

**ANALISIS DE LOS ELEMENTOS TIPICOS Y ELEMENTOS
MEDICO-LEGALES EN EL DELITO DE VIOLACION
PROPIA E IMPROPIA**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

TERESA GARCIA MEJIA



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

I N D I C E

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS TIPICOS Y ELEMENTOS MEDICO- LEGALES EN EL DELITO DE VIOLACION PROPIA E IMPROPIA.

Págs.

INTRODUCCION.....	11
-------------------	----

C A P I T U L O I

SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACION

1.- Concepto Juridico del Delito de Violación.....	13
2.- Antecedentes Históricos del Delito de Violación.....	15
a).- Derecho Universal;.....	15
b).- Derecho Histórico Español;.....	18
c).- Derecho Mexicano.....	20
3.- Bien Juridico Tutelado.....	22

4.- Modalidades del Delito de Violación.....	26
a).- Elemento Común;.....	26
b).- Violencia Efectiva;.....	30
c).- Violencia Presunta.....	33
5.- Consumación y Tentativa del Delito de Violación.....	37

C A P I T U L O I I

SUJETO PASIVO DEL DELITO DE VIOLACION

1.- Concurso de Delitos y Delincuentes.....	43
a).- Concurso de Delitos;.....	44
b).- Concurso de Delincuentes.....	48
2.- Violencia Moral del Delito de Violación.....	51
a).- Consentimiento;.....	51
b).- Intimidación;.....	54
c).- Víctima Privada de Razón;.....	56
d).- Víctima Privada de Sentido;.....	57
e).- Víctima que por Enfermedad o por cualquier otra Causa no pueda resistir la Cópula.....	57

f).-	Victima menor de doce años.....	58
3.-	Subjetividad de la violación.....	60
4.-	Agravantes Específicas	62
5.-	Sanciones al Delito de Violación	66
6.-	Parentesco para los Efectos de la Ley Penal ...	71
7.-	Cuadro Sinóptico del Delito de Violación ..	72 Bis

C A P I T U L O I I I

PERITACION MEDICO LEGAL DEL DELITO DE VIOLACION DE LA PRESUNTA VICTIMA.

1.-	Interrogatorio de la Presunta Victima del Delitode Violación	73
-	Consideraciones que deben tomarse en cuenta para el Delito de Violación:.....	73
a).-	¿Qué Ocurrió?;.....	76
b).-	¿Cuando Ocurrió?;.....	76
c).-	¿Dónde Ocurrió?;.....	77
d).-	¿Quién o quiénes fueron el Autor o Autores?;	77
e).-	¿Cómo Ocurrió?;.....	77

f).- ¿Porqué Ocurrió?;.....	78
g).- ¿Qué Sintió?;.....	79
h).- ¿Otras Consideraciones.....	79
2.- Exploración Física del Delito de Violación.....	80
a).- Aspectos de Interés que deben tomarse en cuenta al Efectuarse la Exploración Física;	80
b).- Examen minucioso de las Ropas.....	82
3.- Violación por Vía Vaginal:.....	84
- La Exploración Física.....	84

C A P I T U L O I V

TIPO DE LESIONES QUE PUEDEN ENCONTRARSE EN EL DELITO DE VIOLACION.

1.- Lesiones que se pueden encontrar en el delito ..	86
2.- Clasificación de las Lesiones encontradas en la Presunta Víctima:.....	89
a).- Lesiones Necesarias;.....	89
b).- Lesiones Innecesarias;.....	90

3.- Examen de la Zona Anorrectal:.....	90
- Lesiones que Pueden Encontrarse;.....	91
- Ubicación de las Lesiones:.....	95
a).- Examen Colposcópico;.....	96
b).- Luz de Wood.....	96
4.- Toma de Muestras para el Análisis del Laboratorio Criminológico	97

C A P I T U L O V

EXAMEN PSICOLOGICO DE LOS SUJETOS EN EL DELITO DE VIOLACION

1.- Examen Psiquiatrico de la Presunta Víctima....	101
2.- Examen del Acusado.....	103
3.- Clínica Médico Forense del Delito de Violación.....	104
4.- Diferencia entre Escotadura Congénita y Desgarro.....	108
5.- Informe Médico Legal en el Delito de Violación.....	111

CONCLUSIONES115

BIBLIOGRAFIA119

INTRODUCCION

En la mayor parte del mundo, la historia legislativa del delito de violación revela que sus sanciones se han caracterizado por su rigor.

En los Códigos Penales Modernos, sin que la infracción haya perdido su acento de máxima gravedad dentro de los delitos sexuales, se ha abandonado la penalidad de muerte para este delito de violación, sin perjuicio de extremar las sanciones mediante agravaciones especiales o por acumulación, cuando en ella coinciden otros eventos delictuosos como los de contagio venérico, asalto, incesto, lesiones u homicidio.

En la violación, la cópula se impone por la fuerza material o por la intimidación, y puede sufrirla tanto un hombre como una mujer, lo mismo una doncella que una prostituta, el anciano, lo mismo que el adolescente o el niño.

La violación constituye el más grave de los delitos sexuales porque, además de la brutal ofensa erótica que representa sus medios violentos de comisión, implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los personas.

La mayor parte de las legislaciones, bajo el común nombre de violación y como especie de ésta, incluyen la figura conocida doctrinariamente como violación presunta, la cual consiste en el ayuntamiento sexual con personas incapacitadas para resistir el acto por enfermedades de la

mente o del cuerpo, por su corta edad o por semejantes condiciones de indefensión.

En la violación la falta de un modo absoluto como lo es el consentimiento de la víctima, ésta sufre la imposición genética por medios violentos que se traducen en actos de fuerza como los de amarrar a la ofendida, sujetarla entre varias personas, imposibilitarla para la defensa de su cuerpo, o bien obligándola a no ofrecer resistencia por las amenazas de un peligro inminente y actual para su cuerpo o vida, pero verosímil y grave.

El delito de violación puede ser en forma normal o en forma anormal tomando en cuenta que es en forma normal (por vía vaginal) es decir de hombre a mujer, y en forma anormal (empleando el ano o la boca), es decir, con persona de cualquier sexo.

C A P I T U L O I

SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACION

CONCEPTO JURIDICO DEL DELITO DE VIOLACION

Violar es tanto como profanar. Violar a una mujer equivale a despojarla del carácter sagrado que le da la virginidad. La violación es en este sentido, una reminiscencia de la sociedad patriarcal en que la calidad de virgen de la mujer, era una garantía de que el derecho dominical del hombre sobre ella no había sido objeto de transgresión.

Con el avance del tiempo, el primitivo concepto de violación sufre hondas modificaciones. Por una parte, cuando el sexo va perdiendo el carácter sagrado que en un principio tenía, la violación se circunscribe a la ejecución de actos de violencia sexual. Por otro lado, el carácter sagrado del sexo, propio de la mujer, se transforma de manera que el hombre recibe la protección social, que en un principio se otorgaba únicamente a la mujer.

Sin desbordar el ámbito de la sociedad patriarcal, el castigo de la profanación de la mujer se limita a aquellos casos en que se le ha despojado de su carácter sagrado mediante un acto de violencia. Este concepto predomina en las definiciones clásicas y se amplía a partir de

Carpzovio, quien introduce en la doctrina el concepto de violencia presunta.

La definición se concreta con Carrara, para quien la violación es el conocimiento carnal de una persona, ejercido contra su voluntad, mediante el uso de la violencia verdadera o presunta (1). Las dos formas de comisión del delito, que Carrara incluye en la definición, son objeto de alusión por parte del Código Penal. La verdadera o efectiva (artículo 265) y la presunta (artículo 266). Ambas formas serán estudiadas en el curso del presente trabajo.

El concepto de violación debe ser delimitado del de atentados al pudor (artículo 260) del Código Penal. Estos delitos se han confundido históricamente y esta confusión ha trascendido incluso a Enrique Pessina quien definió la violación como "la contaminación de la castidad corpórea de una persona, haciéndola servir para desahogo de la lujuria" (2). Carrara define el atentado al pudor como "todos aquéllos actos impúdicos ejecutados sobre otra persona contra su voluntad y que no constituye tentativa de violación".(3)

El elemento subjetivo que deslinda ambos delitos, aparece, por lo que toca a México, claramente expresado en el artículo 260 del Código Penal; propósito directo e inmediato de llegar a la cópula. Este propósito, que constituye un elemento subjetivo del injusto, deslinda el de atentados al pudor de la tentativa de violación.

(1) Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial.

(2) Elementi di Diritto Penale, Vol. 11, Pág. 92 del curso.

(3) Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Párrafo 1.542.

La clasificación del delito de violación, dentro de la sistemática general del Código, no ofrece dificultad. Sin embargo González Blanco, hace referencia a tres formas a saber, las siguientes:

1.- En orden al tipo que es la de un tipo autónomo, puesto que no se deriva de ningún otro, ni entra en su integración otro tipo de delito.

2.- En orden a la conducta, tenemos que el delito de violación se clasifica como la acción, por no presentarse las formas de omisión y de comisión por omisión.

3.- Instantáneo, por que la violación se realiza en el momento de la consumación, se extingue con ésta y se consuma al verificarse la cópula. (4)

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION

a) Derecho Universal

En la evolución histórica del Derecho Penal, la violación va confundida con otros delitos afines, tales como los abusos deshonestos y el rapto. El concepto genérico que agrupa el de las tres especies es común a todos los pueblos antiguos y solo varia en orden a la pena.

En Egipto.- Según Diodora Sículo, se imponía la castración; y entre el pueblo hebreo, muerte o multa, según la condición de casada o soltera de la mujer (Deuteronomio, 25, XXII).

(4) Delitos Sexuales, Pág. 136.

En la India.- El Manava-Dharma-Sastra o Código de Manú imponía pena corporal al que violara a una mujer, aclarando que no era culpable si la gozaba con su consentimiento y era de su misma clase.

En Grecia.- Primeramente el castigo era una multa, y después el culpable era obligado a casarse con la mujer, si ella consentía, y si no consentía, era condenado a muerte; más como el número de delitos impunes era grande por la piedad de las mujeres que aceptaban el matrimonio, hubo de abolirse éste, dejando sólo subsistente la pena capital. Es de notar que se castigaba tanto la violación de mujer libre como de esclava, hallándose esta última especialmente protegida por una Ley de Salón.

Aunque una violación, la de Lucrecia por Tarquino, imprimió nuevo rumbo a la vida política de Roma, su derecho la desconocía como figura propia, confundiéndola con el rapto y los abusos deshonestos, y la castigó con la "Lex Julia de vis pública" como un simple crimen de vis, con la pena de muerte, la acusación estaba reservada al padre, pero si éste perdonaba, era público el derecho de acusar.

El Derecho Canónico, en cambio, distinguió muy débilmente la violación, admitiendo más bien la existencia de la seducción, como lo demuestra la Decretal "De adulteris et strupro", cuyo texto citado del Deuteronomio, y sólo entendía la violación, (stuprum cum vi) como una forma agravada.

Canónicamente, la condición de la mujer se tenía muy en cuenta, y era especialmente grave la violación cometida en persona religiosa profesada, pues, según los comentaristas, encerraba tres distintos delitos: Incesto (quía monialis sponsa Dei est quiest pater noster);

Sacrilegio (qui est res sacra) y **Adulterio** (qui sponsa alterius est).

El culpable debía dotar a la víctima y casarse con ella; si no se casaba y por ser pobre no podía dotarla, era excomulgado y encerrado en un monasterio para hacer penitencia; si era religioso, como no se podía casar, se le deponía en el fuero externo; si la violación la cometió en la persona de una penitente suya, se le imponía doce años de penitencia y degradación si la víctima era religiosa, y si era **legal**, además, se le imponía la obligación de repartir sus bienes entre los pobres.

La ley de los sajones castigaba la violación con una multa que por extraño capricho del legislador, disminuía si la víctima concebía. El Edicto de Teodorico impone al culpable la obligación de casarse con la mujer y darle la mitad de sus bienes si es noble y rico, y en Inglaterra, Guillermo el Conquistador imponía como pena la ceguera y la castración.

A principios de la edad moderna culmina la evolución legislativa del concepto de violación, aunque aún no se desglosa el género de la especie. Una ley sajona de 1588, al disponer que en las relaciones sexuales e ilegítimas no se castigue a la mujer cuando hubiere mediado violencia, afirma ésta como esencia de la violación, y la Constitución Carolina, en su Capítulo CXXV impone la pena de muerte al "que tomare a una mujer casada, viuda o joven de buena fama, por la violencia y en contra de su voluntad, su honor de joven o de mujer".

La Ley Carolina no tuvo, en realidad, valor efectivo, pues tanto el derecho consuetudinario como el poder de los grandes señores dificultaban su aplicación, más, a pesar de ello, su precepto sobre la violación pasó después a la

Theresiana y al Código Josefino e inspiró a un práctico de la época, Carpzovio, un cuerpo de interesante doctrina en el que aparece ya el concepto de violencia presunta.

b) Derecho Histórico Español

En el Fuero Juzgo, Libro III, Título IV, se regula el delito de violación, castigando al "Forzador" con cien azotes y entrega a la esclavitud de la mujer ofendida, si es hombre libre; si era siervo, como ya no podía caer en la esclavitud, era quemado. El matrimonio entre ofensor y ofendida no era permitido, hasta el extremo de quedar siervos los que contraían, con toda su hacienda, de los herederos más propinuos.

El Libro II, Título II, del Fuero Viejo de Castilla, bajo la rúbrica general "De los que fuerzan las mujeres", desarrolla sucesivamente tres leyes, tratando en la primera del **rapto**, y en las dos siguientes de la violación, castigando al culpable con la muerte e imponiendo a las mujeres una serie de condiciones, un tanto indecorosas, con que habían de proceder en sus querellas para ser creídas. Si el culpable no era hallado, la mujer recibía 300 sueldos.

Por una cita contenida en la segunda de las citadas leyes deduce que los preceptos legales, tan severos, eran rigurosamente observados en la práctica, toda vez que se nos cuenta que en casa de Alfonso X, siendo todavía Príncipe, se juzgó y condenó a la amputación de la mano derecha y luego a ser ahorcado a un hombre de Castro Urdiales que había forzado a una moza quebrantando toda su naturaleza con la mano.

Las cuatro primeras Leyes del Título X del Libro IV del Fuero Real están dedicadas a los que "furtan, roban o engañan a las mujeres", y tratan conjuntamente del rapto y de la violación imponiendo pena de muerte a:

- 1.- La cometida en persona de mujer soltera;
- 2.- La cometida con el concurso simultáneo de dos o más personas, cualquiera que sea la condición de la mujer; y
- 3.- La de cualquier religiosa profesas.

Si la mujer raptada por varios era violada por uno solo, los demás satisfacían sólo una pena pecunaria que se distribuía por mitad entre la ofendida y la Cámara del Rey.

Las leyes 121 y 122 del Estilo castigaban la violación con la muerte, y bastaba para condenar al hombre con que la mujer saliera de la casa desgredada y proclamando su desgracia, si el hombre era hallado en el interior de aquélla.

Las partidas dedican de su contenido la Ley 3a. del Título XX de la Partida VII, a la violación, involucrando su concepto con el de rapto, pues dice que se comete "robando algunos hombres a una mujer que puede ser viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa y ejecutando con ella actos eroticos por la fuerza"; imponían al culpable la pena de muerte, acompañada de la confiscación de bienes en favor de la ofendida, en caso de que ésta no gozara de buena fama, la pena quedaba al arbitrio del Juez, el cual había de considerar quién era la víctima, quién era el culpable y circunstancias que rodearon el hecho.

El espíritu del Fuero Juzgo respecto a rechazar el perdón en forma de matrimonio trasciende a las Partidas,

pues la confiscación de bienes en favor de la ofendida se convierte en beneficio del padre o de la madre cuando contraen matrimonio el forzador y la forzada, y, en caso de que los padres consideren, pasan entonces los bienes a la Cámara del Rey.

En las Recopilaciones se confunden también el rapto y la violación, más se suavizan las penas, imponiendo la privación de libertad en lugar de la muerte.

En el Código Penal de 1822 la violación no parece aún deslindada del rapto y diferenciada de los abusos deshonestos; se equipara por primera vez en España el abuso sobre niño o niña impúber a la violación; se aumenta la pena si a resultas de la violación sufre la mujer daño en su integridad física o si es casada, y se disminuye si es prostituta.

c) Derecho Mexicano

El derecho precortesiano carecía, obviamente, de la técnica necesaria para sistematizar los delitos sexuales. En un trabajo de Lucio Mendieta y Núñez hayamos algunas referencias al castigo de esta clase de hechos. Se sancionaba el estupro, el incesto, la alcahuetería, la pederastia. La figura de violación, con los elementos con que hoy se perfila, no figuraba. (5)

Durante la Colonia rigieron las Leyes de Indias, que disponían que "en todo lo que no estuviere decidido ni declarado por las leyes de esta recopilación o por cédulas, previsiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las de Indias, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla conforme las de Theresiana" (Ley 2, Tit. I, Lib. II). Así

(5) Derecho Precolonial. Criminalía, Junio de 1939.

es que regía en México, como en toda América, con carácter supletorio, el Derecho Castellano. Los delitos eran sancionados conforme a la Séptima Partida.

El Código Penal de 1871, en el título VI de su libro II, bajo el rubro de "delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres", describía y sancionaba el delito de violación. Su artículo 795 decía que "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". El artículo 796 equiparaba a la violación, realizando 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. La cópula con mujeres menores de catorce o diez años solamente se podía sancionar como estupro (artículo 794). Se ha dicho reiteradamente que el Código Penal de 1871 tomó ejemplo próximo al español de 1870. Esta afirmación no es exacta con relación al delito de violación, cuya configuración al no diferenciar el sexo del sujeto pasivo, que la ley española extiende únicamente a la mujer, acusa más bien la influencia italiana.

El Código Penal de 1929 describía y sancionaba, en el título XIII, del libro III, la violación bajo el rubro de delitos contra la libertad sexual. Como se advierte, la confusión característica del Código de 1871, con relación al bien jurídico, se aclara en el de 1929.

El Código Penal de 1931 incluye la violación bajo el rubro de delitos sexuales, rubro que es, a todas luces, inexacto, puesto que si bien es cierto que el momento consumativo de los delitos incluidos en dicho rubro consiste en una conducta sexual (salvo el rapto) no lo es menos, los bienes jurídicos lesionados por cada uno de

ellos son diferentes. Vemos, en consecuencia cuál es el bien jurídico lesionado por la violación.

