

La violación: legislación e ideología (Proposición de reformas y adiciones)

Mireya Toto Gutiérrez
Abril de 1985

INTRODUCCION

La lucha contra la violación en el terreno legal no comporta únicamente pedir el aumento de la punibilidad pues una ley que fuese aprobada en ese sentido, sin tomar en cuenta la problemática de la violación en su conjunto, no sería eficaz. Obviamente, estamos en favor de un aumento de penalidad, pero no como medida aislada sino formando parte de un conjunto de reformas y adiciones tanto a nivel de la norma sustantiva como de la adjetiva.

Debe ser preocupación fundamental de las juristas feministas señalar y comentar lo que consideramos elementos totalizadores de una lucha como mujeres, en primera persona, contra la violación.

Dentro de los aspectos que nos preocupan y que ponemos a discusión como un posible proyecto con el que podamos identificarnos, resaltan los siguientes: sistematización del delito, punibilidad y reparación del daño, dificultad probatoria en la comprobación de cuerpo del delito y posibilidad de una regla específica al respecto, así como la autorización para abortar en casos de violación. Igualmente nos ocupamos de comentar los vínculos entre violación e incesto, y los problemas teóricos que plantea la violación entre cónyuges. Todos estos problemas van acompañados de un análisis crítico y de sus respectivas soluciones a nivel de las reformas y adiciones que correspondan en los Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el D.F., ordenamientos a los que se refiere el análisis.

Deseo aclarar que si bien se hace uso aquí de un lenguaje jurídico-técnico, ello obedeció a la necesidad de cuestionar en sus propios términos el discurso jurídico dominante. No obstante, he intentado rebasarlo y demostrar la ideología que subyace al mismo.⁽¹⁾

Sistematización del delito de violación

En este apartado abordamos un problema que no implica un diletantismo teórico, sino que desde nuestro punto de vista conlleva fuerte carga ideológica con repercusiones prácticas.

Cuando hablamos de sistematización nos referimos a la técnica jurídica empleada para catalogar en el Código Penal los delitos, que se clasifican de acuerdo al bien jurídico protegido.

En la violación ha habido diversidad de opiniones. Se ha estimado que el delito tutela: la honestidad, la moralidad pública y las buenas costumbres. En nuestro país hay consenso en la doctrina y en la jurisprudencia para considerar que el bien jurídico protegido es la libertad sexual.

El Código Penal para el Distrito Federal incluye la violación en el título de "Delito Sexuales", utilizando una terminología incorrecta basada en la naturaleza de la conducta obtenida y no en atención al bien jurídico protegido.

Nosotras consideramos que la violación debía de incluirse en un capítulo relativo a *Delitos contra la libertad*, ya que discrepando con los que estiman que en esta situación sólo se ve afectada la libertad sexual del pasivo, creemos que es más amplio considerarlo como un ataque a la libertad, de la cual la sexual es una subespecie. Así, con un concepto más amplio permite proyectar la conducta del violador como una agresión que repercute, más allá de la materialidad del hecho, en la capacidad psíquica y en la integridad de la víctima.

1. Véase nota anterior y dos autorizados artículos de Luis de la Barreda S., en el periódico *Uno más Uno* de fechas 10 y 11 de marzo de 1983.

Esta clasificación que proponemos podría incidir, allanando el terreno, a favor de los que estiman que se puede cometer el delito de violación entre cónyuges, ya que el vínculo matrimonial ríe convierte a ninguno de los contrayentes en siervo o esclavo del otro.

Violación y punibilidad

El artículo 265 anterior a las reformas de enero de 1984 señalaba:

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

Señalamos en su oportunidad¹ que la impunidad de que gozan los violadores encontraba, en parte, su origen en el precepto transcrito al haber permitido dos situaciones: a) la posibilidad de obtener la libertad bajo fianza al relacionar el precepto de referencia con el contenido del artículo 20 constitucional fracción I y b) la posibilidad de disfrutar de los beneficios de la condena condicional atendiendo el mínimo de la sanción privativa de libertad; condena condicional que se traduce en la suspensión de la pena de prisión;

Propusimos entonces, para evitar que un inculpado por violación obtuviera la libertad bajo fianza y beneficiara de la condena condicional, el aumento de la punibilidad mínima de la máxima, atendiendo al hecho de que si la punibilidad se fija en función de la valoración del bien jurídico protegido tenía que quedar claro que para el legislador la libertad sexual debía de tener un rango y

protección de mayor importancia que el apoderamiento de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías, acción sancionada de 4 á 10 años de prisión y que, en consecuencia excluye la libertad bajo fianza y la condena condicional.

