVIL: _____

1.- ¿Sabe en que consiste la violación? SI-NO Explicar.

2.- ¿Ha tenido usted conocimiento de alguna violación?

SI

NO

3.- ¿Qué consecuencias cree usted que sufre la persona que ha sido violada?

4.- ¿Si su hijo o usted fueran víctimas de violación, recurriría a las autoridades? SI-----NO

¿Por qué?

5.- ¿Cree usted que la mujer provoque esta conducta? SI NO ¿Por qué?

6.- ¿Cuáles cree usted que sean las razones por las que una persona realiza una violación?

7.- ¿Qué castigo pediría usted para un violador?

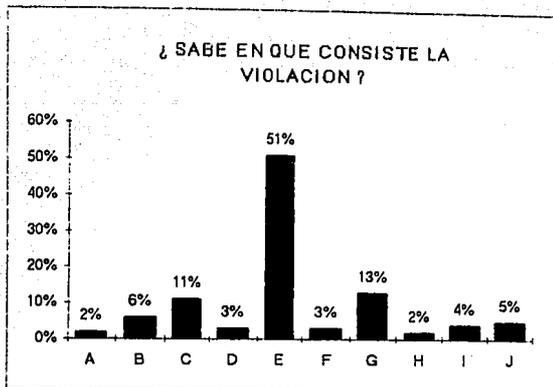
8.- ¿Qué cree usted que se daña con este delito: 1) la honestidad, 2) la virginidad, 3) la libertad sexual, 4) la libertad, 5) el cuerpo humano, 6) la dignidad, 7) el normal desarrollo psicosexual, 8) la seguridad, 9) la integridad, 10) otros?

9.- ¿A partir de que momento cree usted que se consume el delito de violación?

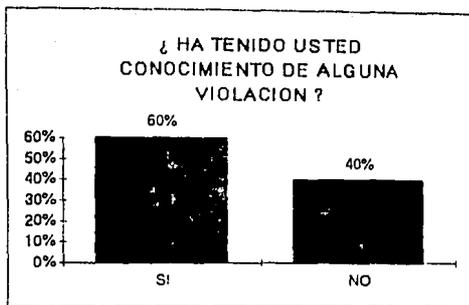
10.- ¿Qué medidas propondría usted para evitar esta conducta?

11.- ¿Ha sido usted objeto de alguna violación sexual? SI NO

12.- ¿Denunció el hecho ante las autoridades? SI NO

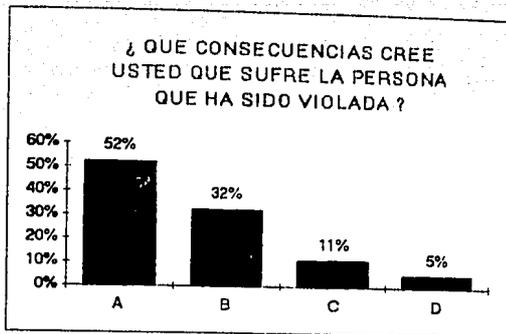


- A) El 2% opina que es la relación sexual con mujer sin su consentimiento.
- B) El 6% opina que sólo pueden ser forzados la mujer y los menores.
- C) El 11% señala que es forzar una relación sexual por la fuerza física.
- D) Sólo el 3% considera la violencia moral.
- E) El 51% considera que es el acto sexual impuesto sin consentimiento.
- F) Un 3% opina que es abusar sexualmente de una persona.
- G) El 13% contempla tanto la violencia física como la moral conjuntamente.
- H) 2% considera que es el acto que veja la dignidad y el honor de alguien.
- I) Sólo un 4% considera que puede ser a través de la violencia física o moral, no importando el sexo o de edad de la víctima.
- J) El 5% expresó que puede ser por uno o varios sujetos.



De 35 violaciones que se tuvo conocimiento, sólomente 4 fueron denunciadas, esto es, sólo un 11%.

Dentro de las principales causas por las que no se denunció el hecho, están la verguenza y la actitud negativa por parte de las autoridades.