BIEN JURIDICO TUTELADO DEL DELITO DE VIOLACION

Como dice González Blanco, en la estimativa de la objetividad jurídica del delito de violación la doctrina adopta criterios diferentes . (6)

Para algunos autores la objetividad jurídica, esta constituida por la honestidad. Arilla Bas dice al comentar esta postura: "Ahora bien, ¿Qué honestidad daña la violación? ¿Será la de la mujer ofendida?". Apenas tiene sentido esa pregunta. Según el Diccionario de la Real 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. ¿Será en cambio la honestidad familiar la perjudicada por la violación?. La respuesta afirmativa la hallamos en Pacheco, quien dice "El que roba, viola o seduce a una mujer, peca contra su padre y su familia" pero ¿Por qué?. Esta afirmación categórica, que tan bien sienta al dogmatismo del autor discípulo de Rossi, es falsa, pues el delito existe, aunque la familia no exista, y por otra parte ¿Qué honestidad familiar puede dañar la violación de

(6) Delitos Sexuales, Pág. 136.

una mujer emancipada? ¿Atacará finalmente la violación a la honestidad pública?. Desde el punto de vista legal, no puede sostenerse esta cuestión, pues no es delito perseguible de oficio, sino a instancia de parte, cuyo perdón extingue la acción penal o la pena. Y desde el punto de vista científico, el coito, que es el hecho deshonesto, no sirve de base para el delito, pues todo hombre puede unirse sin delinquir a toda mujer, si no la sustrae de la casa paterna ni fuerza, ni la engaña, ni es menor de doce años.(7)

Carrara, sitúa la violencia carnal dentro de la categoría de los delitos que atacan la pudicia individual. Al respecto cabe indicar que en la violación lo típico es la cópula, que no es exigida en las figuras que las leyes describen para regular la pudicia como son: El abuso deshonesto o los atentados al pudor.

Eusebio Gómez, expresa "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 sentimiento del pudor, que resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad". Manfredini, aún cuando acepta la doctrina del Código Italiano, en el sentido de ser la libertad sexual o el derecho a la libertad de disposición carnal, el bien jurídico tutelado por la ley, en este caso expresa: "que tal derecho tiene su origen en la necesidad de garantizar la elección sexual por las exigencias de la vida de relación" y defiende la tesis de que "el pudor tiene una función biológica de defensa de la elección sexual".

Para otros autores, como Stooes quien cita a Arilla Bas y Cuello Calón, el bien jurídico tutelado en el delito de violación, no puede ser otro que la libertad sexual, y

(7) El delito de violación. Pág. 17.

de idéntica opinión es la de Fontán Balestra cuando dice "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 tal como afirma exactamente Salvagno Campos, prescindir de ella si así le place". (8)

González de la Vega, también acepta este último criterio al sostener: "El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito 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, constringimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, metus). Tanto en la violencia física como en la violencia moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta, en materia erótica". (9)

Tiene razón González Roura, cuando sostiene que la intención del sujeto activo, se encamina a la obtención de la cópula pero esa circunstancia no impide considerar que el bien jurídico que se lesiona con la violación sea la libertad sexual, supuesto que los medios violentos que se emplean para la obtención de la cópula, son precisamente los que impiden a la víctima la libre determinación de su conducta.

Las legislaciones extranjeras y la nuestra, acusan también diferencias en cuanto a la clasificación del delito

(8) Delitos Sexuales. Pág. 41.

(9) Derecho Penal Mexicano. Pág. 382.

que nos ocupa, y como ejemplo pueden citarse los Códigos de Argentina y España, que la incluyen entre los "delitos contra la honestidad" los de Brasil e Italia entre los "delitos contra la libertad sexual". El de Rusia en los "delitos contra la vida, la salud y la dignidad de las personas", y los de Ecuador y el nuestro, entre los "delitos sexuales".

El delito de violación, como hemos visto, no surge precisamente por la cópula sino por circunstancias ajenas específicamente a él, pero que concurren en el acto. Y como la violencia, que es lo que le hace punible, en sí, no ataca el pudor, la objetividad jurídica, dañada por ella, nos dará, en definitiva, la de la violación.

La violencia, cualquiera que sea su clase, daña la libertad del individuo, y, por consiguiente, la que persiga un fin sexual dañará la libertad sexual del mismo. Al antiguo bien jurídico de la honestidad se opone, modernamente, el novísimo de la libertad sexual, defendido por autores como Stooes y Birkmeyer.

Esta ofensa, dice Manfredini, es consecuencia del *Jus Utendi Corporis*. El Ministro Italiano Rocco, en la redacción del Código Penal de 1930, añade que "dentro de los límites de la costumbre y el derecho", con lo cual distingue la libertad sexual como bien jurídico del liberalismo sexual, que no lo es.

Esta objetividad jurídica afirma la independencia de la violación de los abusos deshonestos, como ya esbozamos antes. Manzini opone a la libertad sexual la inviolabilidad carnal, pues según el Código Italiano, la violación puede cometerse sobre una persona del mismo sexo. Desde luego que si la libertad sexual para ser bien jurídico, ha de moverse, como presenta Rocco, dentro de los límites

señalados por la costumbre y el derecho, es evidente que nuestras costumbres no autorizan el uso de la libertad homosexual, que, por otra parte, es opuesta al Derecho Penal, por no ser castigada en nuestro país, por lo menos al civil, que fundamente la familia en la oposición de los sexos.

MODALIDADES DEL DELITO DE VIOLACION

Las modalidades del delito de violación se determinan por la clase de violencia empleada. Pozzolini la divide en **efectiva y presunta** (10). Garraud subdivide la primera en **física y psicológica** (11). Ambas aparecen mencionadas en el Código Penal. La primera, es decir, la efectiva origina el delito llamado de violación propia (artículo 265) y la segunda llamada violación impropia o delito equiparado a la violación (artículo 266). Tienen ambas un elemento común el cual es la cópula.

a).- Elemento Común

En la violación, la conducta típica se integra por el acceso carnal o cópula, siempre y cuando ésta se realice mediante el empleo de la violencia, en cualquiera de sus formas.

La Cópula. Según el Diccionario de la Real Academia, cópula significa atadura, ligamento de una cosa con otra, en sentido estricto etimológico es sinónimo de unión. El verbo copular, proviene de "copulare", que en latín significa juntar o unir una cosa con otra.

(10) Dei Delitti contro il buen costume el ordie delle famiglie, Milano, Vallardi, Pág. 39.

(11) Traité du Droit Penal Francais, Vol. V., Pág.474.

En el campo jurídico, como veremos en seguida, no existe uniformidad de criterio sobre lo que debe entenderse por cópula, y esto hace necesario precisar su concepto, para poder dar solución a los diferentes problemas que se derivan de la misma.

Para los Doctores Arturo Baledón Gil y José Torres Torrija, citados por González de la Vega, por cópula "debe entenderse en forma exclusiva el ayuntamiento sexual entre varón y mujer, precisamente por la vía vaginal o sea el coito normal". En cambio, González de la Vega no acepta ese concepto, y apoyándose en el sentido gramatical de la palabra y en su acepción lógica, nos dice que, por cópula debe entenderse "todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna". Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual la que implica necesariamente una actividad viril, normal o anormal, pues sin ésta no se puede con propiedad decirse, que ha habido copulativa conjunción carnal. Nótese que fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natural, como en los normales. De esta manera concluimos en su aceptación erótica general, la acción de cópula comprende a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer, precisamente por la vía vaginal, y a los anormales sean actos homosexuales masculinos o sean de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural. Intencionalmente excluimos del amplísimo concepto de cópula en el acto homosexual femenino la inversión efectuada de mujer a mujer. En el tratamiento lésbico no existe propiamente fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril". (12)

(12) Derecho Penal Mexicano. Pág. 386.

Eusebio Gómez al referirse a esta cuestión expresa, que, "la conjunción carnal como llamó el Código Italiano, en su artículo 519 o acceso carnal según la expresión del nuestro (Código Argentino, significa en concepto de Manzini, todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas sujeto activo o sujeto pasivo sea introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo). No difiere substancialmente la opinión de Manfredini, Crivellari expresa que la conjunción se verifica siempre aún haya introducción aunque sea incompleta del miembro viril en los genitales de la mujer o en el hombre; Majno acepta igual este concepto". (13)

No cabe duda que el concepto expuesto por los Doctores Torres Torrija y Baledón Gil es el que filosóficamente corresponde a la cópula. Sin embargo, no es éste el concepto que le asigna nuestro Código Penal, desde el momento en que el artículo 265 determina que la violación puede ser realizada en persona de cualquier sexo, lo que significa que tácitamente admite la cópula contra natural y lo mismo se aceptó por el legislador de 1871 al considerar como una de las circunstancias éste delito, que la cópula fuera contra el orden natural.

Se admite, por lo general, que la cópula puede ser ejecutada tanto por la vía normal (vaginal) como por la vía anormal (empleando el ano o la boca) y respecto a esta última se acepta casi sin discusión la que se efectúa por el ano, en atención seguramente a la configuración anatómica que tiene, ya que posee glándulas de proyección erótica, pero en cambio se discute la posibilidad de que la cópula pueda ser realizada por la boca (fellatio in ore) aún mediante la violencia manifestada o presunta.

(13) Derecho Penal. Tomo III. Pág. 84.

Uno de los autores que se resiste a aceptar la posibilidad de que la "fellatio in ore" pueda configurar el delito de violación es Eusebio Gómez, porque, según él, en la Fellatio in ore falta propiamente el acceso carnal que requiera la violación y estima ese acto más bien como un abuso deshonesto.

Por el contrario, Soler sí admite esta posibilidad, pues dice que aún cuando el sentido tradicional de la expresión acceso carnal descarta la posibilidad de considerar como violación los actos de malicia, los torpes desahogos, mientras no importe unión sexual, conjunción o penetración normal, no requiere en su concepto, un acceso carnal completo o perfecto, bastando tan sólo que haya penetración.

La opinión de Soler, es compartida por Fontán Balestra, cuando expresa 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 es la que intervengan los órganos genitales del actor que pueden representar el coito o una forma equivalente del mismo, pero superior a la masturbación y por Ure, al sostener que debe interpretarse el término acceso carnal en su más amplia extensión, sin referirlo exclusivamente a las dos formas más comunes en que se manifiesta, es decir, la vaginal y la anal.

González Blanco encuentra correcta las opiniones de los tratadistas que sostienen que el caso de la Fellatio in ore, si se configura la violación, supuesto que nuestro legislador al aceptar la posibilidad de la cópula anormal, no establece ninguna restricción al respecto.

b).- Violencia Efectiva

La violencia consiste en los medios que se emplean para vencer la resistencia de la víctima, cuando ésta es psíquica o físicamente incapaz de oponerla. Estimamos que la violencia es el elemento fundamental del delito de violación, supuesto que, a virtud de ella, se ataca la libertad sexual, que como ya se indicó, constituye el bien jurídico objeto de la tutela.

La violencia puede ser: física (vis) o moral (metus) caracterizándose la primera, en que los medios empleados obran directamente sobre el cuerpo de la víctima y la segunda, en que son de naturaleza intimidatoria.

Según Carrara, la violencia, en cualquiera de esas formas, se origina del concurso de voluntades o sea la del sujeto activo y la del sujeto pasivo, pero a condición de que estén en abierta oposición, pues de lo contrario no existirá la fuerza.

Para que la violencia física tenga relevancia en la violación, se requiere que la fuerza que se ejerza, recaiga directamente sobre la víctima, y como sostiene Garraud, que sea suficiente para neutralizar la resistencia que ésta debe oponer.

En cuanto a la resistencia, que es el elemento objetivo de la fuerza, Carrara exige que sea **seria y constante**, entendiéndose por seria que sea realmente verdadera, es decir, que no se halle afectada de engaño, y por constante, que se mantenga desde que se inicien los actos violentos hasta su terminación, y para Eusebio Gómez, debe manifestarse con gritos y actos de fuerza que

demuestren en ella una voluntad contraria a la de su agresor. No basta que la mujer se haya limitado a decir no quiero, dejando después que el hombre, satisfaga su deseo, sin oponerle resistencia, y agrega que "esto no basta por una doble razón: En primer lugar, por que el Juez quedará siempre con la duda de si aquélla mujer, que oponiéndose con la voz se prestaba con el cuerpo, quiso o no el acto obsceno, y en segundo lugar, porque el imputado, frente a la actividad contradictoria asumida por la mujer respecto a las tentativas, bien podría alegar que no creyó usar la violencia, sino al contrario, ser grato a la mujer".

Fontán Balestra estima como esencial para la violencia, que sea suficiente y continuada entendiéndose por suficiente aquélla en que la voluntad esté en todo momento seguida con decisión hacia una misma dirección, y por continuada que se realice consecutivamente durante la realización del acto sexual.

Pacheco por su parte dice: "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 con la violencia física la intimidación, ha quedado bien claro a entender la idea que dirige. No debía de buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores celosos de la fuerza o de poder. Resultando que la resistencia fue verdadera y que se emplearon medios capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrentar a una persona común, la violencia está justificada".

La violencia moral, se traduce en las amenazas o amagos de males graves que el sujeto activo emplea para intimidar a la víctima y lograr en esas condiciones el acceso carnal, pero a condición según Carrara, que sean serios y constantes. En esta forma de violencia, aún cuando

coloca a la víctima en la disyuntiva de optar por su entrega sexual o sufrir las consecuencias de su negativa a diferencia de lo que sucede en la violencia física, no impide la resistencia.

El profesor Ure, al hacer referencia a la violencia moral, exige que el daño objeto de las amenazas o amagos, además de grave e injusto, sea determinado para que la víctima esté en condiciones de apreciarlo en toda su magnitud; posible supuesto que si fuera irrealizable, carecería de eficacia intimidatoria; pues a futuro ningún efecto podría producir aquél que ya se hubiera realizado; y dependiente de la voluntad de amenazante.

Examinamos siguiendo a González Blanco, algunos de los problemas que se suscitan en relación con la violencia:

a).- ¿Puede extenderse la violencia a terceras personas ligadas a la víctima por vínculos de parentesco, gratitud o amor.

Carrara al referirse a este problema, hace la distinción entre el mal ya causado, de aquél con que se amenaza causar, y opina que en la última hipótesis existe violencia moral, no así respecto a la primera, pues cree que "la fuerza ejercida sobre los terceros no tiene efecto ninguno sobre la mujer, ni físico ni moral y sería un gravísimo error hablar de violencia carnal, cuando aquélla haya consentido libremente".

Eusebio Gómez, refiriéndose a la opinión de Carrara, indica que cuando la violencia de que se hace objeto al tercero, tiene el propósito de intimidar a la víctima, la voluntad de ésta resulta coartada, no por la violencia en sí, sino por el efecto emotivo que le produce, y ese efecto es precisamente lo que constituye la violencia moral, y

agrega que en cada caso debe comprobarse el género de vinculación que existe entre la víctima y el tercero sometido a la violencia, así como la intensidad del afecto que los liga, para estar en condiciones de poder precisar si el efecto emotivo se justifica. Fontán Balestra cita a Pascuale Ferozzi, a Grivalleri, a Pozzolini y a Mancini, entre los autores que sostienen que no es posible excluir la eficacia de tal violencia, pero con las reservas del caso, y Ure, a Alsina, Florián y Moceda, entre los que admiten como verdadera y propia violencia física la que se ejerce en contra de terceros.

La doctrina española exige la intimidación del sujeto pasivo. Esta exigencia nos parece que completa el concepto de la violencia moral. La violencia moral viene a ser simple medio de naturaleza eminentemente objetiva, en tanto que la intimidación es un estado de construcción del ánimo en el sujeto pasivo, de índole eminentemente subjetiva. En otras palabras, la violencia moral, por sí sola, no es elemento constitutivo del delito, sino que únicamente alcanza esta condición en el caso de que intimide. De otra forma, no existiría relación de causa a efecto entre la violencia y la obtención de la cópula.

b).- ¿Hay posibilidad de configurar la violencia, cuando ésta se ejerce sobre las cosas?. No creemos en tal posibilidad si se toma en cuenta que ésta, como hemos dicho, debe ser ejercida sobre la víctima para que pueda establecerse la relación de la cópula, lo que no quiere decir, por supuesto.

c).- Violencia Presunta

El artículo 266 del Código Penal reza: "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 esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa". Esta redacción, es diferente de la original, y se debe a la reforma de 12 de diciembre de 1966 (Diario Oficial de la Federación del 20 de enero de 1967).

Este artículo describe tres modalidades:

1a.- Cópula con menores de doce años. La naturaleza jurídica de esta modalidad es muy discutible. Pensamos, sin embargo, que no constituye una modalidad de violencia presunta, como dice Garraud (14). Pues la ley no presume que el sujeto pasivo no quiere sino, por el contrario, que no conoce. El vicio del consentimiento, a nuestro juicio, más que la voluntad, radica en la mente.

2a.- Cópula con persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales. La doctrina tradicional agrupa estas causas sobre el denominador común de estado de inconciencia, que Manzini divide en específicos (entidades neológicas mentales) y genéricos (otros).

Los estados genéricos podemos dividirlos en naturales, artificiales y patológicos. Son naturales el sueño, el sonambulismo y el viambulismo; artificiales, la la narcosis y el hipnotismo, y patológicos, el coma, el síncope y el sueño histérico. Esta distinción entre estados naturales y artificiales reviste gran importancia en orden a la temibilidad del sujeto activo, puesto que, aún cuando la ley no haga distinción alguna, revela una mayor perversidad el sujeto activo que priva de la conciencia al pasivo, que el que se aprovecha de un estado de esa clase no provocado por él. Esta circunstancia podrá

(14) *Traité du Droit Penal français*, Tomo V, Pág. 476.

tenerse en cuenta para la individualización de la pena ordenada por los artículos 51 y 52 del Código Penal.

3a.- Cópula con persona que no esté en posibilidad de resistir la conducta delictuosa. La ley se refiere a circunstancias que no priva de la conciencia al sujeto pasivo, pero le impide realizar el movimiento corporal necesario para resistir la agresión sexual. El fundamento de la punibilidad de esta conducta radica, a nuestro juicio, en que en ellos ya se presentó el elemento objetivo de la violencia, es decir, la resistencia.