Los aspectos señalados fueron recogidos en el artículo 129 del Anteproyecto que en agosto de 1984 la Procuraduría General de la República presentó a la opinión pública, con miras a la conformación de un Código Penal tipo; no obstante el mismo artículo 129 incluía un concepto: el de la *provocación*, que implicaba dejar una puerta abierta para continuar con la impunidad de los violadores y echaba por tierra el avance de la primera parte del precepto, sancionando además un concepto que en la práctica forense ha servido para justificar la conducta de violador. Así, el artículo 129 del Anteproyecto establecía:

"Al que por medio de la violencia realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá pena de prisión de cuatro a diez años. Cuando el sujeto pasivo se niegue a la realización de la cópula, habiéndola provocado por actos naturalmente conducentes a éste, practicados directamente con el agente, se le aplicará prisión de dos a ocho años".

El contenido del precepto motivó diversas observaciones críticas, básicamente los grupos de mujeres manifestaron sus puntos de vista;⁽²⁾ al respecto es relevante el documento, que con fecha 7 de septiembre de 1984, se dirigió el Procurador General de la República, en el se abordan diversos aspectos del anteproyecto y en relación al artículo 129 se precisa la inconformidad por la inclusión del concepto de "*provocación*" como atenuante de la pena en el delito de violación por considerar que constituye un "franco retroceso" ya que a través de el se recoge la ideología patriarcal, según la cual la mujer es la que provoca la violación.⁽³⁾

En tal virtud el artículo 265 del Código Penal del Distrito Federal reformado el 13 de enero de 1984 quedó como sigue: "Al que por medio de la violencia física o



2. En dos artículos titulados "Comentarios al Anteproyecto del Código Penal publicados en Uno más Uno en septiembre de 1983, Luis de la Barreda formula una acertada crítica respecto al tratamiento de la violación en el anteproyecto. El 30 de agosto de 1983 los grupos de mujeres convocaron a una conferencia de prensa para dar a conocer sus puntos de vista acerca del anteproyecto, convocaban: Centro de Apoyo a Mujeres Violadas, A.C., Centro Autónomo Acratas, Revista Fem, Movimiento Nacional de Mujeres, Grupo Feminista Animas, Grupo de Apoyo a la libertad de Elvira Luz Cruz.
3. El documento en cuestión fue presentado durante una entrevista sostenida el 7 de septiembre de 1983 entre el sub-procurador general de la república Lic. Porte Petit y Marie - Claire Acosta de la Revista Fem, Mi rey a Totó del Grupo de Estudio e investigación sobre la mujer de la Universidad Autónoma Metropolitana; Anilú Elias, del Movimiento Nacional de Mujeres, Leonor Arroyo, Grupo A-Cratas, Isabel Díaz Portilló del Taller de Mujeres de la Asociación de Psicoterapia Analítica de Grupo A.C., Herminia Dosal del Grupo de Artistas Plásticas, Elsa Blum de Movimiento Feminista Mexicano, Gloriana González del Grupo Animas y Virginia Sánchez Navarro del Proyecto casa de mujeres.



moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendida fuera impúber, la pena de prisión será de seis a diez años".

Cabe agregar que los aspectos relativos a la reparación del daño, que habíamos señalado como una grave carencia en su previsión legislativa y en su tratamiento práctico fueron incorporados parcialmente en las reformas de 1984. En efecto, el artículo 276 bis prevee: "Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre en los términos que fije la legislación civil para los casos de divorcio".

Habíamos advertido que en el caso de la violación, la reparación del daño debería abarcar además el pago de alimentos, aspectos inherentes a la salud física y psíquica del pasivo por lo que propusimos el siguiente párrafo: "La reparación del daño comprenderá el pago de alimentos a la mujer y a los hijos si los hubiere y el pago del tratamiento psicoterapéutico requerido para la víctima por el tiempo que fuere necesario a juicio del médico".

Se recoge pues en las reformas de 1984 el pago de alimentos pero queda sin solución la atención a la salud psíquica de la víctima del delito.