Dentro de las respuestas que encontramos estan las siguientes:

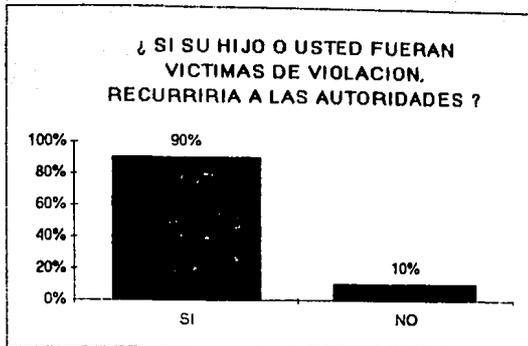
A) El 52 % de los encuestados señalan que la principal consecuencia de este delito son los graves problemas psicológicos que deja en la víctima, (delirio de persecución, pesadillas, miedo a volver a ser violadas, culpa, autoestima baja).

B) El 32% señala como consecuencias del ilícito el embarazo, infecciones venéreas y lesiones.

C) El 11% le da peso al rechazo que sufre la víctima por parte de su familia, de su pareja y de la sociedad en general.

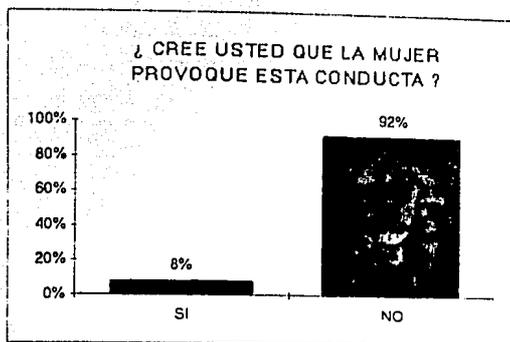
D) El 5% de los encuestados considera la pérdida de las ganas de vivir por parte de la víctima.

Es así, como podemos observar que la más grave consecuencia de este delito es la tormentosa vida posterior, por las dificultades y obstáculos que encuentra la víctima para reincorporarse y reintegrarse a su vida normal.



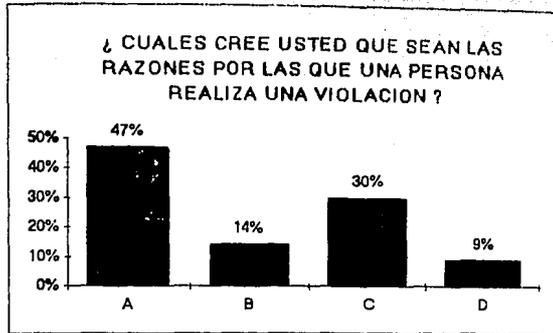
El 90% de los encuestados contestó en sentido afirmativo argumentando que lo harían para que se hiciera justicia castigando al delincuente, así como para que no cause daño a otras personas.

La vergüenza, la actitud negativa de las autoridades y el hecho de hacerse justicia por propia mano, son los factores que motivan al restante 10% de los encuestados a no denunciar el ilícito.



Los encuestados que consideran a la mujer como provocadora, argumentan que lo son por su forma de actuar, caminar y vestir y porque ésta quiere tener sexo.

El resto del grupo, que considera que no, señalan que nadie quiere ser dañada por bonita que sea o sexy que vista, así mismo consideran que los medios de comunicación (televisión y revistas) incitan al sexo y a la violencia.

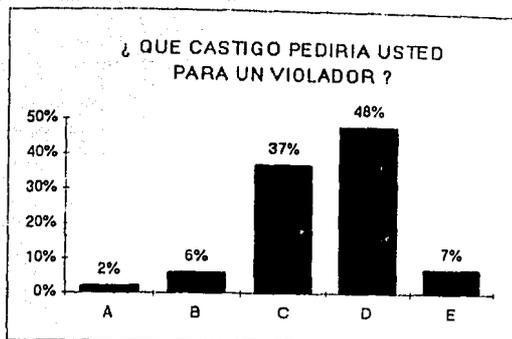


A) El 47% manifestaron que los violadores son personas con problemas psicológicos muy serios (traumas sexuales, depravación, complejos).

B) El 14% de los encuestado dijeron que era consecuencia de problemas sociales y culturales (drogas, alcohol, pornografía, machismo).