Sin embargo, esta presunción es *juris tantum*, puesto que el sujeto que orgánicamente no pueda resistir, puede, a pesar de su inferioridad orgánica, consentir en el acto sexual. Por ejemplo, un paralítico, un mutilado, etc. Puede, no obstante su parálisis y su mutilación, aceptar voluntariamente la cópula.

Esta clasificación merece algún reparo, pues siendo el instinto sexual un instinto primario, el enfermo mental puede incluso desear la cópula y llevar la iniciativa. En este sentido es notable una sentencia dictada por el Tribunal Supremo Español con fecha 4 de marzo de 1935, según la cual "no comete el delito tipificado en el número 2o. del artículo 431 del Código Penal el que yace con una mujer que a tal fin acude a su domicilio, aunque padeciera una enfermedad mental que equipara su razonamiento a la de una niña de diez años, por cuanto el precepto se refiere a la carencia de razón, lo que no ocurre en el retardado mental, en el que concurren parejamente el desarrollo físico con el impulso intelectual, los impulsos sexuales suelen ser más imperiosos que en la persona moral y el instinto tiende a darle satisfacción, por lo que el consentimiento prestado tiene la nota de voluntariedad y de

conciencia reales, aunque limitada, que no ofrecería si se tratase de un sujeto perturbado totalmente".

Ahora bien, el artículo 266 del Código Penal reformado establece que "se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas:

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

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 las penas se aumentarán en una mitad".

Pensamos, siguiendo el criterio sustentado en esta ejecutoria, que no siempre la cópula con enfermo mental debe constituir delito de violación y que, en todo caso, la circunstancia requerida por el artículo 266 reformado, o sea la posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, deberá ser objeto de pericia psiquiátrica.

Los estados de violencia presunta deben ser conocidos por el sujeto activo del delito. De lo contrario opera la circunstancia excluyente de responsabilidad prevista en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal cuando expresa que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal "ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el acusado las ignoraba inculablemente al tiempo de obrar".

CONSUMACION Y TENTATIVA DEL DELITO DE VIOLACION

La violación se consuma con la cópula, o sea con la introducción del órgano sexual del sujeto activo del delito en la cavidad del sujeto pasivo. No es necesario que la introducción sea completa, ni la rotura del himen (si el sujeto, pasivo es virgen) ni la eyaculación seminal. La doctrina es casi unánime lo mismo que la jurisprudencia. En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto en la tesis jurisprudencial número 300, publicada en el último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación: "VIOLACION EXISTENTE DEL DELITO DE. La cópula que la ley exige en la tipificación del delito de violación no requiere la plena consumación del acto fisiológico, ya que para integrar dicho elemento constitutivo es suficiente el solo ayuntamiento carnal aun cuando no haya eyaculación".

En la violación es posible la tentativa inacabada pero no la acabada. Es posible la primera, pues si ésta existe cuando el sujeto activo da comienzo a la ejecución que deberían producir el resultado, en la violación hay acto de ejecución tan pronto comience a ejercer violencia sobre el sujeto pasivo con el dolo específico de llegar a la cópula.

En cambio, la posibilidad de la tentativa acabada, ha sido muy discutida. Siguiendo el criterio sostenido por Puglia (15) e Impallomeni (16), diríamos que si el delito se consumara con la desfloración, en su caso, o la eyaculación, sería concebible la tentativa acabada en el

(15) II Códice Penale Illustrato, Milan. Villardi, Vol.III.

(16) II Codice Penale, III Pág. 78.

supuesto de que el sujeto lograra introducir el órgano sexual en la cavidad del sujeto pasivo sin desflorar o eyacular. Sin embargo, como el delito se consuma con la cópula incompleta, sin agotar el acto fisiológico, es indudable que no cabe la tentativa acabada. Esta requiere la realización y como el último acto necesario para la cópula es la introducción del órgano sexual del sujeto activo en la cavidad del sujeto pasivo, y la cópula no debe de ser completa, de ahí que tan pronto se realice ese acto que debieron producir el resultado equivale a producirlo.

Se ha discutido si la tentativa desistida de violación constituye un delito de atentados al pudor. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial número 297, publicada en el último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, ha resuelto lo siguiente: "VIOLACION, ATENTADO AL PUDOR Y TENTATIVA DE. El delito de atentados contra el pudor y la tentativa de violación, por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto que en el primero no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula y en la segunda se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo". De acuerdo con esta tesis, la tentativa desistida no puede ser atentados al pudor, puesto que el elemento subjetivo es diverso en ambos. Sin embargo, pensamos que como la violación es un delito de dolo específico, correspondiendo el género al de atentados al pudor, es de suponer que quien quiso lo más (copular), querrá lo menos (atentar).

C A P I T U L O I I

EL SUJETO PASIVO DEL DELITO DE VIOLACION.

En los términos del artículo 265 del Código Penal, el sujeto pasivo del delito de violación es una persona sea cual fuere su sexo, es decir, ha de ser un ser humano vivo, pues la cópula con cadáveres constituye, como acertadamente expresa Cuello Calón, actos de neocrófilia (17) que, en México, serían subsumibles en la figura descrita en la fracción II del artículo 281 del Código Penal como profanación de cadáveres.

La indeterminación del sujeto pasivo llega al planteamiento de las siguientes hipótesis:

1a.- Violación de mujer por hombre. No ofrece dificultad alguna. Esta es la hipótesis más aceptada y la más frecuente.

2a.- Violación de hombre por hombre. Tampoco ofrece dificultad alguna. Como la cópula puede ser tanto vaginal como anal, o llevarse a cabo por cualquier otra cavidad natural, es incuestionable que el hombre puede ser violado por el hombre.

3a.- Violación de hombre por mujer. Hay que diferenciar la posibilidad biológica de la posibilidad jurídica.

(17) Derecho Penal. Parte Especial. Pág. 550.

Esta violación al revés no se ha considerado digna de represión por la doctrina, toda vez que la característica diferencial de los sexos no es otra, para casi todos los autores, que es la agresividad masculina y la pasividad femenina, correspondiendo a la movilidad del elemento sexual masculino, el espermatozoide, y a la fijeza del elemento femenino, el óvulo. Sin embargo, su posibilidad biológica es evidente, como se desprende de algunos casos mencionados por tratadistas de Medicina Legal (18). Esta posibilidad es tanto mayor en aquellos casos en que la mujer copulara con algún hombre que se encontrara en alguno de los supuestos del artículo 266 del Código Penal.

Empero, a nuestro juicio, esta violación no es concebible jurídicamente, pues la conducta de la mujer que forzara a un hombre a tener cópula con ella, o la tuviera en alguno de los casos del artículo 266, no sería subsumible en la norma. Sebastian Soler escribe al respecto: "... el problema se circunscribe a resolver si (la mujer) puede ser autora inmediata. Esta solución es impuesta a nuestro criterio por el sentido de la expresión "tener acceso carnal" (que emplea el Código Argentino), ya que acceso quiere decir "entrada o penetración" y no compenetración" (19). De acuerdo con esta opinión, como la mujer, por carecer de órgano penetrante, no puede acceder, sino que es accedida, no puede ser sujeto activo del delito de violación. En México, González Blanco, ha sostenido opiniones análogas, pues dice que tener cópula es una conducta eminentemente activa. Como la cópula consiste en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir el hombre. En consecuencia, como la mujer no puede tener cópula, no cabe

(18) Medicina Legal (Thoinet) Tomo II. Pág. 246 a 248.

(19) Derecho Pena. Tomo II. Pág. 344.

admitir que pueda desarrollar una conducta que sea subsumible en el precepto del artículo 265 del Código Penal. (20)

4.- Violación de mujer por mujer. No es concebible, en modo alguno, por carecer la mujer del órgano con que penetrar. El supuesto de una mujer cuyo clítoris, excesivamente desarrollado, pudiera penetrar en la vagina de otra, no sería subsumible en la figura del artículo 265. La Ley se da para la generalidad de los casos, no para las excepciones.

Se discute si el cónyuge del sujeto activo puede ser pasivo de la violación. No es posible, a este respecto, postular una solución válida con carácter universal. En aquéllos Códigos en que el bien jurídico lesionado por la violación es la honestidad, es incuestionable que la violación conyugal no lesiona bien jurídico alguno.

En cambio, en aquéllos otros en que el bien jurídico es la libertad, cabe dilucidar si el cónyuge conserva o no esa libertad frente al otro o si, por el contrario, la perdió con el matrimonio.

La mayoría de los autores, Carrara entre ellos, sostienen que el esposo obra en el ejercicio de un derecho. Por el contrario, entre otros, González de la Vega, piensa, en síntesis, que prohibiendo el artículo 17 constitucional hacerse justicia por propia mano, la conducta del marido es delictuosa. Por mi parte, pienso que es incuestionable que el esposo tiene un derecho sexual sobre el cuerpo de la esposa y que la prohibición del artículo 17 constitucional recae únicamente respecto de aquellos derechos protegidos por una acción, ahora bien, como no hay acción alguna para

exigir el cumplimiento del delito conyugal, el esposo ante la negativa de la esposa podrá recurrir al empleo de vías de hecho y, por ende, comete delito de violación si tiene cópula con ella por medio de la violencia.

La mayoría de los autores entienden que el matrimonio no excluye la posibilidad de violación, ya que ésta, como dice Soler, puede producirse por actos contra natural que no son debidos (21). Se dice que, en tal supuesto, el esposo cometería un delito de atentados al pudor. Esta tesis no es aceptable con referencia a la ley mexicana ya que el atentado al pudor excluye el propósito de llegar a la cópula.

Por último, hay que dilucidar si una prostituta puede ser sujeto pasivo de la violación. La solución depende del sistema adoptado con relación al bien jurídico. Si se estima que este es la honestidad, obviamente la prostituta carece de él y, por ende, no puede sufrir lesión jurídica alguna, salvo en aquéllos casos en que la violación se lleve a cabo por vía contra natural puesto que la prostituta, puede conservar una esfera honesta que le pueda rechazar la ejecución de anomalías sexuales. En cambio en aquéllos sistemas jurídicos, que conciben la violación como un delito contra la libertad, la posibilidad de la violación de prostituta es indiscutible.

A nuestro juicio la violación de prostituta tiene un aspecto procesal, dentro del ámbito probatorio, que no es lícito desconocer.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial número 194 del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, ha dispuesto que: "La

(21) Derecho Penal. Tomo III. Pág. 345.

declaración al apoyo que le presten otras pruebas recabadas durante el sumario: Por sí sola podrá tener valor secundario, quedando reducida al simple indicio, pero cuando se encuentra rebuscada con otros datos de convicción adquiere valor preponderante". El criterio expresado con esta tesis suele emplearse para la prueba de aquellos delitos como los sexuales, generalmente referidos a la prueba directa por no realizarse comunmente en presencia de testigos. Sin embargo, tratándose de una prostituta, creemos que su dicho, aún confirmado, debe aceptarse con reservas, puesto que, obviamente, debe presumirse su consentimiento al acto sexual, tocando a ella probar plenamente lo contrario.

CONCURSO DE DELITOS Y DELINCUENTES.

El delito de violación presenta problemas específicos con relación al concurso de delitos y delincentes:

A).- Concurso de delitos

La doctrina ha acostumbrado a presentar los siguientes casos:

1.- Concurso de violación con homicidio y lesiones. Es decir cuando la violencia o la cópula, o ambas cosas a la vez, producen la muerte del sujeto pasivo o le causan lesiones. (22)

(22) Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial, Párrafos 165 a 167.

Carrara (23) y Pessina (24) afirman que, en este caso, opera un concurso ideal del delito, puesto que en la intención del sujeto activo existía, un solo delito: el de violación. Siguiendo esta tesis, la violación seguida de homicidio o lesiones.

Esta solución no resulta, sin embargo, apegada a la dogmática más escrupulosa. En este caso, en realidad, hay un delito doloso de violación y otro culposo de homicidio o lesiones. De aquí que, para resolver el problema técnico jurídico que presenta este concurso de delitos algunas legislaciones hayan creado un delito complejo como los del Código de Perú de 1924 (artículo 203) y de Argentina de 1922 (artículo 124). Es decir, estos Códigos introducen un resultado preterintencional.

2.- Concurso de violación y delitos sexuales de doble acción. Dos son delitos de doble acción que describe el Código Penal: el de incesto (artículo 272) y el de adulterio (artículo 273).

Artículo 272.- Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.

Artículo 273.- Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los

(23) Elementi di Diritto Penale, Párrafo 131.

(24) Que no sea, lógicamente, de las levisimas necesarias.

culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

Ambos delitos son de doble acción, porque su consumación requiere que la conducta típica sea realizada por dos sujetos. Esta comunidad de acción no supone, sin embargo, comunidad de culpabilidad (25). Pero para que haya doble acción, requiere que la conducta de ambos sujetos sea voluntaria, y la violencia es lógica y jurídicamente, opuesta a la voluntariedad. La violación de persona ligada con parentesco en grado prohibido por el matrimonio, no puede integrar además de violación, incesto, de la misma manera que la de persona casada no puede ser, además de violación, adulterio.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no coincide, sin embargo, con este criterio, doctrinalmente. La tesis jurisprudencial número 299, publicada en el último Apendice al Semanario Judicial de la Federación (años 1917- 1965) establece: "VIOLACION INCESTO. El delito de violación y el de incesto son figuras autónomas, sin que alguna de ellas rechace a la otra, aunque ambos ilícitos se ejecuten en un solo hecho verificable en un solo acto". Tesis relacionada con la anterior, es la publicada en la Sexta Epoca, Segunda Parte, Volumen LXXIV, Página 26, bajo el epígrafe de "INCESTO Y VIOLACION, COEXISTENCIA DE LOS DELITOS DE". Según esta tesis es correcta la postura que considera posible la coexistencia de los delitos de violación y de incesto, porque no es un elemento indispensable del incesto el consentimiento pleno de la persona con quien se tiene relaciones sexuales, ni ésta tiene que ser necesariamente copartícipe, puesto que un solo pariente puede ser culpable y el otro no, al tener aquél relaciones sexuales no esté

(25) Soler, Derecho Penal, Tomo III. Pág. 333.

contra su voluntad viciada por engaños o situaciones en que no puede prestar el consentimiento. Por consiguiente, una cosa es que nadie puede tener relaciones sexuales solo, ya que decir relación es referirse siempre a otro, y a otra, para que el incesto exista, tengan que cometer el delito los dos parientes objeto de la relación sexual, pues ya se vió que puede haber tales relaciones entre parientes y uno solo puede ser culpable del delito de incesto.

Las tesis anteriores, confunden, a mi juicio dos elementos del delito: la conducta y la culpabilidad. Es cierto que el incesto puede ser cometido por uno solo de los parientes por ignorar el otro el parentesco, en cuyo caso concurriría en el ignorante una causa de inculpabilidad, pero no lo es menos que para que haya conducta es necesario que concurra la voluntad de ambos, pues en los delitos de doble acción, una sola acción no integra la conducta. Para la integración del elemento conducta, en el delito de incesto es necesario que haya voluntad por parte de ambos.

3.- Concurso de violación y atentados al pudor.

Esta clase de concurso cabe aunque su posibilidad haya sido objeto de debate doctrinal. La tesis jurisprudencial número 297, la cual considero y que es la más aceptable, establece que "el delito de atentados contra el pudor y la tentativa de violación, por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto que en el primero no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula y en la segunda se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula...".

Por otra parte, el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, propio del delito de violación, que aparece excluido expresamente del de atentados al pudor en

los términos del artículo 260 del Código Penal, deslinda el campo de ambos delitos. De aquí que, siendo éstos incompatibles, puedan integrar un concurso real, aunque no ideal. Los actos eróticos sexuales (tocamientos somáticos) ejercidos sobre el sujeto pasivo, siendo ese propósito, constituyen delitos de atentados al pudor, pero si, en el acto de ejecución, surge en el sujeto activo otro propósito, la conducta, a partir del mismo, se encamina hacia la violación.

En este caso se originan dos consecuencias:

a).- Que el delito de atentados al pudor termina con la aparición del propósito de llegar a la cópula , y

b).- Que pueden ser sancionados por separado el de atentados al pudor y la violación, o la tentativa de violación en su caso, de acuerdo con las reglas del artículo 64 del Código Penal.

4.- Concurso de violación y rapto.

Son compatibles puesto que el rapto, de acuerdo con la doctrina y la ley, se consuman con el apoderamiento de la mujer. Cualquier acto posterior constituye en consecuencia, un nuevo delito. Como los actos de apoderamiento y de cópula son diferentes, entre el rapto y la violación puede darse el concurso real.

B).- Concurso de delincuentes

El artículo 266 bis del Código Penal, agregado por la reforma del 12 de diciembre de 1966 (Diario Oficial de 20 de enero de 1967) disponía que "cuando la violación fuere cometida con intervención directa e 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".

Este artículo, cuyo antecedente se encuentra en el artículo 210 del Código Penal para el Estado de México de 31 de diciembre de 1960, en vigor desde el 5 de febrero de 1961, crea un simple concurso de delincuentes, no una forma especial de participación. La consideración que indujo al legislador a introducir esta modalidad agravada es obvia: la concurrencia de varios facilita extraordinariamente la ejecución del delito de violación.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por intervención? como de una parte, la participación de varios sujetos en el delito no constituye, de acuerdo con la sistemática del Código, una circunstancia de agravación, y de otra parte, el propio artículo 266 excluye a los demás participantes, a quienes dispone se les aplique las reglas contenidas en el artículo 13, es incuestionable que la intervención es un concepto que hay que delimitar.

Ahora bien, con relación al Código Penal vigente establece que:

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 amasio de la madre del ofendido en contra del

hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

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

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

El Código Penal Francés hacía referencia a "la ayuda de una o más personas". Garraud distingue dos casos:

a).- La ayuda de un cómplice, y

b).- La de un coautor. (26)

Soler, con relación al Código Argentino, piensa que la agravante se da cuando concurren dos personas (el autor y otro) y no tres (el autor y dos cómplices) porque el verbo concurrir abarca al autor y a los cómplices, cuando un delito es cometido por varios. Todos concurren: en consecuencia, dentro de éstos dos a que la ley se refiere, está también el autor (27). Una vez vista la teología de la ley, la agravante procede solamente en aquellos casos en que la intervención se realice coetáneamente y consista en actos de violencia sobre la persona del sujeto pasivo.

(26) *Traité du Droit Penal Français*, Tomo IV, Pág. 507.

(27) *Derecho Penal*, Tomo III, Pág. 352.