Violación y comprobación del cuerpo del delito

En este apartado se abordarán una serie de problemas que podemos caracterizar de la siguiente manera:

a) Las repercusiones prácticas que implica el hecho de que el juzgador aplique para la comprobación del cuerpo del delito de violación una interpretación judicial, que consta de tesis de jurisprudencia correspondientes a la época en que el texto de la ley penal en su art. 265 consignaba expresamente como elemento del mismo la ausencia de voluntad del pasivo del ilícito, y que el texto en vigor no consigna actualmente por haber sido reformado el 12 de Diciembre de 1966.

b) El alcance doctrinal y jurisprudencial que se da al concepto de resistencia de la mujer a la violencia física o moral y su dificultad probatoria.

c) Los problemas que ocasiona la falta de una regla específica para la comprobación del cuerpo del delito, por lo que los jueces tienen que atenerse a la comprobación de los elementos materiales del mismo, auxiliándose con los criterios jurisprudenciales y con la generalmente defectuosa averiguación previa realizada por el Ministerio Pública.

Los elementos del ilícito de violación se derivan del tipo legal previsto en el art. 265 del Código Penal para el D.F.: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro a ocho mil pesos".

La jurisprudencia ha fijado: "los elementos constitutivos del delito de violación consisten en: la cópula, entendiendo ésta como cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, con personaje cualquier sexo; en ausencia del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción y con la concurrencia de la violencia física o moral, es decir ya sea que el sujeto activo recurra a la fuerza material para anular la resistencia de la parte ofendida "vis absoluta", que le amenace de males graves que la intimen "vis compulsiva", logrando así realizar el ultraje".⁽⁴⁾

Comparando la tesis de jurisprudencia transcrita y el texto del artículo 265, se evidencia que la ejecutoria

4. *Semanario Judicial de la Federación XLIII*, p. 95 (Sexta época, Segunda parte). Se cita esta ejecutoria a título ejemplificativo en la inteligencia de que abundan tesis que se pronuncian en el mismo sentido. Véanse: *Anales de Jurisprudencia*, Año IV, Tomo XIII, p. 236. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, Tomo XXV, Primera parte, pp. 1133-1134. *Boletín de Información Judicial*, Año XI, Núm. 111, pp. 715-716, 1956. *Anales de Jurisprudencia*, Tomo CXXXV, Año XXXV, p. 251.

corresponde a una redacción anterior del art. 265 que consignaba "al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona *sin voluntad de ésta*". Expresión que al ser eliminada del texto actual de la ley, ya no puede considerarse como elemento a comprobar del delito, sin que por ello ignoremos que el núcleo central de la violación es la falta de consentimiento, que debería quedar acreditada con la presencia de la violencia física o moral.

No obstante, en la práctica, al exigirse la comprobación de los elementos que señala la ejecutoria de referencia, se llega al absurdo de interpretar que se puede obtener la cópula por medio de la violencia física y con la voluntad de la ofendida, en la hipótesis de que la ausencia de este elemento no pudiera ser verificable.

Ahora bien, la ausencia de voluntad del pasivo de violación se traduce en una resistencia a la violencia física o moral tendiente a imponerle la cópula.

En consecuencia se impone conocer, para los efectos de la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal qué se entiende por violencia física o moral, así como el alcance del concepto "resistencia a ambos tipos de violencia".

Violencia física: implica el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo para la obtención de la cópula, y se conoce técnicamente bajo el nombre de "vis absoluta".

Ahora, vemos cómo debe manifestarse la resistencia que la mujer debe oponer a este tipo de violencia según los conceptos elaborados por la doctrina y los tribunales. Hay consenso de las opiniones doctrinales, tanto nacionales como extranjeras, para considerar que la existencia de la violencia física se supedita a los siguientes requisitos ⁽⁵⁾

1. Que la fuerza material que se ejerza recaiga directamente sobre la víctima.
2. Que sea eficiente para vencer la resistencia del pasivo, en consecuencia en relación a su constitución anatómica.
3. Que la resistencia que opone la mujer deba de ser *seria* y *constante*, entendiéndose por lo primero que esté exenta de simulación y refleje una auténtica voluntad contraria, y por lo segundo, que sea mantenida hasta el último momento, excluyéndose aquella resistencia que se da al inicio y *luego se abandona para participar en el recíproco goce*.