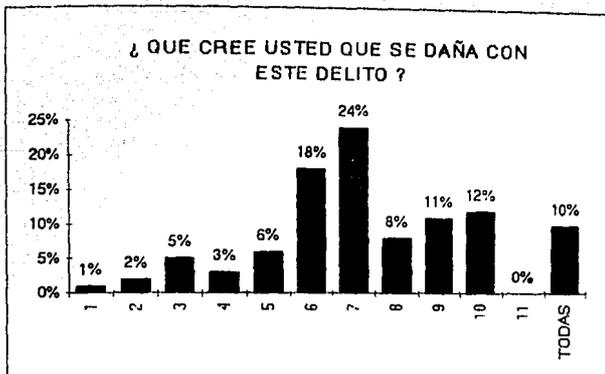
C) El 30% contesto que éstas personas son consecuencia de la crisis existente en el seno familiar y en la moral.

D) El restante 9% considera que la víctima es quien lo provoca.

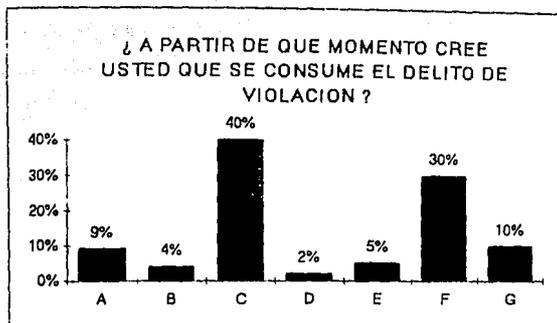


- A) El 2% considera que para este ilícito no existe castigo suficiente.
- B) El 6% manifestó que se debe practicar la ley del talión.
- C) El 37% señala a la pena de muerte y a la castración.
- D) El 48% de los encuestados considera que se debe aplicar la pena máxima de prisión contemplada en la ley.
- E) El 7% del grupo sugiere la reclusión del delincuente en una institución para enfermos mentales.

Encontramos que las respuestas revelan que el repudio y por ende la reacción social contra este tipo de delincuentes es muy fuerte, ya que se busca eliminar al sujeto de la sociedad para siempre, ya sea a través de la pena de muerte, la castración o la pena máxima de prisión.



- 1) El 1% considera que se daña la honestidad.
- 2) El 2% opina que se lesiona la dignidad.
- 3) Sólo un 5% considera que es la libertad sexual.
- 4) 3% señala que es la libertad.
- 5) El 6% cree que es el cuerpo humano.
- 6) El 18% considera que es la dignidad.
- 7) El 24% opina que es el normal desarrollo psicosexual.
- 8) Un 8% señala que es la dignidad.
- 9) 11% opina que es la seguridad.
- 10) El 12% habla de que es la integridad.
- 11) El 10% considera que se dañan todas las anteriores.



A) El 9% considera que se consuma desde que el ilícito pasa por la mente del delincuente.

B) 4% no sabe.

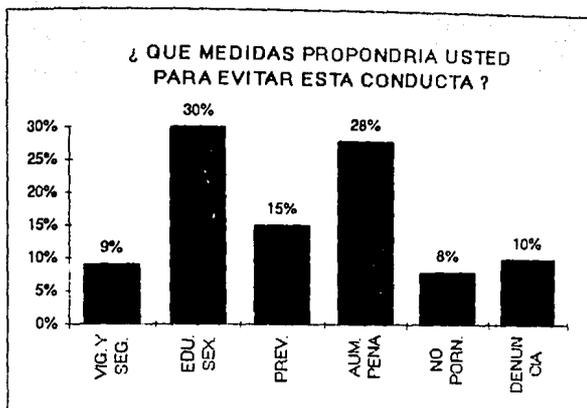
C) El 40% opinó que el delito se consuma a partir de que se da la violencia física o moral.

D) Un 2% considera que es en el momento de la introducción de un objeto en la vagina.

E) El 5% considera que hasta que se da la eyaculación.

F) El 30% opinó que el delito se consuma en el momento en que el miembro viril penetra en la vagina.

G) El 10% señala que es cuando se da el contacto con las partes nobles.



El 9% considera que deben implantarse programas de vigilancia y seguridad.

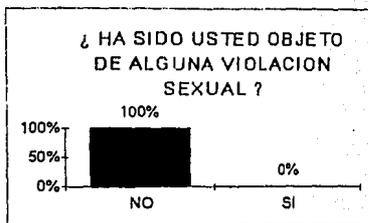
El 30% pugna por mayor educación sexual.

Un 15% de los encuestados sugiere campañas de cómo prevenir el delito.

El 28% considera que se debe incrementar la penalidad.

8% opina que debe eliminarse la pornografía y la violencia, sobre todo la sexual, de la televisión, revistas y periódicos.