Por lo demás si tenemos en cuenta que, dentro de la teoría general del delito, la violación es un delito de propia mano, es decir, que no admite coautoría, por la imposibilidad de que la conducta típica, sea realizada simultáneamente, por dos sujetos y es además un delito instantáneo, la solución del problema se simplifica extraordinariamente.

En efecto, la intervención de que habla el artículo 266 bis del Código Penal, no puede referirse, en modo alguno, a la coautoría, puesto que no es posible que dos hombres tengan a la vez cópula con el sujeto pasivo; luego tiene que referirse a la complicidad prevista en la fracción III del artículo 13 del Código Penal, pues solamente la conducta descrita en dicha fracción puede ser realizada simultáneamente con el hecho de la violación. Los demás participantes, a que hace mención el artículo 266 bis son los comprendidos en las restantes fracciones del artículo 13.

VIOLENCIA MORAL DEL DELITO DE VIOLACION

Es otro de los medios exigidos por el tipo, así tenemos que la violencia moral consiste expresamente en una manifestación del agente dirigida a anunciar a la víctima un mal futuro en caso de que no realice el ayuntamiento carnal, la cual se produce cuando el delincuente amenaza a una persona con un mal grave presente o inmediato capaz de intimidarla. Así tenemos las siguientes formas para llegar a la cópula:

A).- Consentimiento

En el delito de violación el agente desarrolla una de estas tres conductas:

1).- Avasalla la voluntad del sujeto pasivo, que se opone seriamente a la realización del acto sexual;

2).- Aprovecha la imposibilidad de la víctima para manifestar su deseo; y

3).- Obra con la conformidad prestada por quien carece jurídicamente de capacidad para aceptar la fornicación.

De las tres hipótesis enunciadas es por cierto más grave la primera. Como observa Carrara, en ese caso al autor no le cabe ninguna duda del rechazo de la conjunción carnal. Por otra parte, es el único en el que la aceptación de la conducta excluye la adecuación del hecho en el tipo de la violación.(28)

Destaquemos que el silencio no siempre implica consentimiento. Hay personas dice Ramos (29), que quedan como inertes ante un ataque y el temor puede hacer que una mujer ceda de una manera "que no podríamos ubicarla ni en la intimidación ni en la violencia".

Esta tercera reflexión pone en evidencia la injusticia de la exigencia de Chaveau y Hélie, que repite Tejedor en su proyecto, de que la víctima dé gritos y pida auxilio.

(28) El consentimiento del ofendido en el Derecho Penal.
Pág.75.

(29) El consentimiento en los Delitos. Contra las personas.
Revista de Derecho Penal y Criminología. Pág. 145.

Desde luego, que ésta debe dar a conocer su rechazo, pues de lo contrario, no puede cometerse el delito (30). Aunque, en la mayoría de los casos, ante el uso de fuerza o el despliegue de medios intimidatorios, la persona elegida por el agente que no presta su conformidad para el acceso carnal demuestra visiblemente su oposición.

En definitiva, lo que importa es que la oposición sea seria (31), para distinguirla de aquella que sólo forma parte del juego amoroso de la pareja, la vis grata pullis (fuerza grata a los jóvenes), a la que aludiera el poeta Ovidio en el arte de amar. Por ello, también es consentidor quien domara el ayuntamiento, le pone simples obstáculos, con el objeto de simular honestidad o de excitar sexualmente al que intenta el coito. (32)

La constancia en el rechazo es la mejor prueba de su seriedad. Con la expresión que lo caracteriza explica Peco (33), y que no hay delito cuando el acto ocurre por voluntad de los esfuerzos del hombre dirigidos a despertar el instinto y vencer la magnitud de la resistencia del sujeto pasivo, pues más que destruir una plaza que se opone a la realización del hecho, es apoderarse de una plaza rendida.

Pero deben apreciarse con cuidado los distintos casos, ya que una cosa es lisa y llana, aceptación y otra el sometimiento forzado a la cópula de quien ya nada puede hacer para evitarla.

-
- (30) Como bien dice Ure, Ob. Cit., nada tiene que ver con la resistencia, la simple reserva mental. Pág 21.
(31) Conf. Suprema Corte de Buenos Aires "C.,S." del 20-XI 62. Pág. 259.
(32) Proyecto Cit. Pág. 340.
(33) La Suprema Corte de Buenos Aires 20-X-48. Pág. 112.

Tampoco resta delictuosidad al atropello sexual el comportamiento de la víctima posterior a su consumación, producto de la natural y a veces irrefrenable fuerza del instinto. (34)

No puede alegarse que hubo consentimiento, también, cuando fue prestado a fin de realizar actos distintos del efectuado en definitiva. Verbigracia, cuando el ayuntamiento se efectuó por vía diversa de la aceptada (35), o cuando se convina el coito con uno y finalmente fueron varios los que, por la fuerza, practicaron en la cópula. (36)

La fuerza es el medio más común de vencer la resistencia del sujeto pasivo es el empleo de la fuerza, o sea de la violencia física. (37)

Debe ser ejercida sobre éste, o en su contra, con la finalidad de que se brinde a la cópula, consecuentemente, no se da requisito cuando el agente limitase a destruir cosas, como la puerta que lo separa de la víctima (38), o agredir a terceros. (39)

En determinadas circunstancias, estos actos podrán constituir violencia moral, si están enderezados a coaccionar a la persona a la que se quiere hacer objeto del acceso carnal.

Preciso es, recalcar que la violencia que analizamos es la que sirve para violar, por lo que tiene que ser desarrollada mientras se intenta el ayuntamiento y no

(34) Conferencia Ure, Pág. 26.

(35) La Suprema Corte de Buenos Aires. Título 53. Pág. 112.

(36) Conferencia Ure. Pág. 26.

(37) Cam. Crim. 1a. Tucumán "B.F.C. y otros", del 10-X-1960.

(38) Conferencia Fontán Balestra. Pág. 75.

(39) Conferencia Cuello Calón. Pág. 542.

después. Esta última, sólo puede ser una manifestación de sadismo o de brutalidad, desprevista de todo interés por lo que respecta al delito en examen.

En cuanto a la duración de la violencia, se suspende tempranamente por falta de oposición, habrá que investigar si ello se ha debido al agotamiento de la víctima, que no quita ni pone resistencia o si es la expresión de su consentimiento, que, por sobrevenir durante el Iter Criminis de la violación, resta al hecho su carácter delictivo.

B) Intimidación

Explica Ernesto J. Ure con sin igual claridad que, mientras la violencia es energía física ya consumada, la intimidación es energía física anunciada (40). Aquélla, añade, es Vis Absoluta; ésta Vis Relativa.

La intimidación consiste en causar o infundir miedo (41). El agente provoca la violencia moral con la amenaza de un mal exteriorizado en forma escrita y oral. (42)

El daño prometido como represalia por no aceptar derechamente el comportamiento impuesto, debe ser grave, injusto, determinado, posible, futuro, irreparable y dependiente de la voluntad del que amenaza. (43)

La efectividad de la amenaza no puede ser juzgada a priori. Depende de la forma en que ha sido expresada, la

(40) Conferencia de Fontán Balestra. Pág. 72.

(41) Conferencia de Fontán Balestra. Pág. 27

(42) C. CC., Causa "Galván", del 12-II-1937, Fallos, T.IV. Pág. 833.

(43) Conferencia Ure, Pág. 27.

temibilidad del autor, la cultura de la víctima se asustó y cedió, pese a que su estupidez pueda ser censurable, habrá existido intimidación. (44)

Puesto que el acceso carnal obtenido mediante el uso de violencia moral no deja rastros materiales, es decir, lesiones, desgarramiento de ropas, etcétera, las dificultades probatorias son mayores que en los casos que el concubito se lograra voluntariamente a fuerzas. La tarea del juzgador se vuelve entonces más compleja, si es que quiere evitar que prospere un patraña. Al respecto, recuerda Carrara que los prácticos estuvieron de acuerdo en aconsejar que no se crea fácilmente a la mujer, que por vengarse de un abandono, para encubrir su voluntariedad lesiva, o por alguna sórdida especulación, afirma falsamente que ha sido violentada. (45)

C).- Víctima Privada de Razón

En este caso el sujeto pasivo carece de capacidad jurídica para consentir la cópula, debido a que está privado de la facultad de comprender las relaciones y significados 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.

Protégese con esta norma penal a individuos que tienen trastornos mentales tales que, de cometer delitos,

(44) Conferencia Nuñez. Pág. 263.

(45) La Cám. la. Crim. de Tucumán dijo en el caso "V.R.N." del 6-VII-1960, párrafo 1519.

serían considerados inimputables (46). Esos enfermos de la psique son los idiotas, los imbeciles, los que sufren locura epiléptica, erótica, los dementes (47). Por obra de la ley, ninguno de ellos puede ser invitado a copular ni cabe aceptar tampoco sus propuestas de trato sexual.

Es claro que no habrá dolo en la conducta de quien inadvertidamente tenga dicha relación con un alienado o en la de aquél que se represente la posibilidad de la demencia y la rechaza porque, erróneamente, la considere infundada. Por el contrario, el que sorpresivamente afronta el concúbito con una persona de dudosa cordura, indiferente ante esa situación, será culpable de violación por haber obrado con dolo eventual.

Resulta difícil pensar en la posibilidad de una disculpa, finalmente cuando la enfermedad mental sea notoria y manifiesta. Ello sin olvidar, sin embargo, que la negligencia más grave no deja de ser una forma de culpa, o sea un comportamiento no comprendido en la figura de la violación.

D).- Víctima Privada de sentido

Tratándose del aprovechamiento del estado de inconciencia del sujeto pasivo, que, no sólo se encuentra imposibilitado 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 patológica o fisiológica.

(46) Conferencia de Ure. Pág. 33.

(47) Conferencia de Fontán Balestra. Pág. 69.

Normalmente, el acceso carnal con una persona que se encuentre en ese estado será violación, debido a que la misma no ha podido consentir la realización del ayuntamiento, al que no se hubiere prestado si hubiera podido evitarlo. Puede concurrir, excepcionalmente, de quien ha sufrido la penetración sexual mientras se hayaba inconciente exprese luego su beneplácito por lo sucedido. Entonces, la presunta violencia ejercida por el violador no será tal, pues no habrá vencido ninguna voluntad en contrario.

E).- Víctima que por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir

La ley prevé el ilícito concúbito practicado con quien no es alienado no está privado de razón y tiene conciencia no carece de sentido, pero sin embargo, está incapacitado para resistir. Tratése de una ineptitud física y no psíquica.

La enfermedad es un proceso de alteración activa orgánico funcional. (48)

Por "cualquier otra causa" están comprendidos, por ejemplo, los casos de privación de movimientos del sujeto pasivo como socuela de una enfermedad, una parálisis o de la ocasional atadura de sus extremidades. (49)

F).- Víctima menor de doce años

(48) Conferencia Nuñez, Trat. Pág. 258.
 (49) Conferencia Ramos. Pág. 151.

La incriminación del acceso carnal con un menor de doce años protege la reserva sexual de los impúberes. A diferencia del estupro (50), delito con el que más limitadamente se pretende amparar la inexperiencia sexual de la joven, resulta indiferente la honestidad y el sexo del sujeto pasivo.

Hasta la edad indicada, la conformidad del menor su consentimiento natural, según la terminología de Carrara (51) carece de toda relevancia exculpatoria, sin perjuicio, desde luego, de la mayor criminalidad de la violación cometida mediante fuerza o intimidación.

La prohibición de mantener contactos de naturaleza sexual, con menores de doce años se fundamenta en la ineptitud del niño falta de madurez mental para entender el significado fisiológico y cultural del acto carnal.

La incapacidad se presume juris et jure, es decir sin admitir prueba alguna que desvirtúe el delito, malgrado la precocidad psíquico física que tuviera el menor.

En los casos de acceso carnal consentido es frecuente que el acusado alegue creer que la víctima tenía más de doce años. Antes de acoger ese planteo definitivo es necesario examinar el desarrollo mental y corporal de ésta. En la práctica, cuando nos encontramos en presencia de una jovencita que haya alcanzado prematuramente la pubertad, que tenga los signos exteriores de una mujer, estará dada la base objetiva para admitir la argumentación de inocencia.

Pero, si el sujeto activo no estaba realmente convencido de la mayoría de edad, será culpable por haber

(50) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI. Pág. 701.

(51) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI. Pág. 701.

actuado con dolo eventual. La mera ignorancia, es igualmente inexcusable. (52)

Al llegar a este punto es preciso aclarar que no siempre la aceptación de la excusa relativa a la edad de la víctima implica la absolución del sujeto imputado, pues, si aquella es una mujer que no cumplió quince años, y con la honestidad exigida por el artículo 120 del Código Penal, el acceso carnal consentido constituirá estupro.

Otras soluciones ha recibido también el problema que planteo. Algunos han sostenido que si el error relativo a la edad es excusable no corresponde acusar por delito alguno: faltaría la culpabilidad en la violación y la tipicidad en el estupro, ya que en éste la niña honesta debe tener efectivamente entre doce y quince años. Por último están los que estiman inexcusable el error de sujeto activo que versaría indistintamente sobre un elemento configurativo de tipos penales violación o estupro, con lo que el hecho no saldría del artículo 119 del Código Penal. (53)

SUBJETIVIDAD DE LA VIOLACION

Como ya fuera anticipado, el delito en examen requiere dolo. No existen formas culposas de violación.

No es necesaria ninguna subjetividad especial o elemento subjetivo del tipo. Es suficiente, con que el agente tenga conciencia de que perpetre el acceso carnal contra la voluntad del sujeto pasivo (en los casos de la medida de la fuerza o intimidación), sin su consentimiento

(52) Conf. Molinario. Pág. 246. Fontán Balestra Pág. 68.

(53) Jurisprudencia Argentina 1958-II, Pág. 362.

(supuestos con víctimas privadas de sentido, etc.), y por último, con personas que no están legalmente capacitadas para aceptar el ayuntamiento (menores de doce años y sujetos privados de razón).

Concurrencia de la violación con otros delitos cierto tipo de lesiones son una consecuencia natural de la violación y no pueden constituir otro delito independiente. Por ello, dicha figura absorbe la rotura del himen, las lesiones inguinales, las equinopsis sufridas por la víctima en el forcejeo para poseerla. (54)

Pero contrariamente a lo que opina Ricardo C. Núñez (55), estimó que no todas las lesiones que salen de la órbita del artículo 122 del Código Penal quedan en la figura básica de la violación.

Esta, presupone el uso de la fuerza, o sea de despliegue de energía física, pero no la producción de un daño en el cuerpo o en la salud. En la medida en que la lesión no aparece como una consecuencia indispensable del ejercicio de la violencia empleada para tener la cópula. En consonancia con lo dicho, no se independizarán de la precitada figura los moretones en los brazos o en las piernas de la víctima como corolario de lucha predecesora del ayuntamiento. En cambio, concurrirá como infracción autónoma la lesión con armas o con golpes de puño llevada a cabo para doblegar la resistencia de la víctima.

(54) Conf. Sup. Tribunal de Entre Ríos, " Berón, Domingo" del 19-VIII-1947. T. 49. Pág. 653.

(55) Conf. Soler. Pág.349.

Concurrándose con mayor razón, y siempre materialmente, las lesiones inferidas a la persona violada antes o durante el acceso carnal por sadismo.

Parece casi innecesario agregar, finalmente, que todas las lesiones inferidas con posterioridad al amplexo constituyen un delito totalmente independiente.

En lo que atañe a la privación de la libertad, si es breve, si sólo dura lo necesario para realizar la cópula, queda subsumida en la violación. Cuando tiene mayor duración, hay raptó, que concurre realmente con la infracción que motiva este estudio. (56)

Y si la privación de la libertad tiene por víctima a un tercero es decir a quién no es destinatario del acceso carnal, concurre también materialmente con la violación. (57)

En determinados casos, al cometerse este delito se puede incurrir también en corrupción. En general, se puede decir que la configuran los accesos carnales contra natural realizados con menores, salvo que por la muy escasa edad de éstos carezcan de toda aptitud para torcer el instinto sexual.

AGRAVANTES ESPECIFICAS

La reforma del 12 de diciembre de 1966 incrustó en el Código Penal un nuevo artículo que apareció con el número

(56) Conf Soler. Pág. 349. Suprema Corte de Buenos Aires
"Galvan, Zacarias" del 27-III-1945. Pág. 837.
(57) Conf. Soler. Pág. 297.

266 bis, en donde se establecían algunas agravantes específicas del delito de violación.

En el Código Penal de 1931 se erradicó de su artículo las circunstancias y agravantes que establecían los artículos 39 a 47 del Código Almaraz, por entender que de ésta manera se desterraba el cavismo y se otorgaba un mayor margen al juzgador para imponer la pena dentro de los límites legales, tomando en cuenta "las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del doliente" a que genéricamente hace referencia el artículo 51 y las específicas mencionadas en las fracciones I y III del artículo 52, entre las que se destacan "La naturaleza de la acción ... de los medios empleados", "Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales ..., así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales,... y las circunstancias de ... ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad". Pero es el caso, que el propio Código de 1931 puso en relieve su escasa fé en tan importante reforma y en el sistema que innovaba el clásico y tradicional, pues una gran parte de las circunstancias de agravación a las que dió salida en su parte general, y les dió entrada a los delitos de homicidio y lesiones, sin embargo, en su artículo 315 se tomó en consideración especial para agravar estos delitos la naturaleza premeditada, alevosa, ventajosa o traicionera de la acción homicida o lesiva y los medios -inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia, o enervantes, tormento y retribución dada o prometida- empleados en la ejecución.

Temeroso el propio Código que los juzgadores quisieran, o no quisieran hacer uso del nuevo sistema

introducido en los artículos 51 y 52, sustantivo del clásico y tradicional de circunstancias agravantes y atenuantes de los Códigos anteriores, en los cuales se establecía una excepción en torno a delitos de tanta trascendencia y frecuencia como homicidio y lesiones.