La comprobación de los anteriores requisitos tiende a demostrar que la mujer fue forzada; y en este punto los

5. Cfr. Porte Petit, Celestino, *Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación*, (3^o ed), pp. 22-23, Porrúa, 1980. Carrancá y Trujillo, *Código Penal Anotado*, pp. 615-616. Nota 868, México, 1982. Jiménez Huertas, M., *Derecho Penal Mexicano, Tomo III, Cuarta ed.*, pp. 259 y ss. Porrúa, México, 1982. González Blanco A., *Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, Cuarta ed.*, pp. 152 y 159, Porrúa, 179.

autores unánimemente coinciden en demostrar la inquietud que les ocasiona la posibilidad de acusaciones falsas, por ausencia de una prueba directa; acusaciones falsas no sobre la cópula en sí, sino sobre el empleo de la fuerza para obligar a la mujer.⁽⁶⁾ Lo que para nosotros resulta importante es señalar que esta manifestación de solidaridad masculina para evitar acusaciones falsas en violación, no haya sido sensible al punto de vista de la mujer ya que con el mismo argumento de ausencia de prueba directa o histórica, por ser delitos de oculta realización, se podría argüir que la mujer se encuentra frente a una dificultad probatoria agravada por la escasa o en algunos casos nula valoración que se otorga a la declaración de la ofendida.

Más aún, salta a la vista que los requisitos exigidos para la existencia de la violencia física denotan ideología, ideología que recorre las sentencias, las interpretaciones judiciales y la codificación. Una de las opiniones que más han influido en la caracterización de los requisitos de la violencia ha sido formulado por el jurista toscano Carrara, cuyas enseñanzas, ampliadas más tarde por sus discípulos italianos, españoles, argentinos y mexicanos, fueron transmitidas hace un siglo. No obstante, seguimos encontrando su pensamiento presente en las ejecutorias de los Tribunales. El mismo Carrara plantea que cuando exista discrepancia entre el dicho de la mujer que se dice violada y la negativa del acusado, deberá el juez estar a lo que el jurista toscano considera conjeturas favorables y desfavorables: ubicando entre las primeras, confirmatorias de violencia, los gritos en el instante del hecho, los vestidos desgarrados, los cabellos sueltos y las inmediatas lamentaciones además de las lesiones; considerando entre las excluyentes de la violencia, el lugar concurrido, el complaciente silencio, la inalterabilidad en los vestidos y las lamentaciones tardías.⁽⁷⁾

La óptica masculina del análisis impide ver que la denuncia tardía es uno de los obstáculos que las mujeres con dificultad empiezan a rebasar, por los problemas que en todos los órdenes conlleva. Nos preguntamos lo que ello significaría para las mujeres contemporáneas de Carrara.

Opiniones como las del penalista italiano y sus discípulos resultarían inocuas si no hubieran trascendido al ámbito de las ejecutorias dictadas por los tribunales judiciales. Transcribiremos algunas de ellas para

6. Al respecto, la preocupación de referencia abarca todas las épocas desde autores clásicos como Carrara Cuyas opiniones fueron vertidas hace un siglo, hasta autores recientes, tal Jiménez Huerta quien no duda en recurrir a la literatura clásica, citando el pleito resuelto por Sancho Panza durante su efímero gobierno en la insula Barataría, entre un hombre vendedor de puercos y una mujer que lo acusa de violación, llegando a la conclusión de que la mujer hubiera podido resistir a la violación si ésta hubiera sido su voluntad. O bien la cita del diálogo escrito en 1621 por Tirso de Molina en El vergonzoso en Palacio respecto a las mujeres que se dicen forzadas en el que concluye: "Yo aseguro, si como echa a galeras la justicia los forzados, echara las forzadas, que hubiera menos y esas más honradas (op. cit., pp. 266 y ss).

7. Citado por Jiménez Huerta, op. cit., p. 260.

comprobar cómo está presente tal Ideología. Según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "la fuerza ha de ejercitarse sobre la misma persona que se viola, y tía de ser constante, pues si aquélla cede al que violentamente intenta poseerla, no puede considerarse víctima de violación

Violencia moral: implica intimidar a la víctima con la amenaza de un mal causado por ella o a personas con las que se encuentra ligada por vínculos afectuosos, técnicamente recibe el nombre de "vis compulsiva".