El 10% considera que se debe crear conciencia para que se denuncie el delito.



El 100% de los encuestados contestaron en sentido negativo.

De acuerdo a los resultados obtenidos en la aplicación de éste cuestionario, podemos observar que la gran mayoría de estas personas, no obstante de ser mayores de edad, tener hijos o haber cursado en la escuela un programa de educación sexual, denotan no tener un concepto cuando menos básico del qué, cómo, y quiénes, etc. de la violación, citando como ejemplos el hecho de que nadie considere que el hombre puede ser sujeto pasivo o que la mujer puede ser sujeto activo de la misma, o el hecho de que consideren que con la violación se pierde la honestidad de una persona, o que es la virginidad la que se daña con el acto violento, dejando sin posibilidad de denunciar a las casadas, divorciadas o no vírgenes y por supuesto a las prostitutas.

Por lo que confirmamos la necesidad imperiosa de que se impartan cursos de educación sexual así como de prevención al delito, y crear conciencia en la sociedad para que se denuncie el ilícito y sancionar al culpable, no permitiendo causar más daño

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.- Desde las primeras civilizaciones el delito de violación ha sido considerado de entre todos los delitos sexuales como el más grave que ha presenciado la historia de la humanidad, y caracterizado por la severidad de sus penas, básicamente la muerte para el agresor.

2.- Es un delito de criterio uniforme en cuanto al estudio doctrinario de la mayoría de sus elementos se refiere, aunque es un hecho que debe admitir y aplicar criterios más amplios para su valoración.

3.- El bien jurídico tutelado por la ley en el delito de violación protege la libertad sexual y normal desarrollo psicosexual del individuo. Sin embargo para el caso de la violación en personas que no tienen la capacidad de comprender el significado del hecho, éstos no serían los bienes lesionados, en virtud de que por su estado mental no pueden ejercer la libre determinación de su conducta en materia erótica, ni tampoco un normal desarrollo psicosexual, por lo que el legislador debe pensar en una redefinición del bien jurídico tutelado, y así de esta manera encuadrar en éste la integridad personal y seguridad sexual.

4.- Consideramos que el daño físico y psicológico causado en la víctima de violación cuando se introduce vía anal o recto cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, es igual y en algunos casos superior al hecho de que se introduzca el miembro viril solamente, por lo que a efecto de que nuestro ordenamiento penal este acorde a una realidad, es necesario que el legislador

considere el incremento de la penalidad establecida en el tercer párrafo del artículo 265 e igualarla con la establecida en el primer párrafo del mismo ordenamiento. Esto sin perjuicio y sin perder de vista que tanto en un caso como en otro se lesiona la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

5.- Las secuelas físicas y psíquicas que se producen en la víctima de violación, son daños que en ningún otro acto delictivo son tan fuertes y trascendentales, al mermar y destruir la vida presente y futura de quien la sufre, y que por desgracia son agravados en la mayoría de los casos por la familia y el círculo social en el que se desenvuelve. Por lo que se establece la necesidad casi inminente de otorgar apoyo psiquiátrico o psicológico profesional tanto a la víctima como a la familia de ésta, con el objeto de dignificarla y en la medida de lo posible hacer que supere el trauma.

6.- La pena se impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o delito, que lesiona y rompe con la seguridad jurídica, pudiendo ser o no un mal para este. La pena como paradigma de justicia, es siempre retribución, en donde esta es una idea universal firmemente arraigada en la conciencia de la sociedad que reclama el justo castigo del culpable y que no es de ninguna manera ni aspira a ser una venganza encubierta, sino sus fines son más reales y elevados, ya que pugna por el restablecimiento de la seguridad jurídica, al proteger, restablecer y mantener el orden y equilibrio, que son fundamento de la coexistencia, y dejar sin posibilidad (momentánea o no) al delincuente de repetir sus actos lesivos en contra de más personas, así como de que con su mal ejemplo, otros individuos sean estimulados a violar la ley.

7.- El violador reincidente, con su actuar, demuestra que es total y absolutamente refractario tanto a la prevención general como a la prevención individual de la pena, en virtud de que la primera no lo intimidó para delinquir por primera vez y la segunda no consiguió en él, el efecto de la reflexión para evitar su recaída, no obstante el recuerdo de haber vivido el proceso en el que se vió envuelto y el hecho de compurgar dicha sanción, con lo cual queda comprobado que al violador reincidente ni la amenaza ni la ejecución de la pena ordinaria le pueden impedir la comisión de sus actos delictivos.