Los años transcurridos demostraron el fracaso del nuevo sistema y la acertada prudencia adoptada en torno a los delitos de homicidio y lesiones, pues la mayoría de los jueces llegado el instante de fijar la pena al delito por el que en su sentencia condenaban, una vez examinado cada caso con ánimo y espíritu analítico la circunstancia de ejecución, se limitaron cómodamente con ramplonería a repetir formalmente, lo estableció en los artículos 51 y 52 del Código Penal y a fijar la pena intuitivamente según sus simpatías, cuando no de acuerdo con las presiones recibidas o con las tensiones en ellos creadas durante el proceso por las actitudes del inculcado o su defensor (58). El fracaso del sistema imperante en el Código Penal de 1931 ha sido reconocido y corregido legislativamente en las reformas posteriores, en las que se inicia y se sigue una nueva tendencia creadora de agravantes específicas y así, por Decreto de 31 de diciembre de 1945 (Diario Oficial del 9 de marzo de 1946) se adiciona el último párrafo del artículo 395 con un párrafo que se establece una agravación específica para los actores intelectuales o dirigentes de un despojo realizado colectivamente, retornándose a las viejas agravantes consistentes en inducir a otro a cometer un delito (artículo 46) y de cometerlos auxiliado de otras personas (artículo 47) contenidas en el Código Penal de 1871. Esta misma tendencia se sigue en el Decreto del 12 de diciembre de 1966 creador del artículo 266 bis del Código Penal, pues la agravante específica contenida en su primer párrafo y que se hace consistir en cometer el delito "con

(58) Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. Págs. 276 y 277.

intervención directa e inmediata de dos o más personas", implica un retorno a la agravante cuarta del artículo 47 del Código Penal de Martínez de Castro; y la incluida en su párrafo segundo consistente en el parentesco de consanguinidad en línea recta habido entre el sujeto activo y su víctima, representa asimismo un regreso a las agravantes de los artículos 46 y 47 del viejo Código Penal citado. (59)

Sin embargo, este artículo sufre una nueva reforma por disposición del Decreto que aparece publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 1991, señalándose en el párrafo primero del artículo 266 bis que: "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;".

Esta agravación tiene una base objetiva y se funda en que en el hecho intervienen en forma directa e inmediata una pluralidad de personas. Antes de la reforma citada, el primer párrafo del artículo 266 bis, contenía la pena que se les aplicarían a los demás partícipes del delito de violación. Pero es el caso, que como en el artículo 13 del Código Penal no se establecen reglas para la aplicación de las penas a los partícipes, pues únicamente declara quienes son responsables de los delitos, la última frase del párrafo primero del artículo 266 bis carecía de sentido, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 54 del propio Código dispone que: "El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de

(59) Código Penal Soviético de 1961 acoge en sus artículos 38 y 39 dichas circunstancias de atenuación y agravación.

un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél". Por lo que la reforma del 21 de enero de 1991, ya no contempla tal prevención.

El párrafo segundo del artículo 266 bis antes de su reforma en 1991, contenía otra agravante específica; "Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden ...cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro". Esta agravación, venía en una de sus hipótesis, a resolver las perplejidades surgidas en torno al posible concurso entre los delitos de violación e incesto. (60)

La agravante en examen venía a declarar la conceptual incompatibilidad entre los delitos de violación e incesto, pues al agravar el delito de violación cuando "fuere cometido por un ascendiente contra un descendiente" o "por éste en contra de aquél", parte lógicamente de la premisa de que no hay concurso entre ambos delitos cuando los ascendientes y descendientes en la monstruosidad jurídica de tomar en consideración dos veces un mismo hecho para conectarle otras tantas secuencias penalísticas: una, para estimarle constitutivo de un delito de incesto; y otra, para apreciarle como una agravante del delito de violación.

No precisaba el párrafo segundo del artículo 266 bis si entre ascendientes y descendientes quedaban también comprendidos los de afinidad en línea recta. Pero si partimos del principio exegético de que en donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir, se llega a la conclusión de que también la afinidad en línea recta abarcaba la agravante.

(60) Celestino Porte Petit. Ensayo Dogmática del Delito de Violación. Pág. 94.

Ahora bien, si se tiene presente que el artículo 266 bis proyectaba la agravante sobre otros vínculos -los existentes entre el padrastro y el hijastro- que tenía por eje el parentesco por afinidad en línea recta, e incluso sobre otras relaciones jurídicas las habidas entre el tutor y su pupilo o sociales las surgidas entre el amasío de la madre y el hijo de ésta que tienen un menor rango en su ratio legis.

LAS SANCIONES AL DELITO DE VIOLACION.

La sanción asignada al delito de violación, es la prisión y multa.

a).- Violación mediante el uso de violencia efectiva, física o moral, sujeto pasivo puber: Se le impondrá prisión de ocho a catorce años, y "se sancionará con prisión de tres a ocho años al que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido".

b).- En las mismas condiciones, si el sujeto pasivo es impuber o menor de doce años se inpondrá la misma pena, al que sin violencia realice cópula con dicho sujeto, ahora si se ejerciere violencia, física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará en una mitad.

c).- Violación cometida con intervención directa e inmediata de dos o más personas, las penas previstas anteriormente se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo.

La reparación del daño se rige por las reglas comunes contenidas en los artículos 30 a 34 del Código Penal. Pensamos, sin embargo, que el Código ha olvidado que la violación es susceptible de originar un resultado emergente, que excede el momento consumativo. Si es perpetrada sobre el sujeto pasivo mujer por vía vaginal, es susceptible de embarazarla y, en su caso, salvo interrupción del embarazo, producir el parto, y por consiguiente ocasiona el nacimiento de un hijo que de acuerdo con la ley civil tendrá invariablemente el carácter de nacido fuera de matrimonio, puesto que la violación entre cónyuges no es constitutiva de delito, por hallarse amparada la conducta por una causa de justificación, como es la descrita en la fracción V del artículo 15 del Código Penal, o sea la de obrar en ejercicio de un derecho.

Observemos que, por el contrario, los posibles resultados del delito de estupro, están suficientemente previstos por la ley penal.

El sujeto pasivo de la violación, ni aún siendo mujer, goza de una protección análoga, a pesar de que, obviamente el delito puede producir un resultado posterior a la consumación: embarazo y nacimiento. Se dirá que la mujer violada goza de un derecho especial: el de provocar el aborto, en los términos del artículo 333, del Código Penal. Sin embargo, este supuesto derecho, no sirve, en realidad, para reparar el daño especialísimo a que acabamos de hacer referencia.

En primer término, ¿cual es la naturaleza jurídica del aborto provocado cuando el embarazo es resultado de una violación?. Se ha dicho que vienen a ser una simple excusa absolutoria, fundada en el derecho de la mujer a la voluntaria y no forzada maternidad. Sin embargo, a nuestro juicio, trátase de una verdadera y auténtica causa de

justificación, puesto que la interrupción del embarazo tiene por objeto prevenir un resultado antijurídico. En efecto, la violación es un acto antijurídico, es también el resultado embarazo y por ende, interrumpirlo equivale a reparar ese resultado. Encontramos en consecuencia, dentro de la teoría de la justificación el aborto cuando el embarazo es resultado de una violación.

Ahora bien, como las causas de justificación son, en realidad derechos subjetivos, es incuestionable que operen o no de acuerdo con la voluntad del sujeto. Por lo tanto, la mujer que no quiera causarse el aborto, quedará sin gozar de la medida reparadora de que se viene hablando. Se dice, que la mujer violada que no recurre a provocarse el aborto consiente en el embarazo y que, por consiguiente no le causa ningún daño especial. Pero tal opinión, de aparente veracidad, no puede convencer. Es cierto que, en muchos casos, el que la mujer violada no se provoque el aborto significaría que consiente en el embarazo, pero no lo es menos que en otros, rehusar el aborto, aún cuando no haya querido la mujer la maternidad, puede obedecer a motivos de origen religioso, moral, de salud, etc., de donde se infiere que no es precisamente la voluntad liberal de la mujer violada la que decide, ya que unas veces su decisión está influenciada por factores biológicos y otras por coacciones ambientales.

Por otra parte, la provocación del aborto tropieza con serios obstáculos procesales. Es incuestionable que la legitimación del aborto requiere forzosamente la comprobación de la violación, ¿pero cómo?. No es necesario, comenta Jiménez Huerta, que la violencia sufrida por la mujer conste acreditada en una sentencia previa. Estas violencias pueden quedar probadas en las diligencias de policía judicial o en el proceso iniciado para el esclarecimiento del aborto. Pero, el hecho de la violación

debe constar acreditado apodicticamente (61), máxime cuando el precepto en examen puede ser fácilmente desviado de la ratio jurídica que motivó su creación (62). Arilla Bas, por otra parte, afirma que no es necesario que el cuerpo del delito principal (de violación) se halle comprobado en proceso distinto que haya determinado por sentencia condenatoria. Basta, a nuestro juicio, que en el proceso seguido por el aborto, obren elementos probatorios suficientes para comprobar el cuerpo de dicho delito principal. El juez, en su resolución, ya sea dentro del término constitucional o sentencia, deberá razonar la existencia o inexistencia del delito principal (violación). (63)

Como se ve ambos autores coinciden en interpretar con cierta agilidad el artículo 333 del Código Penal, pero, a pesar de ellos, la comprobación procesal, cualquiera que sea el procedimiento en que se lleve a cabo, el cuerpo del delito de violación, presenta dificultades, a veces insuperables, especialmente en aquellos casos en que no haya sido detenido el responsable del mismo. Pienso en consecuencia, que la autorización del aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación no es una medida reparadora eficaz del daño sufrido por la mujer.

Por otra parte, como en los términos del artículo 329 del Código Penal el aborto es punible cualquiera que sea la edad del producto de la concepción, es incuestionable que la mujer violada, si recurre al aborto, puede hacer en cualquier tiempo. El Código ha olvidado que la evolución de dicho producto resta o aumenta la gravedad del aborto. La

-
- (61) Apodictico- demostrativo, convincente. Pensamos que el autor quiere decir que esté comprobado el delito de violación, con el rigor procesal exigido por la ley.
 (62) La tutela penal de la vida e integridad humana, Robredo, México 1958, Págs. 182 y 183.
 (63) El Procedimiento Penal en México, 1961.

impunidad del aborto que comento debería extenderse únicamente al provocado en la primera época de la gestación, antes de que el embrión haya evolucionado lo suficiente para convertirse en feto.

Algunos códigos, como por ejemplo, el español, extienden al delito de violación, la reparación del daño propio del estupro. En los términos del artículo 444, el responsable del delito de violación queda obligado a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda o a reconocerla, si la ley civil no lo impidiese y, en todo caso, a mantenerla. Sería realmente protector de la mujer, la inclusión de un precepto análogo en el Código Penal. Los propios autores españoles han criticado esta medida.

Es evidente que la mujer sentirá honda repugnancia hacia el hijo, producto de un acto de privativismo sexual, aún cuando el responsable del delito pueda ser obligado a reconocerlo.

Nuestro criterio, respecto a este punto, es de transacción. Autoriza, con carácter general el aborto cuando el embarazo sea producto de una violación, y dar a la mujer el derecho de optar entre provocárselo o reclamar, por conducto del Ministerio Público, indemnización, en términos análogos a los señalados por la Ley para el estupro.

La pena se agrava, hasta en una mitad en su mínimo y máximo de las contenidas en el artículo 265 del Código penal, en los casos en que el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente o por éste contra aquél. Como la Ley no distingue (*Lex non distinguere nec non distinguere debemus*) se refiere tanto a los ascendientes en línea recta como en línea colateral, lo cual parece excesivo, tratándose de éstos últimos, en los cuales el vínculo de consanguinidad no es tan firme

como en los primeros. El parentesco no deberá ser probado necesariamente con las actas del Registro Civil. Es aplicable, al respecto, la tesis jurisprudencial número. 203 publicada en la Segunda Parte de la Compilación de 1917-1965.

PARENTESCO PARA LOS EFECTOS DE LA LEY PENAL.

Para los efectos de la Ley Penal, no es necesario comprobar el parentesco por medio de las actas del estado civil. La Ley Penal castiga a los responsables de algún delito cuando medie parentesco, tomando en consideración únicamente los vínculos de la sangre, siendo conocidos éstos por los inculpados. "Las actas del Registro Civil deben tomarse en consideración únicamente para los efectos de las relaciones jurídicas de orden civil, pues la Ley Penal no puede limitar sus efectos a los acusados que cumplan con las leyes civiles, sino que debe alcanzar a todos los que infrinjan una ley penal, hayan dado o no cumplimiento a las disposiciones que regulan exclusivamente el estado civil de las personas".

Las agravaciones de la pena contenidas en las fracciones I a IV del propio artículo 266 bis no necesitan justificación. La calidad de funcionario o empleado público, a que hace referencia la fracción III, deberá justificarse necesariamente con el nombramiento.

C A P I T U L O III.

PERITACION MEDICOLEGAL DEL DELITO DE VIOLACION DE LA PRESUNTA VICTIMA

INTERROGATORIO DE LA PRESUNTA VICTIMA

La inteligencia y la malicia están caracterizadas por una expresión diferente de la que es propia de la ignorancia y la candidez.

El perito debe preguntar a la víctima y a sus padres por todos los detalles, aún los más minuciosos relativos al atentado sufrido, a la época en que se realizó y a sus consecuencias:

a).- Consideraciones que deben tomarse en cuenta

Hemos podido observar cómo el interrogatorio de quien denuncia haber sido víctima del delito de violación adquiere una trascendencia capital, en lo que hace el peritaje en sí mismo, así como en lo que se refiere al valor que del mismo puede hacer mérito la autoridad policial y/o judicial que se encuentra abocada a su investigación.

El interrogatorio tiene importancia por lo siguiente:

1).- El médico sabe, y ello le consta por ser el fundamento del ejercicio profesional, que el interrogatorio

se base en una buena relación médico - paciente, pues como en medicina legal no existe pacientes sino personas por examinar, también se busca una buena o excelente relación médico legal entre la persona por examinar. Esa buena relación tomará varias direcciones, la primera de las cuales es una buena y fluida comunicación, en un estar y sentirse bien del examinado, hecho que se reflejará en un intercambio de datos relevantes validez médico legal u jurídica.

2).- De ese modo, la persona examinada depositará en el perito médico toda su confianza, todas sus expectativas, le hará participe de todas sus vivencias y le transmitirá todas sus dudas. En fin, hará saber al perito todo aquello que le ha sucedido en virtud del delito, que lo cuenta como víctima. Así, el médico legista podrá saber cosas y conocerá datos y hechos que sólo a él, por su condición de tal, le suministrará la presunta víctima. Adquiere así suma importancia la condición de médico, ya que una persona a quien nunca ha visto con anterioridad, sólo a él revelará situaciones íntimas, complejas y problemáticas, como a ninguna otra persona y/o profesional podría hacerlo.

3).- El interrogatorio servirá para conocer el nivel intelectual y las particularidades características psíquicas del examinado o examinada, para poder tener una idea próxima acerca de su estado psiquiátrico. El médico legista sabrá rápidamente si está en presencia de un débil mental, si lo que le refiere es producto de un delirio, si se trata de una maniáca, etc.

4).- El interrogatorio será de suma utilidad para que la supuesta víctima se sienta cómoda y entre en confianza. No es posible que en la actualidad subsistan peritos que, ante estos casos, lo primero que solicitan a la persona por examinar es que se desvista y se coloque en la camilla en

posición ginecológica, para realizar en forma inmediata el estudio genitoanorrectal.

5).- El médico legista, al interrogar a la presunta víctima, conocerá datos diferentes que en el momento del examen ya posteriori, cuando debe llegar a las conclusiones periciales, servirán para ver si concuerdan o no con los datos recabados en el examen anatómico directo de la persona. Dicho profesional podrá saber si los referidos han ocurrido tal como se lo manifiestan o si, por lo contrario, no ha sucedido así. En ciertos casos, podrá llegar a concluir si está frente a un simulador o simuladora.

El interrogatorio consta de siete preguntas clave a saber:

a).- ¿Qué Ocurrió?

b).- ¿Cuándo Ocurrió?

c).- ¿Dónde Ocurrió?

d).-¿Quién o quienes fueron el Autor o los Autores?

e).-¿Cómo Ocurrió?

f).-¿Por qué Ocurrió?

g).-¿Qué Sintió?

h).- Otras Consideraciones

a).-¿Qué Ocurrió?

La presunta víctima del ilícito narrará qué es lo que realmente le ha ocurrido. En la casi totalidad de los casos refiere que, mediante la fuerza o intimidación, ha tenido sobre ella acceso carnal. Algunas veces se ha sabido que, estando la presunta víctima con un amigo conocido, novio o afin, en el interior de un automóvil particular, en el banco de un parque o a la salida de un albergue transitorio, fueron detenidos por la autoridad policial, y declararon que habían tenido una relación sexual momento antes, no estableciéndose en forma clara y precisa las características de la misma, iniciándose averiguaciones por presunto delito de violación o de estupro. En estos casos contados, se aclaró rápidamente, mediante el interrogatorio realizado por el perito, que no se estaba frente a un ilícito, ya que la relación sexual había sido libremente aceptada por la mujer.

b).-¿Cuándo Ocurrió?

Mediante la formulación de esta pregunta se conocerán exactamente el día y hora en que ocurrió el hecho denunciado. En ciertas ocasiones - no pocas - se deben examinar a las supuestas víctimas, días, semanas y hasta meses después de realizado el hecho. Ante esos casos, lo primero que se pregunta es a qué se debe el atraso en realizar la correspondiente denuncia. En la mayoría de los casos pudo ocurrir, que hubo amenazas del autor o autores del hecho, existencia de temores, miedos, vergüenza o cualquier otro motivo. Pero también pudo ocurrir, y no debe nunca descartarse, que se pretenda legitimar, mediante denuncia, un estado de embarazo que, merced a la causal de justificación que acredita el artículo 333 del Código Penal

para el Distrito Federal permitirá la práctica del aborto autorizado por el juez interviniente.

c).-¿Dónde Ocurrió?

Mediante el interrogatorio se busca conocer el lugar físico donde se desarrolló el ilícito: si fue en un lugar abierto o cerrado, y en este último caso, si fue en lugar público o privado. Además, se preguntará si la presunta víctima se hallaba en el lugar o si fue llevada al mismo. Si se encontraba en dicho lugar, cuales fueron las causas por las que ahí estaba.

d).-¿Quién o quiénes fueron el Autor o los Autores?

Por medio del interrogatorio se sabrá si el autor o autores eran conocidos o desconocidos. En caso de ser conocidos, de quién o quiénes se trataba, si de un familiar, amigo, compañero de trabajo, novio, etc. Además, desde cuánto tiempo existía la relación y las características de la misma.

En caso de tratarse de desconocidos, deberá indagarse todo tipo de referencias sobre su o sus persona o personas, tanto física como psíquicas y de cualquier otro orden; asimismo, si la presunta víctima cuál ha sido el comportamiento del autor o autores hasta el momento de cometerse el ilícito.

e).-¿Cómo Ocurrió?