Para Carrarérse requiere que el mal con que se amenaza sea *grave, presente e irreparable*; como si fuera posible circinscribir el temor en reglas rígidas y absolutas. Además, en su misma línea de pensamiento estima que la fuerza ejercida sobre terceros no tiene efectos sobre la mujer, ni físicos ni moraleó.

La jurisprudencia en sus ejecutorias ha retomado parte del pensamiento de Carrara: "El empleo de la violencia moral se caracteriza por amenaza de grave e inminente, y en la persona de la ofendida, en su reputación e intereses, o bien, contra un tercero, cuando con ello cause una fuerte coacción en el ánimo de aquella, como la amenaza de matar a un ser querido.

Ói si en el proceso no se registra elemento alguno que corrobore la versión de la ofendida, acerca de que el acusado haya ejercido violencia moral para conseguir su objeto, no se comprobó el cuerpo del delito de violación, y la sentencia que impone pena al acusado como coautor del delito es violatoria de garantías".⁹

Es de llamar la atención la nula valoración que se otorga al dicho de la ofendida, el cual al no hallarse corroborado por otros elementos de convicción, lo que no puede ser posible por la naturaleza propia del ilícito, carece del peso suficiente para considerar acreditado el cuerpo del delito. Dicho de otra manera: en el ánimo del juzgador tuvo mayor peso la negativa del sujeto activo que la acusación de la víctima, por lo que la violación no fue demostrada.

Los aspectos analizados son indicadores de lo peligroso que resulta la falta de una regla específica en la comprobación del cuerpo del delito de violación. Y a mayor abundamiento queremos señalar que respecto a casos similares, podemos tener ejecutorias completamente diferentes, veamos:

"Un dictamen pericial y la declaración de la ofendida son elementos suficientes para tener como comprobado plenamente el cuerpo del delito de violación, bastan esos mismos datos para presumir la responsabilidad del reo en la ejecución del delito".

La ejecutoria transcrita se encuentra en franca contradicción con la siguiente:

8. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LC, p. 768.

9. *Semanario Judicial de la Federación*. (Quinta época). Tomo LX, Primera parte, pp. 768-769.



"Si al acusado se le imputó el delito de violación y como únicos elementos de prueba existen: *el dicho de la ofendida* y el haber aceptado el acusado que aquella estuvo llorando en el lugar de los hechos *el dictamen médico* del cual aparece que la víctima tiene 14 años de edad, es púber y presenta *huellas de desfloración reciente*, no está comprobado plenamente el cuerpo del delito, pues el elemento violencia constitutivo del mismo no se justifica por el solo dicho de la ofendida".⁽¹⁰⁾

Podríamos señalar una multiplicidad de ejecutorias contradictorias, cuyas repercusiones en la praxis implican resoluciones judiciales: autos y sentencias totalmente diversas frente a hechos similares, situación que resulta atentatoria contra el principio de igualdad ante la ley.

1. La exposición anterior nos lleva a encontrar nuestras premisas iniciales, en el sentido de que: 1. La aplicación en la interpretación judicial de criterios jurisprudenciales correspondientes a una redacción del texto del artículo 265 del Código Penal para el D.F. anterior a la reforma de 1966, comporta el absurdo de seguir exigiendo, además de la cópula y de la violencia física o moral, la falta de consentimiento de la ofendida, lo que significaría que se puede obtener cópula por medio de la violencia física o moral y con el consentimiento de la víctima, situación que llevada a sus últimas consecuencias significaría responsabilidad, no por violación sino por otro tipo de delitos como golpes o lesiones, con la consiguiente impunidad del ilícito en estudio ya que, al no demostrar la ausencia de consentimiento, se destruye el tipo penal de violación.

10. *Semanario Judicial de la Federación* (Quinta época). Tomo LXXXIV, Tercera parte, pp. 2758-2760. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XI, p. 1405. Subrayado nuestro.