8.- Es pues así que el violador reincidente, no obstante de haber cometido el ilícito una vez y haber sido condenado a determinada penalidad considerada como suficiente, vuelve a delinquir lesionando los bienes jurídicos protegidos por nuestra legislación penal, lesionando la coexistencia y lesionando el futuro de sus víctimas de manera tan determinante, no merece sino considerar su ilícito como calificado y agravar la sanción, en virtud de que renovar en contra de él la misma penalidad sería inútil, ya que queda demostrado que con la recaída en su proceder delictivo, la fuerza de esa pena no fue determinante y que por el contrario sus ilícitos son cometidos con premeditación, con alevosía, con ventaja o con traición; por lo que deja a su víctima en un mayor estado de indefensión y provoca con esto la mayor alarma social.

9.- El Estado debe buscar la seguridad jurídica del todo, dejando de lado al individuo que con su propio actuar se segrega de la sociedad y se rebela contra la ley, al demostrar su mayor desprecio por el interés social, por el orden y por la seguridad jurídica. Por lo que el incremento a la penalidad para el violador reincidente se funda en el hecho de que su ilícito debe sancionarse de manera proporcional y justa a la magnitud del daño

que ha causado y sobre todo para no dar oportunidad a que con su actuar dañe a más seres humanos y evitar que en el futuro la habitualidad desplace a la reincidencia.

10.- Estamos conscientes de que conjuntamente a la agravación de la penalidad del violador reincidente, se deben tomar ciertas acciones, en aras de completar el todo, de tal manera que consideramos necesario a manera enunciativa y no limitativa los siguientes puntos:

- Que tanto en las escuelas como en el seno familiar se imparta una educación sexual sana y veraz, en donde se desmitifique al sexo como algo prohibido, obsceno o morboso.

-- Campañas publicitarias, a través de los principales medios de comunicación, con el objeto de que se informe a la sociedad de lo que es e implica el delito de violación, de lo que se debe hacer o no en caso de un ataque y en la medida de lo posible evitarlo, de lo que debe o no hacer la persona que ya ha sido victimada por un violador y a donde acudir, facilitando dentro de estas campañas de información teléfonos y direcciones, así como instituciones gubernamentales y servidores públicos que den atención a estas personas.

- Como punto fundamental a tratar tanto de la educación sexual como de las campañas de información, es el hecho de crear consciencia en que es un derecho y deber de la víctima y de su familia el denunciar, el ilícito, y que en la medida de que no haya denuncia, no hay delito ni delincuente que perseguir y que este individuo seguirá por las calles, escuelas, etc. causando más daño a otros seres inocentes.

-- Dadas las características del delito, los trámites para llevar a cabo una denuncia de violación, deben ser manejados con agilidad, discreción y rapidez, que hagan que la víctima y su familia sienta confianza para denunciarlos y seguridad en que va a ver

justicia, de tal manera que es necesario lograr la profesionalización y moralización de las personas que prestan sus servicios en las agencias especializadas.

11.- Por último debemos afirmar que la agravación de la pena para el violador reincidente trasciende, en virtud de que se considera que el delito de violación es considerado de los más graves, pues si bien, la vida es jurídicamente contemplada por la ley como lo más valiosos del ser humano, en ese orden de ideas debe considerarse a la libertad y en este caso a la libertad sexual, como otro de los valores fundamentales de la vida del hombre en sociedad, ya que el violador reincidente representa un delincuente con mayor índice de afectación a la sociedad causando una mayor alarma social, sin perder de vista que muchas de las veces, la mujer víctima del acto delictivo no denuncia el ilícito cometido en su agravio, pero dicho acto conduce a abortar, o a tener un hijo no deseado, o a adquirir enfermedades venéreas, y en su caso el mortal sida, por lo que es necesario, pues, que se adicione en el Capítulo, Título decimoquinto la violación calificada, cuando sea cometida por violador reincidente, a efecto de reestablecer o garantizar la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