Mediante el interrogatorio se sabrá cuáles fueron las características del acceso carnal ocurrido, si fue por vía anterior o vaginal, o por vía posterior o anorrectal, o por ambas sucesiva y/o alternadamente; si fue obligada a realizar fallatio in ore; si el autor o autores, hicieron

cunnilingus; si la presunta víctima debió masturbar al autor o autores del delito, o bien si el mismo o algunos de los coautores se masturbaban mientras era acediada carnalmente; si la presunta víctima debió adoptar posiciones sexuales no comunes, etc.; si para llegar al acceso carnal debió ser amenazada por medio de una arma (de fuego o blanca, etc.; así como con cualquier otro objeto) o si, por lo contrario, se le intimidó, en cuyo caso de qué manera lo fue.

Se debe preguntar a la presunta víctima si se le suministro algún tipo de bebida, inyecciones o algún medicamento (pastillas, líquidos, vapores, etc.) y por qué vía. En caso de referir pérdida del conocimiento, si recuerda el tiempo de duración de la misma, así como su estado inmediatamente superior al recobrar el sentido.

Además, mediante el interrogatorio se sabrá si la presunta víctima fue sujeta, golpeada, atada, etc.

f).- ¿Por qué ocurrió?

Muchas veces al ser violadas las víctimas son avisadas por el delincuente o delincuentes de la causa o móvil que los guta a cometer el ilícito. Así, encontramos un caso típico en que en pleno medio día, mientras una mujer de 21 años caminaba por la calle, al cruzar una esquina fue interceptada por un automóvil en el cual viajaban tres hombres. Dos de ellos descendieron y, sujetándola, la obligaron a subir al vehículo y ahí mismo, mientras uno la sujetaba con fuerza, otro la accedía carnalmente y el tercero le provocaba quemaduras con un cigarrillo en ambos miembros superiores y el tronco, y acto seguido, mediante una hoja de afeitar le infringía 131 lesiones incisivas superficiales en todas las regiones topográficas. Mientras tanto, le decían que lo que a ella

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

le sucedía les iba a ocurrir a todas las mujeres, y que la culpable de todo ello y de lo que ocurriría era la sociedad.

En otro caso, una mujer de 31 años, invitada por un amigo a conocer su departamento, al llegar se encontró con otra persona más y fue accedida sin su consentimiento por su amigo, al tiempo que el otro individuo le "despega" la uña del dedo meñique, en una suerte de "tortura china".

Este tipo de casos se han denominado violaciones sádicas.

g).- ¿Qué sintió?

Mediante el interrogatorio, se pregunta a la examinada si sintió dolor al ser accedida carnalmente, en qué lugar, su intensidad y otra característica. Si ese dolor continuó, si se mantiene en el momento del examen, en cuyo caso se ha aumentado o disminuido en relación con el inicio. Se averiguará si la presunta víctima sufrió alguna pérdida de sangre y sus características. Si existió eyaculación del agresor o agresores; si la misma fue intravaginal, vulvar, intermoral, en el monte de Venus o en las ropas. También se inquirirá debidamente sobre cualquier otro dato o cuestión.

h).- Otras Consideraciones

Entendimos, y a nuestra casuística nos remitiremos, que el interrogatorio mencionado es de gran utilidad, tanto para el perito como para la autoridad policial y/o judicial.

Mediante el interrogatorio hemos podido aclarar diversas situaciones. Así hemos descartado casos en que se

trataba de falsas denuncias, infundadas, por no haber existido el ilícito que se denunciaba. Así, tuvimos conocimiento de situaciones generadas por celos, por confabulación, por simulación o por otras causas, que llevaron a la presunta víctima a ser nada más que eso, presunta y no real víctima del delito de violación.

No debemos olvidar que, pese a que las falsas denuncias, en la casuística general, no superan jamás el 1% de los casos, debido a la jerarquía y consecuencias del delito investigado, así como a la magnitud de la pena que recae sobre el autor o autores, es necesario que se extremen todos los recursos humanamente utilizables. De modo que el interrogatorio sea un medio valioso y suficiente para lograr tal fin.

EXPLORACION FISICA

Si la violación fuese un acto puramente moral, si no dejase vestigios físicos o alteraciones en los órganos sexuales y otras partes, sería del todo inútil llamar a los facultativos para determinar si una violada lleva en su persona las pruebas de ese delito:

a).- Aspectos de interés que deben tenerse en cuenta al efectuarse la exploración física.

En todos los casos, previo al examen, se solicita a la persona por examinar que firme la autorización para la práctica del examen, tanto ginecológico como anorrectal, colposcópico, fotocolposcópico, toma de muestras y estudio psiquiátrico y psicológico. En el caso de menores de 18

años, tal requisito es exigido a los padres, o al tutor o representante legal, o al curador, y en su caso, se requiere la orden del juez interviniente en la causa.

En la exploración física surge un punto de interés: ¿es necesario y/o conveniente que presencié el examen otra persona, además del perito actuante? . En la práctica, se acostumbra la ayuda de una doctora o de una enfermera, para tener colaboración idónea, así como para contar con mayor seguridad frente a eventuales y malas interpretaciones o equivocados, por parte de la examinada y sus familiares.

También se debe considerar si es o no conveniente que presencie el examen algún familiar de la persona por explorar. Al respecto, Uribe Cuella (64), anota: "Siempre estos exámenes delicados deben hacerse por dos peritos competentes, y en algunos casos es conveniente proponer que lo presencien los padres o parientes interesados directamente, siendo éste procedimiento muy recomendable, para evitar cualquier suspicacia o calumnia, en que se forjen leyendas fantásticas, en que pueda salir mal librada la reputación de algún facultativo".

Por su parte, Keith Simpson (65), dice: "en presencia de alguna persona sería para ayudar al médico ... y hay que practicar un examen meticuloso del cuerpo".

A su vez, Medina (66) refiere que es conveniente ser asistido por una persona de sexo femenino, o por la madre de la víctima o por una pariente próxima de ésta. Al respecto, Vargas Alvarado (67) apunta: "siempre debe estar presente una enfermera o una secretaria, en el momento en

(64) Violación, Estupro, Abuso Deshonesto. Pág. 30.

(65) Medicina Legal, Segunda Edición Española, Traducida y Anotada de la tercera edición francesa. Págs. 401 y 402.

(66) Medicina Legal, 2a. Edición, Tomo II, Pág. 1030.

(67) Delito de Violación y Estupro, Pág. 15.

que el médico practica el examen. Esta medida lo pone a resguardo de denuncias mal intencionadas que pretenden atribuir al médico examinador la ruptura del hímen por las maniobras exploratorias".

Por último, recordemos que ya Pedro Mata anotaba (68) "si se trata de una joven o de una niña, no se hará el examen sino en presencia de alguna mujer de su familia, o de una mujer, sea o no de su familia".

Yo considero que es conveniente la presencia de un familiar durante el examen, hecho que por una parte dé tranquilidad a la examinada -en caso de menores o adolescentes, e inclusive en los adultos- y, por otra, le permite advertir en qué consiste el examen, desvirtuando eventuales situaciones engorrosas ulteriores.

Hay un dato de interés práctico que cabe puntualizarse: En los casos de exámenes de adolescentes o jóvenes solteras, antes de preguntar a la presunta víctima si con anterioridad al ilícito denunciado ha tenido o no vida sexual, dato que resulta interesante para completar el interrogatorio y verificar la verosimilitud de lo referido. Esto evitará situaciones muy molestas, en caso de tener respuestas afirmativas y presenciar tal manifestación a la madre.

b).- Examen minucioso de las ropas

Respecto al examen minucioso de las ropas, Pedro Mata (69) afirma: "Casper se burla un tanto de los vestigios que se buscan en los vestidos; sin embargo, con permiso del practico actor, seguiremos dándoles la significación que se

(68) Soler, Sebastian, Pág. 284.

(69) Tratado de Medicina Legal, 2a. Edición, Traducida al español. Pág. 8.

merecen, sin llegar hasta el punto que da pie para la burla. Los vestigios de la violación que pueden encontrarse en los vestidos, en la camisa, en las sábanas, se reducen a rasgos o manchas. Si la violada ha luchado con el forzador para defender su virginidad, sus vestidos estarán rasgados en más de un punto tal vez. Vencida ya y gosa, presentará manchas en la camisa y a caso también en las sábanas de su cama si ha sido sorprendida en ella".

Respecto a nuestra opinión, coincidimos plenamente con el respetado maestro español, así como con Vargas Alvarado (70) Almeida Junior y Acosta Junior (71) Carlos Barcos Velázquez y con otros autores, sobre la importancia que tiene el examen de las ropas de quién dice haber sido víctima de violación. Así, en dicho examen se debe establecer primero si se trata de las mismas ropas que la presunta víctima llevaba en el momento de acaecer el hecho, o si han sido lavadas o no dichas prendas. Además se tomará debida nota si se trata de ropas humildes, modestas, o por el contrario, si son llamativas o provocativas. Se considerará si están íntegras o rotas, limpias o sucias. En su caso, si existen signos microscópicos de existencia de manchas biológicas, como espermas o sangre, manchas de tierra, de pintura, etc.

Ante dicho hallazgo, las ropas se deberán enviar al laboratorio criminalístico, con la finalidad de realizar los estudios correspondientes que permitirán tipificar espermas y sangre, así como realizar otros estudios pertinentes. Según nuestro criterio, en todos, deben enviarse las ropas al laboratorio rutinariamente.

(70) Medicina Legal, 9a. Ed., Librería el Ateneo, Buenos Aires. Pág. 197.

(71) Tratado de Medicina Legal, Tomo III, traducido, anotado y aumentado por el Dr. Teodoro Yañez y Fonto, Madrid, Pág. 395.

VIOLACION POR VIA VAGINAL

La exploración Física.

La exploración física de la presunta víctima de violación comienza con una inspección, al igual que en cualquier especialidad médica asistencial, pese a que la medicina forense no tiene esta naturaleza. Así, se podrá observar la actitud de la examinada, su hábito constitucional, su talla, su desarrollo muscular, todo ello con el fin de buscar elementos indiciarios de posible resistencia. Así tenemos que es de interés general estudiar los signos microscópicos de violencias externas, tanto recientes como antiguos. Para ello, es clásico dividir el cuerpo en tres zonas o áreas.

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

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

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

Nuestro criterio difiere del sustentado por muchos autores debido a que consideramos que el examen físico debe iniciarse en la zona extragenital, continuar en la paragenital y terminar en la genital.

Es muy mala técnica - así lo entendemos - iniciar el examen por la zona genital, o sea a la inversa, pues en ese caso la presunta víctima será colocada en una situación muy incomoda lo cual a menudo redundará en examen falto de su colaboración y, por ende, muy difícil y hasta entorpecido.

En ningún caso, el perito debe olvidar que realiza un peritaje en una persona que ha tenido una vivencia muy sui generis, que además no es un delincuente, sino la presunta víctima de un delito. Es de buen criterio no tener a la examinada, en ningún momento, completamente desnuda. Inicialmente, se debe examinar el hemicuerpo superior; luego una vez cubierto se hará lo propio con el hemicuerpo inferior; y finalmente, el estudio anorrectal estando la persona en posición ginecológica y, aposteriori, en posición de plegaria mahometana.

CAPITULO IV

TIPO DE LESIONES QUE PUEDEN ENCONTRARSE EN EL DELITO DE VIOLACION

LESIONES QUE SE PUEDEN ENCONTRAR EN EL DELITO DE VIOLACION.

Este tipo de lesiones se presentan en dos formas:

Estragenitales:

- a).- Contusiones del cuero cabelludo.
- b).- Hematomas del rostro (bucales, peribucales, etc.).
- c).- Hematomas del cuello.
- d).- Escoriaciones ungueales en rostro, cuello, torax y mamas o pezones.
- e).- Contusiones por mordeduras en el rostro, labios, mamas o pezones.
- f).- Hematomas en el nivel de la pared abdominal, muslos, rodillas o piernas.
- g).- Signos de estrangulamiento manual o con lazo.

h).- Signos de complexión torax abdominal.

2.- PARAGENITALES:

a).- Contusiones o desgarros perineales.

b).- Contusiones o desgarros vesicales.

c).- Hematomas pubianos.

d).- Hematomas de la cara interna de los musculos.

e).- Nosotros agregamos lesiones diversas en la zonas glúteas (hematomas, excoriaciones, mordeduras, quemaduras etc.); además, consideramos (veáanse líneas anteriores) que el periné forma parte de la zona genital.

3.- GENITALES:

a).- Contusiones o desgarros de la valvula, horquilla y fosa havicular.

b).- Desgarros del himen.

c).- Contusiones o desgarros de la vagina.

d).- Contusiones o desgarros de los fondos de saco uterovaginales.

e).- Contusiones o desgarros anales.

f).- Nosotros agregamos equimosis himeneales.

4.- Además de este tipo de lesiones podríamos agregar otro tipo más como son las siguientes:

- a).- Lesiones incisivas superficiales, provocadas por corte mediante el empleo de cualquier objeto de bordes filosos y/o cortantes, por ejemplo, hoja de afeitar, vidrio, etc.
- b).- Quemaduras, provocadas por pasaje de corriente eléctrica.
- c).- Existencia de punturas de inyecciones.
- d).- Cualquier otro tipo de lesiones (por ejemplo, despegamiento de uñas), generalmente de manos y excepcionalmente de pies.

En todos los casos, la descripción de cada lesión encontrada comprenderá:

- a).- Exacta determinación de la región anatómica.
- b).- Tipo de lesión encontrada (cortante, punzante, contusa, desgarrante, quemaduras, etc.).
- c).- Dimensiones de la lesión.
- d).- Estado evolutivo de la lesión.
- e).- Mecanismo de producción de la lesión.
- f).- Tiempo de curación probable de la lesión, en caso de que no surjan complicaciones.
- g).- Existencia o inexistencia de incapacidad laborativa.

La importancia de apuntar los datos referidos radica en la probabilidad de que exista concurrencia real de

delitos, y el juez de la causa, con base en el peritaje rendido, dispondrá lo que entienda corresponder.

CLASIFICACION DE LAS LESIONES

En la profunda investigación bibliográfica realizada, ningún autor ha considerado necesario apuntar, en el peritaje médicolegal efectuado, un hecho que adquiere relevancia mayúscula y consiguiente trascendencia no sólo diagnóstica médico legal, sino también psiquiátrica y jurídica, o sea, la clasificación de las lesiones encontradas en las supuestas víctimas.

Al respecto, cabe clasificar a las lesiones en dos grandes grupos:

- a).- Lesiones necesarias, y
- b).- Lesiones innecesarias.

a).- Lesiones necesarias

En esta denominación, se incluyen todas las lesiones, ya sean genitales, paragenitales o extragenitales, que deben, inefectiblemente, ser ocasionadas a la víctima de éste ilícito para poder cometer el mismo. Por ejemplo de ellos son los estigmas unguiales provocados en muñecas y en ambos hombros, con la finalidad de sujetar a la víctima para accederla; o bien, los hematomas de cuero cabelludo, equimosis de cuello o lesiones en mamas para hablandar a la víctima, que inicialmente ofrece resistencia física ante el intento de acceso carnal. También podemos agregar las diferentes contusiones provocadas en la raíz de muslos al intentar separarlos (estigmas unguiales, equimosis o

hematomas). Todas estas lesiones permiten tener una idea sobre lo que verdaderamente acaeció en los casos de las violaciones que se desarrollan en forma común.

b).-Lesiones innecesarias

En esta clasificación se incluyen todas aquellas lesiones que por su mecanismo productor, por su jerarquía y por su finalidad no debieron producirse para lograr la comisión del delito. Ello, por ser de tal tipo que evidencian la personalidad del delincuente o delincuentes. En todo caso, son lesiones que evidencian el sadismo del autor o autores en el simple acceso carnal, la inmisión seminis.

Desde el interrogatorio realizado, más la comprobación de las lesiones innecesarias existentes, tales situaciones permiten tener un perfil aproximado de la personalidad patológica del autor o autores del delito, aún antes de su individualización.

EXAMEN DE LA ZONA ANORRECTAL

Para realizar el examen de la zona, la persona por examinar deberá estar en posición de "plegaria mahometana".

Al respecto, Sydney Smith (72) anota: "El aspecto del sujeto y la manera como coloca el mismo para ser reconocido, sin que se le diga nada, son a menudo muy significativos".

(72) Tratado de Medina Legal, Tomo II, 3a. Ed., Págs. 30 y 31.

Por su parte Bonnet (73) refiere: "De la facilidad con que el sujeto adopte dicha actitud, sin exigir mayor explicación, sin demostrar mayores titubeos, puede inferirse alguna conclusión apriorística de su valor".

Tal como hemos venido sosteniendo estamos convencidos de que la actitud que ofrece una persona ante el examen debe tomarse como un dato más, pero de ninguna manera aceptamos que por sí misma permita llegar a conclusión alguna. Recordemos que en medicina legal, toda conclusión implica el sustento de una base científica, avalada por datos objetivos, comprobados y comprobables; pero de ninguna manera, un dato de trascendencia subjetiva puede inducir y llegar a determinar o influir en un diagnóstico.

- LESIONES QUE SE PUEDEN ENCONTRAR

Es de fundamental importancia dejar claramente establecido el coito por vía anorrectal no consentido determina, en todos los casos sin excepción, lesiones de mayor o menor jerarquía.

Precisamente en el caso de violación por vía anorrectal, es posible determinar, sin temor de equivocarse, si se trata de una relación que no contó con el consentimiento de la víctima, debido a que es completamente distinto el resultado del coito por esta vía del que se logra por vía anterior o vaginal en casos de violación.

Tal diferencia se debe a que, en el caso de una mujer virgen, la cópula por vía anterior, con excepción de quien

posea himen distensible o himen dilatado, dejará siempre un desgarró o laceración; pero la penetración por vía anorrectal, contra la voluntad del accedido, provoca la contracción esfinteriana, que en forma intensa se resiste, oponiéndose al acceso, el cual sólo se logra si se provocan lesiones que van desde simples escoriaciones o equimosis, hasta desgarró de pequeña o gran magnitud, como el de forma triangular, con base en el margen anal y vértice en el periné, el llamado signo de Wilson Johnston.

Por ello, cuando encontramos estas lesiones en el reconocimiento anorrectal, podremos concluir con certeza que el coito ha sido no consentido, sin interesar los antecedentes de la víctima, ya que incluso puede ser un homosexual, quien, al resistir la penetración con la contracción esfinteriana, sólo podrá ser accedido si median las referidas lesiones.