2. El alcance contradictorio, doctrinal y jurisprudencial, que se da a la resistencia que opone la víctima a la violencia física o moral y su dificultad probatoria tiene sus fuentes en la literatura clásica sobre una imagen desvalorizada de la mujer y en un discurso jurídico formulado hace más de un siglo con el único propósito de evitar que los hombres fueran acusados de violaciones injustas. Esta situación, en nuestro sistema jurídico no ha sido denunciada ni objetada y da lugar, en la gran mayoría de los casos, a una denegación de justicia para la mujer, comportando paralelamente la impunidad masculina en la ejecución del ilícito de referencia.
3. Nuestra afirmación inicial en el sentido de que el estado de cosas descrito se origina en parte por las defectuosas averiguaciones previas realizadas por el Ministerio Público y en ausencia de una regla específica para la comprobación de cuerpo del delito de violación. En consecuencia, el juzgador debe por una parte limitarse a los datos proporcionados por el Ministerio Público y atenerse a la comprobación de los elementos materiales del ilícito conforme al art. 122 del Código de Procedimientos Penales del D.F., a fin de que se incluya una regla específica para la comprobación del cuerpo del delito de violación que podría estar redactada de la siguiente manera: Art. 124 bis: *Para la comprobación del cuerpo del delito de violación serán elementos suficientes la imputación del sujeto pasivo, el dictamen pericial u otro elemento probatorio que la robustezca; igualmente bastarán esos datos para acreditar la responsabilidad penal del acusado en la ejecución del delito.*

Violación y aborto

El aborto, en los casos en que el embarazo sea causado por una violación, ha sido considerado como una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. Es decir, el Estado en esta hipótesis no puede forzar a la mujer a aceptar al hijo que le fue impuesto por la violencia.⁽¹¹⁾

Se habla igualmente de que la hipótesis implica el reconocimiento del derecho a una maternidad libre y consciente.⁽¹²⁾ Independientemente de la naturaleza jurídica de la exención penal contenida en el artículo 333 del Código Penal para el D.F., es nuestro interés destacar la situación táctica, producto de la miopía legislativa en un problema cuyas graves repercusiones afectan únicamente a las mujeres. Veamos pues el contenido del text legal, art. 333:

11 .Exposición de motivos del Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz - Llave de 1979.

12 Toto Gutiérrez, Mineya. Anteproyecto de Maternidad Libre y Voluntaria. Coalición de Mujeres Feministas. De la Barreda, Luis. Artículos en Uno más Uno, Julio de 1979. Jiménez Huerta, M. Derecho Penal Mexicano, Tomo II, pp. 199 y ss. (Tercera ed.). Porrúa, México, 1975.

"No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo sea resultado de una violación".

Este artículo, que motiva el orgullo de algunos juristas mexicanos, se considera como vanguardia de una cierta dirección legislativa.⁽¹³⁾

Analicemos lo que la vanguardia significa para las mujeres.

Teóricamente, hay una exención de punibilidad que comprende no sólo a la mujer sino a cualquier persona que ejecute o coopere en el aborto; la condición es que el embarazo sea resultado de una violación.¹⁴ Ahora ejemplifiquemos con un caso práctico: una mujer es violada y resulta embarazada, denuncia los hechos, se comprueba el cuerpo del delito de violación, pero —y esto es algo que hemos podido observar directamente— al momento de solicitar la autorización para abortar de acuerdo a lo estipulado en el "vanguardista" 333, el Ministerio Público responde que es competencia del juez que instruye el proceso y éste considera que es facultad del Ministerio Público; entretanto, el tiempo, factor de extrema importancia para un aborto, pasa y la mujer se ve condenada a recurrir a la clandestinidad para abortar, siendo objeto de la explotación de los médicos y del personal para-médico; a pesar de que, como hemos visto, la exención de punibilidad se proyecta también sobre ellos.

La situación descrita la origina la incompleta redacción del art. 333, puesto que éste, por una parte, no prevé

13. Jiménez Huerta, M. Op. cit., p. 198.

14. Al respecto, véase Toto Gutiérrez, Mireya: "El aborto y la legislación mexicana", en FEM, vol. 1, No. 2, Enero-Marzo 1977, pp. 3 y ss.



quién y en qué momento es el responsable para otorgar la autorización requerida para abortar y, por otra parte, podría haber tendencia a pensar que se requiere de una sentencia condenatoria en donde se acredite la violación (la cual implica la tramitación previa de un proceso legal que conforme al art. 20 constitucional, fracc. VIII, tendría que ser resuelto, teóricamente, antes de un año.) Tiempo suficiente para que la mujer que ha sido violada de a luz.

Creemos que esta injusticia puede evitarse con una adición a la ley penal en los siguientes términos: En los casos en que a consecuencia de la violación la mujer resulte embarazada, los médicos legistas, a la mayor brevedad posible emitirán su peritaje en el que se constate el tiempo del embarazo, a fin de que el Ministerio Público, en los casos en que proceda, otorgue la autorización correspondiente para que el aborto se practique en una institución hospitalaria estatal.