1. ABARCA, RICARDO. EL DERECHO PENAL EN MEXICO. ED. JUS. REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES. MEXICO. 1841. 501 Págs.
2. AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA G. DERECHO PENAL. ED. HARLA. MEXICO. 1993. 418 Págs.
3. CARRANCA Y RIVAS, RAUL. DERECHO PENITENCIARIO. CARCEL Y PENAS EN MEXICO. ED. PORRUA. MEXICO. TERCERA EDICION. 1986. 651 Págs.
4. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL. ED. PORRUA. MEXICO. DECIMA PRIMERA EDICION. 1976. 766 Págs.
5. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, CARRANCA Y RIVAS, RAUL. CODIGO PENAL ANOTADO. ED. PORRUA. MEXICO. DECIMA QUINTA EDICION. 1990. 993 Págs.
6. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. PRINCIPIOS DE SOCIOLOGIA CRIMINAL Y DE DERECHO PENAL. ED. ESCUELA NACIONAL DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES. MEXICO. PRIMERA EDICION. 1955. 163 Págs.
7. CORTES IBARRA, MIGUEL ANGEL. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. MEXICO. TERCERA EDICION. 1987. 549 Págs.
8. COSTA, FAUSTO. EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFIA. TR. MARIANO RUIZ FUNES. ED. HISPANO-AMERICANA. MEXICO. 1953. 298 Págs.

9. CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL. TOMO I. PARTE GENERAL.
VOLUMEN I. ED. BOSCH, CASA EDITORIAL. BARCELONA, ESPAÑA.
DECIMOSEPTIMA EDICION. 1975. 473 Págs.
10. CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL. TOMO I. PARTE GENERAL.
VOLUMEN II. ED. BOSCH, CASA EDITORIAL. BARCELONA ESPAÑA.
DECIMOSEPTIMA EDICION. 1975. 475-918 Págs.
11. CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL. TOMO II. PARTE ESPECIAL.
VOLUMEN II. ED. BOSCH, CASA EDITORIAL. BARCELONA, ESPAÑA.
DECIMOCUARTA EDICION. 1975. 471-1080 Págs.
12. CUEVAS SOSA, JAIME Y GARCIA DE CUEVAS, IRMA. DERECHO PENITENCIARIO.
ED. JUS. MEXICO. 1977. 187 Págs.
13. DE P. MORENO, ANTONIO. CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL.
ED. PORRUA. MEXICO. SEGUNDA EDICION. 1988. 820 Págs.
14. DONNA, EDGARDO ALBERTO Y IUVARO, MARIA JOSE. REINCIDENCIA Y
CULPABILIDAD. ED. ASTREA. BUENOS AIRES, ARGENTINA. 1984.
121 Págs.
15. DOWDESWELL, JANE. LA VIOLACION HABLAN LAS MUJERES.
ED. GRIJALBO. MEXICO. 1987. 253 Págs.
16. F. CARDENAS, RAUL. ESTUDIOS PENALES. ED. JUS. MEXICO. PRIMERA
EDICION. 1977. 337 Págs.
17. FONTAN BALESTRA, CARLOS. TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO III. PARTE
ESPECIAL. ED. ABELEDO PERROT. BUENOS AIRES, ARGENTINA. SEGUNDA
EDICION. 1990. 583 Págs.

18. FONTAN BALESTRA, CARLOS. TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO V. PARTE ESPECIAL. ED. ABELEDO PERROT. BUENOS AIRES, ARGENTINA. SEGUNDA EDICION. 1989. 633 Págs.
19. GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. ED. PORRUA. MEXICO. TERCERA EDICION. 1974.
20. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO. LOS DELITOS. ED. PORRUA. MEXICO. DECIMA TERCERA EDICION. 1975. 469 Págs.
21. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. EL CODIGO PENAL COMENTADO. IMPRESORES UNIDOS. MEXICO. SEGUNDA EDICION. 1939. 341 Págs.
22. GONZALEZ DE LA VEGA, RENE. COMENTARIOS AL CODIGO PENAL. CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. MEXICO. PRIMERA EDICION. 1975. 630 Págs.
23. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO. ED. SUDAMERICANA. BUENOS AIRES, ARGENTINA. TERCERA EDICION. 1989. 578 Págs.
24. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO I. CONCEPTO DEL DERECHO PENAL Y DE LA CRIMINOLOGIA. ED. LOSADA. BUENOS AIRES, ARGENTINA. CUARTA EDICION. 1964. 1435 Págs.
25. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO II. FILOSOFIA Y LEY PENAL. ED. LOSADA. BUENOS AIRES, ARGENTINA. TERCERA EDICION. 1950. 1467 Págs.

26. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO VII. EL DELITO Y SU EXTERIORIZACION. ED. LOSADA. BUENOS AIRES, ARGENTINA. SEGUNDA EDICION. 1977. 1019 Págs.
27. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO II. LA TUTELA PENAL DE LA VIDA E INTEGRIDAD HUMANA. ED. PORRUA. MEXICO. TERCERA EDICION 1975. 336 Págs.
28. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO III. LA TUTELA PENAL DEL HONOR Y DE LA LIBERTAD. ED. PORRUA. MEXICO. QUINTA EDICION. 1984.
29. KVIKTO, LUIS ALBERTO. LA VIOLACION. PERITACION MEDICOLEGAL EN LAS PRESUNTAS VICTIMAS DEL DELITO. ED. TRILLAS. MEXICO. SEGUNDA EDICION. PRIMERA REIMPRESION. 1991. 127 Págs.
30. LARDIZABAL Y URIBE, MANUEL DE. DISCURSO SOBRE LAS PENAS. PROLOGO DE JAVIER PIÑA Y PALACIOS. ED. PORRUA. MEXICO. PRIMERA EDICION. 1982. 293 Págs.
31. MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. ED. TRILLAS. MEXICO. SEGUNDA EDICION. 1990. 307 Págs.
32. MARTINEZ ROARO, MARCELA. DELITOS SEXUALES. ED. PORRUA. MEXICO. PRIMERA EDICION. 1975. 264 Págs.
33. MEZGER, EDMUND. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. MEXICO. PRIMERA EDICION. 1985. 459 Págs.
34. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. ED. PORRUA. MEXICO. TERCERA EDICION. 1977.

35. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION. ED. PORRUA. MEXICO. CUARTA EDICION. 1985.
233 Págs.
36. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. ED. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO. MEXICO. SEGUNDA EDICION. 1968. 914 Págs.
37. RAMOS PEDRUEZA, ANTONIO. LA LEY PENAL EN MEXICO DE 1810 A 1910. ED. MANUEL PORRUA. MEXICO. 1911. 21 Págs.
38. RODRIGUEZ, RICARDO. EL DERECHO PENAL. OFICINA TIP. DE LA SECRETARIA DE FOMENTO. MEXICO. 1902. 791 Págs.
39. SOLER, SEBASTIAN. DERECHO PENAL ARGENTINO II. ED. ARGENTINA. BUENOS AIRES, ARGENTINA. TERCERA EDICION. 1973. 508 Págs.
40. VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL. ED. PORRUA. MEXICO. TERCERA EDICION. 1975. 658 Págs.
41. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. CARDENAS EDITORES Y DISTRIBUIDORES. MEXICO. 1991.
857 Págs.
42. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. TRATADO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. VOLUMEN I. CARDENAS EDITORES Y DISTRIBUIDORES. MEXICO. PRIMERA EDICION. 1988. 503 Págs.
43. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. TRATADO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. VOLUMEN V. CARDENAS EDITORES Y DISTRIBUIDORES. MEXICO. PRIMERA EDICION. 1988. 557 Págs.

OTROS

1. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. BERBERA EDITORES. MEXICO. 1995. 443 Págs.
2. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. EDICIONES ALF. MEXICO. 1994. 188 Págs:
3. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. TOMOXXI. ED. DRISKILL. BUENOS AIRES. ARGENTINA. 1982. 1019 Págs.
4. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. TOMO XXVI. ED. BIBLIOGRAFICA ARGENTINA. BUENOS AIRES, ARGENTINA. 1989. 1002 Págs.
5. GARCIA--PELAYO Y GROSS, RAMON. PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. EDICIONES LAROUSSE. MEXICO. 1979. 1663 Págs:
6. MEMORIAS DEL PRIMER CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PENAL 1981. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO. MEXICO. 1982. 265 Págs.
7. TRABAJOS DE REVISION DEL CODIGO PENAL. TOMO I. PROYECTO DE REFORMAS Y EXPOSICION DE MOTIVOS. TIP. DE LA OFICINA IMPRESORA DE ESTAMPILLAS DE PALACIO NACIONAL. MEXICO. 1912. 509 Págs.
8. VIOLACION. AYUDENOS A PREVENIRLA. SUPERVISION GENERAL DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD. PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. 2 Págs.