Además de los signos de violencia señalados en líneas anteriores, encontramos lo que denominamos parálisis antálgica esfinteriana. Si se trata de una dilación del esfínter, que se evidencia frecuentemente, provocada por el intenso dolor originado en las lesiones existentes. Los autores que se han ocupado del tema coinciden con este supuesto.

Al respecto, Simonin (74) dice: "El franqueo forzado del esfínter en contracción defensiva produce un verdadero traumatismo que provoca a menudo lesiones significativas, visibles durante algunos días solamente: son las erosiones producidas por las uñas, sanguinolentas, de algunos milímetros de largo, dispuestas paralelamente a los pliegues radicales, alrededor de la mucosa, un poco por

(74) Medicina Legal Judicial. Pág. 405.

detrás del margen del ano, erosiones que no se deben confundir con las fisuras patológicas.

La marcha, la defecación, el tacto rectal, ocasionan dolores, quemazón en la región anal. Esta está a menudo deprimida en infundibulum, por contracción refleja del elevador del ano. A veces un coito brutal provoca un estallido del orificio con desgarros más o menos profundos, que se sitúan en la línea media cerca del rafe".

Por otra parte tenemos que los signos de una distinción violenta del orificio del ano son principalmente escoriaciones, roturas de la mucosa y aun lesiones más profundas, como síntomas secundarios de irritación. Estos signos se encuentran con tanta más facilidad cuando más brutal haya sido el coito, y por consiguiente cuando mayor haya sido la desproporción entre las dimensiones del pene y el diámetro del orificio anal, sobre todo en los niños de poca edad.

Así tenemos que las lesiones traumáticas locales (ano y recto) dependen de dos factores como lo son: la violencia del coito anal y la desproporción entre el pene del violador y el orificio anal de la víctima. Estas son muy acentuadas, pues, en el niño, tanto más cuanto más corta es su edad. Dichas lesiones traumáticas son las siguientes:

- 1.- La rubicundez;
- 2.- Los desgarros de la región del esfínter, que son más o menos numerosos y profundos, y
- 3.- La deformación infundibuliforme del ano.

Los atentados agudos pueden determinar la retracción hacia arriba del ano, formándose una especie de infundíbulo

(infundíbulo anal). Exagérese ordinariamente el infundíbulo durante el examen, bajo la influencia del dolor que causan las maniobras de exploración y también bajo la del miedo y la emoción. Los traumatismos locales se acompañan de dolores, ardor, quemazón de la parte herida, proporcionales a la violencia del traumatismo y exagerados por la marcha, la defecación y el tacto rectal. Para finalizar podemos decir que cuando se haya esperma en el ano de la víctima y la región perianal, constituye un signo de alto valor y que prueba la consumación del atentado.

Por otra parte podemos comentar aquéllos casos en que se obra por sorpresa de la víctima y con brutalidad, y se llega a hacer un examen reciente, si es dado comprobar la presencia de erociones, y aún de verdaderas desgarraduras del esfínter anal, sin caracterizar, que vienen a demostrar que la introducción del pene se hizo en forma violenta y relativamente hace poco tiempo. En cuanto a la depresión del orificio anal, que se encuentra ocupando el fondo de un infundíbulo y cuyas paredes están formadas por la cara interna de los glúteos, no es un signo evidente, puesto que la mayor o menor profundidad del orificio anal puede variar en las distintas personas, sin que esté precisamente en relación con la pederastía pasiva.

Por otra parte, Fevero dice (75) "las prácticas sexuales pederásticas violentas se evidencian por lesiones traumáticas locales en el ano, representadas por el rubor, roturas de mucosa, de forma triangular, de base interna. La deformación infundibuliforme del ano puede ser debida a la posición para el examen, a molestias ano rectales, de ahí su pequeño valor patognomónico".

(75) Medicina Legal. Tomo II. Pág. 191.

Así vemos que en los casos en que la introducción del pene en el conducto rectal anal, y más concretamente a través del orificio anal haya sido brusca y acompañada de violencia, se producirán lesiones resultantes de la forzada distensión del ano, que asumen la forma de escoriaciones, laceraciones, desgarros o grietas de la mucosa. Estas lesiones, al principio tumefactas y aún sangrantes, experimentan ciertas reacciones inflamatorias en los días sucesivos, que varían desde la rubicundez a la supuración, a lo que se acompaña a veces trastornos funcionales: parálisis del esfínter anal con dilatación de este orificio y una disposición en embudo del ano. Otros trastornos menos fieles, por su carácter subjetivo, son el escozor, dolor o malestar que notan las víctimas al andar, y sobre todo, durante la defecación. Estas lesiones evolucionan por lo general en un plazo muy breve, ordinariamente menor de cinco días; si las lesiones han sido más extensas y las condiciones locales y generales de la víctima desfavorables, se necesitan plazos mayores, que en los casos extremos pueden llegar a diez o quince días.

- UBICACION DE LAS LESIONES

Clásicamente en las lesiones himeneales se acostumbra considerar al himen dentro de un cuadrante horario (y por extensión al ano también). Así describiremos la exacta ubicación, apuntando, por ejemplo, desgarró completo, escotadura congénita, o equimosis de la pared himeneal. Sin embargo Thoinot (76) considera que el himen se divide en dos mitades, inferior y superior, y en sus partes medias y laterales ubica a las lesiones.

(76) Aplicación del Colposcopio y fotografía asociada en medicina legal.

Dentro de la escuela médico legal brasileña, el criterio es ubicar a los accidentes himeneales congénitos o traumáticos en cada uno de los cuatro cuadrantes de noventa grados cada uno, en que se divide el himen. Así, tenemos: cuadrante anterior derecho e izquierdo y cuadrante posterior izquierdo y derecho, como expone Pereira de Silva. (77)

a).- Examen Colposcópico

En el examen del himen, en el empleo del colposcópico es de suma utilidad e importancia, tanto como para completar el estudio realizado a ojo directo, así como para determinar la existencia de eventuales lesiones que pudieron pasar desapercibidas.

Hay antecedentes del empleo del colposcópico. Este aparato se utiliza en exámenes himeneales con el cual se realiza una investigación más a fondo el cual va a dar resultados óptimos y suficientes, con cinco y ocho aumentos.

b).- Luz de Wood

El empleo de la luz de Wood (o sea, las provenientes de la emanación de rayos ultravioleta a través de un filtro de óxido de níquel), que lleva tal nombre en honor de Roberto W. Wood, físico estadounidense que en 1903 utilizó estas radiaciones por vez primera con mira a la

investigación, es de interés en el diagnóstico diferencial entre **escotadura y laceración**

Con el empleo de estas radiaciones, se ha podido distinguir en la oscuridad, en forma bien nítida, la diferencia que existe entre **escotadura y desgarró**, por la diferente coloración entre el tejido citatrízal y el tejido normal.

TOMA DE MUESTRAS PARA ANALISIS DE LABORATORIO CRIMINALISTICO

Es importante tener presente, en el desarrollo de los peritajes relacionados con la violación, que pueden lograrse distintos tipos de muestras, que podrá analizar en forma criminalístico, donde serán estudiadas. En este hay un punto de interés especial en el peritaje por el valor que representa.

Las muestras por tomar son las siguientes:

1.- Material de aspiración vaginal, que permitirá determinar la existencia o no de espermatozoides, el tipo de fosfatasas ácida o alcalina y el tipo de grupo. Cabe recordar que, como sostiene Woodling, Evans y Morena (78) los espermatozoides son móviles hasta doce horas después de la eyaculación en vagina, y hasta durante tres o cuatro días pueden permanecer no móviles en dicha cavidad.

(78) Tratado de Medicina Legal, traducción de la cuarta edición y arreglado a la legislación española, Tomo I, Madrid, Pág. 135.

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

La tipificación del esperma, al igual que la realizada con sangre, permite la segura exclusión de eventuales acusados del ilícito. En lo que respecta la fosfatasa ácida, hay hallazgos hasta dos semanas después de la cópula en cadáveres, y es estable en muestras secas durante tres años, como lo demostró Schiff (79). Por otra parte, la fosfatasa ácida es útil en el caso de estar frente a una eyaculación azospérmica.

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

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

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

(79) Revista de Medicina Legal y Jurisprudencia Médica. Págs. 340 y 365.

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

Se aconseja como de suma utilidad determinar en forma específica, directa y cuantitativa la existencia de gonodotropina coriónica humana (GCH) en suero o plasma, en su subunidad beta. La particularidad de ésta determinación radica en que en los siete días hay una concentración de diez a treinta mVI/ml de subunidad beta de HCG; a la semana, de treinta a trescientos mVI/ml; a la tercera semana; de trescientos a tres mil mVL/ml; a la cuarta semana de tres mil a quince mil mVI/ml. Si contamos con este medio diagnóstico preciso, completamente distinto del orthotest, podremos saber si una mujer que refiere ser víctima de violación realizada y quiere lograr enmascarar tal situación, además de buscar autorización judicial para la práctica de un aborto (artículo 86 del Código Penal Argentino); o bien, tratarse de una violación, y el embarazo existir previamente, con la cual el delincuente no será el responsable de la paternidad.

6.- Pese a que ya nos referimos a la determinación serológica de sífilis, se debe tomar una muestra de flujo vaginal, en caso de existir, para diagnosticar una eventual contaminación venérea. Sería muy buena práctica realizar rutinariamente cultivos de material endocervical en busca de neisseria gonorrhoeae.

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

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

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

C A P I T U L O V

PRACTICA FORENSE

EXAMEN PSIQUIATRICO DE LA PRESUNTA VICTIMA

Como apunta Bonnet: (80) "nunca debe dejar de ser cumplido por el perito, puesto que si con frecuencia el atentado sexual ha tenido lugar, en otros,- no tan excepcionales como se podría suponer - es simplemente el resultado de una fabulación psicopática psicótica".

Por su parte Filippi (81) anota que "el perito deberá, como primera parte del peritaje médico legal, ocuparse de la deposición de la querellante, para tomar conocimiento de sus facultades mentales". A su vez, C. Simonin, (82) al referirse a los falsos atentados, dice: "pueden ser descubiertos por la revisión de las declaraciones de la demandante y de su estado mental".

Al referirnos al interrogatorio ya hemos comentado que uno de sus fines es conocer "el nivel intelectual y las particularidades características psíquicas del examinado o examinada, para poder tener una aproximación sobre su estado psiquiátrico".

(80) Bonnet, E.F.P., Págs. 1041, 1042.

(81) Trattato di Medicina Legale. Pág. 20.

(82) Sexologia Forense. Págs. 32, 35 y 37.

El examen psíquico, que se realiza sin excepción, deberá estar a cargo de un mérido psiquiatra, quien deberá contar con la colaboración de un licenciado en psicología, ambos con experiencia en estos casos, hecho que permitirá el buen manejo de quienes examinan así como una excelente interpretación y conclusiones sobre su estudio.

La ley de fondo argentina considera bajo la fórmula privada de razón a un grupo de entidades nosológicas que hacen, cuando son portadas por la víctima, que se configura el delito. De ahí la importancia de determinar la existencia o inexistencia de patología psíquica en todas y cada una de las supuestas víctimas de violación. Por otra parte, se podrá determinar los casos en que se está en presencia de simulaciones, ideas fantasiosas, chantajes, confabulaciones u otro tipo de situaciones.

Dentro del grupo privada de razón prácticamente la totalidad de los casos estaba representada por oligofrénicas, y la participación de esta patología no llega al 4% de la casuística general.

Al respecto a las falsas denuncias, vale decir simulación de ilícitos no ocurridos, se han visto sólo dos: un caso era el de una menor de catorce años y el otro el de una niña de nueve años. En resumen, tales hechos no superan al 0.3% de la casuística.

Por último, es importante, no para la medicina legal, sino para la psiquiatría asistencial, conocer cabalmente la real existencia de provocación o no por parte de la víctima, ya que tendrá trascendencia en la evolución y tratamiento.

La colaboración realizada por los licenciados en psicología radica en la elaboración de un test, con el fin de complementar, pero nunca cambiar el diagnóstico psiquiátrico.

EXAMEN DEL ACUSADO

Como dijo acertadamente un eminente jurista, ninguna acusación es más difícil de hacer que la de violación, no existe proceso en que la inconciencia del acusado sea más difícil de probar.

Pese a que en este estudio se enfoca primordialmente la verificación del examen de la presunta víctima de violación, obvio es que se deben hacer algunas consideraciones sobre el examen del presunto autor o acusado del evento criminal denunciado.

El examen del acusado comprende el estudio físico, el de laboratorio criminalístico y el psiquiátrico:

a).- Examen físico.- Tiene por objeto la búsqueda de lesiones provocadas por la presunta víctima al tratar de diferenciarse; así, encontramos escoriaciones en cara, cuello, antebrazos y muñecas.

En la exploración de la zona genital del imputado, observamos el nivel de desarrollo genital, equimosis o ruptura o nivel de frenillo, escoriaciones y/o edema de prepucio o de glande.

En un caso, el autor de una violación por vía anal fue detenido pocos minutos después de cometido el delito y al examinarlo, hora y media después del hecho, se encontró

que su pene se hayaba totalmente cubierto por un capa de materias fecales, como si tuviera una capa de barniz. El estudio de laboratorio confirmó tal evidencia.

En tales casos, es rutinario hacer un lavado del pene sospechoso, que apunta la búsqueda de células vaginales, restos de materias fecales, pelos y sangre menstrual.

Considero que el hayazgo de células vaginales es un indicio más de acceso carnal reciente. La recolección de material se realiza mediante lavado de pene con solución fisiologica: Además, se efectúa la exploración del cuerpo del pene, hecho que permitirá observar si hay salida de secreción en el nivel de meato, pudiéndose tratar de restos de reciente eyacuación, o de secreción producida por una enfermedad venérea. Enseguida se toma la muestra y se observa al microscopio, buscando espermatozoides, ya sea vivos o muertos, y se envían al laboratorio el material para su estudio bacteriológico y para nueva determinación de esperma.

Ulteriormente, hará la tipificación en sangre del examinado, así como determinaciones serológicas de enfermedad venérea.

Finalmente, es de especial interés realizar el examen psiquiatrico-psicológico del acusado.

En conclusión se puede decir al respecto que los violadores son, en su casi totalidad, psicópatas, alcohólicos, disrítmicos u oligofrénicos.

CLINICA MEDICO FORENSE DEL DELITO DE VIOLACION

En este punto, cabe referirnos a nuestro tema. Al respecto, es de interés destacar los elementos con que debe

contarse en un consultorio ginecológico médicolegal, a saber:

- a).- Camilla ginecológica.
- b).- Microscopio.
- c).- Colposcopio y Cámara fotográfica agregada.
- d).- Instrumental (espéculos, sondas metálicas y pinzas).
- e).- Suficiente dotación de guantes desechables, porta objetos, jeringas y agujas desechables, tubos de ensayo y frascos esterilizados (para toma de muestras, orina secreciones vaginales, etc.).
- f).- Equipo esterilizador.
- g).- Fotósforo y buena iluminación general.
- h).- De ser posible, aparato de luz de Wood.

La atención en el consultorio debe ser durante las 24 horas, incluso domingos y días festivos.

Es necesario contar siempre con la colaboración de una doctora y de una enfermera, ambas con práctica en exámenes ginecológicos médicolegales.

Antes de iniciar el reconocimiento, se debe contar con la autorización escrita, dicho punto debe cumplirse sin excepciones.

Como habíamos dicho con anterioridad, el examen empezará por el interrogatorio el cual deberá realizarse a la persona por peritar, tratando en lo posible de evitar respuestas por parte de quien acompaña a la presunta víctima (madre, padre u otro familiar).

Luego se invitará a pasar al gabinete de examen a quien será reconocido o reconocida, solicitándose al familiar acompañante que espere afuera. Ello se realiza con la finalidad de lograr información sobre vida sexual anterior al ilícito en estudio, particularmente en niñas adolescentes y en jóvenes, con lo cual se obvian situaciones enojosas frente a los familiares.

Si la persona por peritar lo solicita (como en el caso de adolescentes y/o jóvenes), o si el acompañante lo pide (en el caso de niñas o niños), se permitirá pasar y presenciar el examen.

La exploración física empezará por la verificación exhaustiva de las ropas que porta la examinada, su estado, eventuales roturas, desgarros, manchas (sangre, semen, etc.).

Toda mancha existente en las ropas deberá ser remitida para su examen al laboratorio criminalístico, en paquete cerrado, lacrado, con sello y la firma de la persona interviniente.

La exploración física deberá iniciarse por la cabeza, nivel del cuero cabelludo y seguirá por la cara y el cuello. Una vez cumplido esto, se continuará por el hemicuerpo superior, solicitándole a la examinada se quite su cara, camisa o blusa y corpiño, enseguida se examinará la cara anterior del tronco, en especial ambas mamas, y se seguirá por la parte posterior. Luego se continuará por

ambos miembros superiores, en especial muñecas y manos. A continuación se solicitará se vista nuevamente y se continuará por ambos miembros interiores, permaneciendo vestida.

Una vez finalizado el examen, se solicitará a la examinada se quite sus ropas y suba a la camilla, donde deberá colocarse en posición ginecológica para ser examinada y determinar el grado de la violación.

Ahora bien, es importante que en cada tipo de lesión se determine la zona topográfica de asiento exacta, el tipo de lesiones, sus dimensiones, su estudio evolutivo, su mecanismo de producción, el tiempo probable de curación y la existencia o inexistencia de incapacidad laborativa. Además deberá considerarse si la lesión o lesiones habidas son necesarias o innecesarias y, en su caso, si denotan sadismo.

Colocada la presunta víctima en posición ginecológica, se reconocerá en primer término la zona paragenital buscando violencias en la zona abdominal infraumbilical, así como en la raíz de los muslos, especialmente estigmas ungueales u otro tipo de escoriaciones. Se continuará por el monte de Venus, tratando de evidenciar existencia de pelo pubiano distinto de la examinada o esperma o sangre, tomándose muestras de lo que se pudiere encontrar para remitir al laboratorio.

Una vez cumplido el reconocimiento (las zonas glúteas se reconocerán durante el examen anorrectal, estando la examinada en posición de plegaria mahometana), se iniciará el examen de la zona genital. El primer tiempo del examen genital implica un reconocimiento visual directo de vulva observando su conformación, ya sea de tipo adulto, infantil, puberal o geronte.

El hímen podrá presentarse en forma perfecta, con su cara anterior o inferior bien extendida, de tal manera que muestre su orificio o borde libre y las particulares características del mismo o bien, podrá presentarse sin evidenciar su orificio central, se solicitará a la examinada que puje, o sea, que aumente la presión intra abdominal, hecho que permitirá evidenciar el hímen bien desplegado y tenso, y ofrecerá al examinador su borde libre u orificio. El hímen deberá ser reconocido a simple vista, se observará su cuerpo y su orificio, y se recorrerá visualmente el borde con la finalidad de buscar existencia de lesiones del cuerpo hímenal, tipo infiltraciones hemáticas, luego el perito deberá centrar su atención en el borde libre, donde buscará la existencia o inexistencia de desgarros, ya sean recientes o antiguos. Los recientes se caracterizarán por tener sus labios con infiltración hemática y edema, mientras que los antiguos evidencian la desaparición de tales signos y sólo muestran la solución de continuidad traumática.

COMO DIFERENCIAMOS UNA ESCOTADURA CONGENITA DE UN DESGARRO.

La muestra congénita tiene la característica de no comunicar el borde libre con el borde de implantación himeneal y de tener una solución de continuidad de tipo trianguliforme, que impide se pongan en contacto ambos labios de la formación mientras que el desgarro tiene como característica distintiva permitir la unión de sus labios, sin excepción. Pero el desgarro puede ser completo o incompleto, o sea, unir el borde libre con el de implantación o no, aunque en más del 85% de los casos es de tipo completo.

En algunos casos, en cualquiera de sus variantes, o ya sea pujando, la examinada al mismo tiempo, no es clara la visión que se obtiene del himen: se trata de los himenes coroliformes. En estos casos, el peritaje se torna lento y laborioso. Entonces deberá utilizarse una sonda metálica con la que lentamente se recorrerá la formación himenal, carnosa, polipoidea, en el nivel de su borde libre, tratando de distinguir entre escotadura y desgarros, y diferenciando, en caso de existir, el reciente del antiguo.

La mayoría de los especialistas aconsejan recorrer con la punta de la sonda el borde de libre himeneal; sin embargo, se aconseja hacer a la inversa, o sea, recorrer el borde de implantación. La cual apunta a dos hechos: el primero, en modo alguno se puede lesionar el himen de esta manera, ya que si se recorre el borde libre, podrá lesionarlo el propio perito; y el segundo en que rápidamente surgirán los desgarros, ya sean antiguos o recientes, éste procedimiento resulta de suma utilidad, y es muy eficaz en el diagnóstico de existencia y de diferenciación del desgarro.

Es importante tener en cuenta que se puede encontrar un himen dilatado o elástico, como se trata de una característica funcional, la misma se evidenciará en forma activa. Para determinar si se está o no en presencia de un himen elástico, así se tiene que mediante la sonda metálica se ejerce presión discreta sobre el borde libre; pero si se ve elasticidad himeneal o ausencia de referencia de dolor en la examinada, se hace el tacto undigital, que si tampoco despierta referencia de dolor, será seguido del tacto bidigital, hecho que permitirá el diagnóstico de certeza de himen distensible y elástico que permite la cópula sin desgarrarse.

Por último, se solicitará a la examinada que adopte la posición de plegaria mahometana, para realizar el reconocimiento anorrectal. Se encontrará la característica de pliegues radiados y se hará el tacto undigital para observar el tonismo esfinteriano. La simple inspección evidenciará la desaparición de pliegues radiados o la desaparición total de los mismos.

El tacto undigital podrá provocar dolor, apareciendo parálisis antológica esfinteriana o bien, existirá este tipo de parálisis de manera espontánea.

Las lesiones anales pueden revestir diferente jerarquía, estar constituidas por simples escoriaciones o, por el contrario, configurar el típico signo de Wilson Johnston, o sea el desgarró de hora seis, en forma triangular, base en borde anal y vértice en periné.

Siempre que exista hemorragia por vía vaginal en la examinada, deberá colocarse el espéculo en busca de eventuales lesiones en paredes o fondos de saco vaginales. Se sobreentiende que este tipo de maniobras deberán realizarse exclusivamente en mujeres desfloradas y con amplio y fácil acceso al espéculo, pues de lo contrario deberá abstenerse.

Por último, deberán tomarse muestras de orina y de sangre con el fin de determinar biológicamente el estado anterior de embarazo, de tipificación y serología, así como de existencia de alcohol y/o psicodrogas.

Es de desear que, finalizado el reconocimiento físico, se proceda a realizar el examen psiquiátrico-psicológico. De no ser posible deberá realizarse en la fecha más próxima.

INFORME MEDICO LEGAL DEL DELITO DE VIOLACION

Este capítulo corresponde a la "conclusión", en el sentido literal, del examen pericial de la presunta víctima del delito de violación. Tal hecho consiste en redactar el correlativo informe pericial o peritaje médicolegal.

El peritaje médicolegal en estos casos deberá contener una serie de datos que tienen relevancia, tanto por su jerarquía cuanto por las implicaciones no sólo médicolegales, sino también jurídicas de la cuestión por considerar.

Creemos de interés apuntar cómo debe realizarse el peritaje en los casos de violación, que por otro lado, es el procedimiento que se aplica rutinariamente.

INFORME MEDICO LEGAL EN EL DELITO DE VIOLACION

En la Ciudad de México, D. F., siendo las 19:45 horas, en el consultorio ubicado en Donceles No. 42, Col. Centro; hemos procedido a realizar el reconocimiento de quien dijo llamarse Rosa Ma. Lozano Montiel; quien acreditó su identidad mediante una credencial de la escuela Secundaria No. 99 denominada Margarita Maza de Juárez.

Al efectuar la exploración física se le pudo estimar una edad aproximada de 15 años. El interrogatorio realizado revela que ha sido copulada contra su voluntad por un desconocido, quien en el día de ayer, siendo las 05:15 hrs. le interceptó el paso y, arma de fuego en mano, la obligó a subir a un automóvil, donde, amenazándola, la accedió carnalmente, primero por vía anterior o vaginal y

seguidamente por vía posterior o coito anorrectal. Como se resistía, le golpeó con el arma al nivel de la zona parietal derecha, lugar que comenzó a sangrar y en el cual persiste dolor al presente.

Refiere la menor que hasta el momento de ser accedida por el desconocido era virgen.

Durante la exploración física se pudo observar en el cuero cabelludo, en la zona parietal derecha, una lesión contuso cortante de 1.5 cms. de longitud aproximadamente, con bordes infiltrados y edematizados, con pocas horas de evolución, que no provoca incapacidad laborativa y curará, de no mediar complicaciones, en un lapso variable entre diez y quince días. No se evidencian otras lesiones macroscópicas recientes. El examen ginecológico evidencia genitales externos de conformación adulta.

Se observa hímen de tipo coliforme, que en el nivel de hora cinco muestra un desgarró reciente, o sea, con una antigüedad menor de diez días, con labios infiltrados o edematizados, que pueden contactarse entre sí. En hora ocho se visualiza una muestra congénita, en la cara interna del labio mayor derecho hay una zona equimótica de 3 x 2 mm. El examen colposcópico a cinco y ocho aumentos ratifica lo apuntado. No se logró recoger muestra alguna de cavidad vaginal, refiriendo la examinada haberse lavado reiteradas veces en el bidé de su casa.

En el monte de Venus, al igual que en el periné, no hay signos de violencia, ni pelos ni indicios de esperma.

El examen anorrectal muestra pliegues radiados parcialmente desaparecidos, el tonismo esfinteriano está disminuido, y a lo largo del cuadrante horario anal se

observa una zona escoriativo equimótica, con predominio entre las horas cuatro y nueve.

El estudio colposcópico ratifica lo referido. Se le tomó una muestra de sangre para rutina serológica y una muestra de orina para determinar biológicamente el estado anterior de embarazo.

Por lo anterior, se pudo concluir que ha habido cópula (por vía vaginal), cometido en una mujer virgen hasta ese momento; además, ha habido coito por vía anorrectal, no consentido, ya que tal acceso, al motivar resistencia, sólo puede lograrse si se provocan las lesiones existentes, típicas del mismo. Suma como dato de interés la existencia verosímil de agresión, habida cuenta que la lesión contusocortante de cuero cabelludo, de igual evolución cronológica que las lesiones himeneales y anales, que no superan las 48 horas de provocadas.

En otros casos, la existencia de un himen distensible o elástico, sin coexistir ningún tipo de lesiones en el nivel de genitales externos, nos obligará a concluir de la manera siguiente:

En virtud de tener la examinada un himen elástico o complaciente dilatado, hecho que permite la cópula o introducción de objeto peniforme sin provocarse desgarros, no se puede afirmar ni negar la existencia de cópula, hecho que nos obliga a concluir que se trata de un himen de virginidad incierta. En caso de que hubiera existido cópula se trataría de una desfloración funcional.

En el caso de mujeres con vida sexual (por ejemplo, multiparas), con desaparición total del himen, por tratarse de una persona con vida sexual activa de antigua data, no es posible obtener ningún indicio de la realización de la

copula denunciado, hecho que en modo alguno permite invalidar lo referido por la examinada.

En el caso de mujeres vírgenes, con himenes no distendibles ni dilatados, con ausencia de lesiones vulvares, concluiremos el informe de modo siguiente:

Se trata de una mujer virgen, con ausencia de desgarros completos o incompletos, recientes o antiguos, hecho que permite destacar en absoluto la cópula que en caso de haberse intentado, sólo logró un coito vestibular.

Sin embargo, hay casos en que estamos frente a una mujer virgen, que evidencia infiltración equimótica en la cara interna de labios, o en el nivel del cuerpo u orla himeneal o en la zona perineal. En estos casos, podremos afirmar con certeza que, se a tratarse de una mujer virgen con absoluta seguridad, la existencia de las lesiones referidas permite sostener que hubo intento de acceso, lográndose el coito vestibular.

Respecto al coito por vía anorrectal, cabe destacar que el 95% de las mujeres que lo han sufrido, niegan su existencia. Por ello, pese a dicha negativa, referida en el interrogatorio, igualmente deberá realizarse el examen de la región, constatando que el 60% de las examinadas son violadas por esta vía. Y por cuanto hace a la negativa, puede obedecer al hecho de no haberse dado cuenta dadas las características del momento, o a su negación por criterios culturales imperantes.

Quando no hay ninguna lesión perianal, cuando los pliegues radiados y el tonismo esfinteriano están conservados, concluiremos que se puede sostener con absoluta seguridad que no ha habido coito no consentido por vía anorrectal.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El delito de violación se ha definido históricamente derivándose del dolo genérico (atendido al pudor) el específico (tener cópula) y ensanchándose la calidad de sujeto pasivo que, en un principio, comprende únicamente a la mujer, para otorgar después la misma protección al hombre.

SEGUNDA.- La expresión "delitos sexuales" empleada actualmente para encabezar el Título XV del Libro II del Código Penal, no determina el bien jurídico lesionado por la violación. Avanzando en el camino de la terminación, debe clasificarse como delito contra la libertad sexual.

TERCERA.- El delito de violación se caracteriza por el uso de la violencia para lograr la cópula con el sujeto pasivo. De aquí que más que de la violación propiamente dicha, y de delito equiparado a la violación, debe hablarse de violación ejecutada mediante el uso de violencia efectiva o presunta, pues ambas modalidades tienen un denominador común: la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo real, efectivo en el primer caso y presunto en el segundo.

CUARTA.- No es concebible jurídicamente la violación de hombre por mujer ni la de mujer por mujer. No hay, en ninguno de estos casos, conducta típica.

QUINTA.- La llamada violación conyugal está amparada por la causa de justificación (ejercicio de un derecho) prevista en la fracción V del artículo 15 del Código Penal.

Ahora bien, el delito de violación se tipifica en el momento en que para la cópula falta la voluntad del ofendido, y se haya llevado a cabo con violencia, ya sea física o moral, y como en el matrimonio la cópula normal (coito), es un "Débito" y sólo no hay derecho a este "Débito" cuando se quiera ejecutar por vías, medios o circunstancias anormales. Así tenemos que hay delito de violación en el matrimonio, cuando el marido obliga a su mujer, usando de la fuerza física o moral y contra la voluntad de ella, a copular con él en los casos siguientes:

- a).- Puerperio.
- b).- Vasos inidóneos.
- c).- Embriaguez.
- d).- Enfermedad contagiosa.
- e).- Todos los demás que por ser contrarios a la base institucional del matrimonio pudieran acaecer.

SEXTA.- El delito de violación, "salvando el criterio sustentado al respecto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación" es, a nuestro juicio, incompatible con el de incesto.

SEPTIMA.- El daño por la violación perpetrada sobre una mujer debe ser objeto de reparación específica, por las consecuencias posteriores a la consumación que es susceptible de producir.

OCTAVA.- No existe reparación del daño, ya que si partimos de que la reparación del daño consiste en volver las cosas al estado en que se encontraban. En el delito de violación no existe tal circunstancia, pues es imposible volver las cosas al estado en que se encontraban.

NOVENA.- Por otra parte, si partimos desde el punto de vista de que la reparación del daño pueda consistir en que la presunta víctima del delito de violación pueda quedar embarazada con motivo de la violación, la Ley le da ese derecho o facultad para decidir si aborta o no, pero siempre y cuando el feto o producto no haya evolucionado.

DECIMA.- Por consiguiente se puede decir y afirmar que en el delito de violación pueden concurrir otros tipos de delitos como por ejemplo, el delito de homicidio y lesiones. Así como los delitos de doble acción, como son los de incesto y adulterio.

DECIMA PRIMERA.- Posteriormente, podemos decir que también existe el concurso de delincuentes, no en cuanto a que todos los coautores puedan tener cópula al mismo tiempo con la víctima, sino que den ayuda al responsable para cometer el delito.

DECIMA SEGUNDA.- De igual forma se puede decir que las personas que están privadas de razón, no pueden ser invitados a copular, ni se puede aceptar sus propuestas de trato sexual y que la ley los cataloga como sujetos que sufren trastornos mentales y que no son responsables de sus actos. Como por ejemplo aquellas personas enfermas de la psique como son los idiotas, los imbeciles, los que sufren locura epiléptica, erótica y los dementes.

DECIMA TERCERA.- Por otro lado podemos decir, que es de gran importancia el interrogatorio que se les practica a

las presuntas víctimas en el delito de violación y que es de gran ayuda para el médico pues podrá saber y constarle si lo narrado es verdadero o falso. Asi como conocer el nivel intelectual y las particularidades del examinado o examinada y tener una aproximación sobre su estado psiquiátrico; para que una vez recaudados todos los datos se sabrá si está frente a un simulador o simuladora de los hechos, si son ideas fantasiosas, chantajes, confabulaciones u otro tipo de situaciones.

DECIMA CUARTA.- Independientemente de lo anterior considero que las personas que han sufrido este tipo de ilícitos se les deberá hacer un reconocimiento físico y realizar un examen psiquiátrico psicológico con la finalidad de que no queden en estado traumático después de los hechos.

DECIMA QUINTA.- Por último podemos concluir que los violadores son, en su casi totalidad, psicópatas, alcohólicos, desritmicos u oligofrénicos, sin educación ni cultura que sólo satisfacen sus deseos eróticos sexuales los cuales deben de castigados con todo el rigor de la ley y sin consideración alguna.

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

- Achaval, Alfredo, Delito de Violación.
Estudio Sexológico, Médicolegal y Jurídico.
- Arilla Baz Fernando, El Procedimiento Penal
en México, México, 1961.
- Baltazar, B. Medicina Legal, Segunda Edición
Española, Traducida y Anotada de la Tercera
Edición Francesa.
- Carrara Francisco, Programa del Curso de
Derecho Criminal. Buenos Aires, de Palma.
- Carranca y Trujillo, Código Penal,
México, Antigua Librería de Robredo.
- Casper, J. L. Tratado Práctico de Medicina
- Cuello, Calón Eugenio, Derecho Penal
Parte Especial, Barcelona Bosh, 1944.

- Dalla Volta, A., Trattato Di Medicina Legale.
- Fontan Balestra, Delitos Sexuales.
- Garraud Rene, Traite de Droit Penal Francais, Paris, Sirey.
- Gómez Eusebio, Derecho Penal, Buenos Aires.
- González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales, México, Porrúa.
- González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, México, Editorial Porrúa.
- Jiménez Huerta, Mariano, La Tutela de la Vida y la Integridad Corporal, México, Robredo.
- Legrand du Saulle, Tratado de Medicina Legal, Tomo III, Traducido, anotado y aumentado por el doctor Teodoro Yañez y Fonto, Madrid.
- Lombroso, César, Medicina Legal.

- López Bolado, J. D., Bonelli, M.B., Garona, J. I. y García Moritán, N.T., Violación y estupro, abuso deshonesto.

- López Gómez Leopoldo, Gisbert Calabvig, Juan Antonio, Tratado de Medicina Legal. Tomo II 3a. Ed.

- Mata Pedro, Tratado teórico de medicina Legal y Toxicología, 6a. Ed. Tomo I, Medicina Legal, Madrid.

- Mendieta y Núñez, Derecho Precolonial, México, Criminalología, 1939.

- Manfredini, Dei Delitti Contro Il Buons Costume El Ordeine Delle Famiglie Mailano, Vallardi, Puglia II Codice Penale Illustrato.

- Peixoto Afranio, Sexología Forense, Vasiman-Koagan, Río de Janeiro, 1934.

- Pellicari y Kuitko, Aplicación del Colposcopio y Fotografía asociada en Medicina.

- Quintano, Ropolles, Compendio de Derecho Penal, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- Rojas, Nerio, Medicina Legal.
- Simonin, C., Medicina Legal Judicial.
- Soler, Sebastian, Derecho Penal, Buenos Aires, Tea.
- Thoinot, Medicina Legal, Barcelona.
- Ure, Ernesto J., Delitos de Violación y Estupro.
- Veiga de Carvalho, Hilario y Oli Veira e Costa, J.B. de "Ausencia Congénita de Himen. Comprobación histológica. Interpretación embriogenética". Revista de Medicina Legal y Jurisprudencia Médica.

LEGISLACIONES CONSULTADAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Editorial Porrúa México, D. F.

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Prontuario Penal.- Ejecutorias y
Jurisprudencias.- Séptima Epoca, Tomo II, año
de 1977.

Código Penal para el Distrito Federal.- 48a.
Edición, año de 1991, Editorial Porrúa,
México, D. F.