La ubicación de este párrafo por razones técnicas, ya que se trata de una regla de procedimiento, tendría que incluirse en el Código de Procedimientos Penales, y precisamente, formando parte del 2º párrafo del nuevo artículo 124 bis, que proponemos como regla específica para la comprobación del cuerpo del delito de violación. Aún cuando, igualmente, se podría aducir que en virtud de que el Código Penal admite en su articulado algunas reglas procesales, no habría obstáculo para incluirlo en un 2º párrafo del artículo 333 del Código Penal o bien estipular allí una remisión expresa al 124 bis.

Cabe agregar en este apartado que en el anteproyecto de agosto de 1984 se previó en el artículo 108 fracción II lo siguiente:

Art. 108. "No es punible el aborto".

Fracción II. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o se esté en el caso previsto por el artículo 139. En estos casos no se requerirá sentencia ejecutoria sobre el delito cometido, sino bastará la comprobación de los hechos".

Esta fracción si bien implicaba ya un avance sobre la situación que priva en la práctica respecto a la autorización para abortar cuando el embarazo es resultado de una violación, dejaba sin resolver los siguientes aspectos: a) quién y en qué momento da la autorización para abortar y b) institución donde el aborto deba practicarse.

Si bien la fracción señalaba que bastará la comprobación de los hechos sin necesidad de sentencia ejecutoria, punto donde residía el avance, no precisaba si la comprobación de los hechos le correspondería a la autoridad judicial a través de un auto de formal prisión, o al Ministerio Público durante la averiguación previa. La dificultad de la primera hipótesis condicionada el hecho de que hubiera detenido y se le dictara la formal prisión

dejaba como única alternativa que fuera el Ministerio Público a quien correspondiera otorgar la autorización para abortar en casos de embarazo por violación; otro problema de particular relevancia fundamentalmente en los casos de mujeres de escasos recursos la constituye el lugar donde debe practicarse el aborto ya que de no ser en una institución hospitalaria estatal se seguiría condenando a las mujeres al aborto clandestino o una maternidad impuesta por la violencia.

Inexplicablemente el tema no fue abordado en las reformas de enero de 1984 por lo que la ambigüedad y las carencias del artículo 333 del Código Penal del Distrito Federal siguen, en la gran mayoría de los casos de embarazos por violación, imponiendo a las mujeres una maternidad no deseada; y decimos inexplicablemente porque más allá de las consideraciones políticas respecto al tema del aborto en general, en la hipótesis que nos ocupa —artículo 333— se trataba únicamente de que el legislador tuviera la voluntad técnica de perfeccionar un mecanismo que hiciera eficaz y no letra muerta el "vanguardista" artículo de referencia.⁽¹⁵⁾

15. En la entrevista comentada en la nota 3 de este trabajo se presentaron en la Procuraduría General de la República por escrito y verbalmente los argumentos relativos a los artículos 108 fracción II del anteproyecto y el 333 del Código Penal.



Violación entre cónyuges y relación entre violación e incesto

El espacio disponible nos impide tratar ambas categorías por separado con mayor profundización. En consecuencia, nos limitaremos a destacar brevemente la problemática al respecto.

Violación dentro del matrimonio

Las opiniones se han ubicado dentro de dos criterios:

1. Que no existe violación pues estamos ante el ejercicio de un derecho.

Esta es la opinión mayoritaria apoyada por Carrara, Carrancá y Trujillo, Cuello Calón, González Roura, Garraud, Maggiore, Manzini, Pannain, Soler y González Blanco, basada en que se trata de un derecho derivado del matrimonio que permite al marido exigir de la esposa la realización del acto sexual para cumplir con el fin del matrimonio que es la procreación.⁽¹⁶⁾

Como variante de tal posición, admite Carrancá y Trujillo la posibilidad de que, cuando la cópula sea ilícita, entendiéndose por tal la conjunción anormal o contra natura, se configura el delito de violación.

La opinión señalada está acorde con la jurisprudencia al respecto: "...Los cónyuges están obligados en todo caso a aquellos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa, quedando, por consiguiente excluidas las cópulas de carácter anormal, aquellas en que intervenga el uso de anticonceptivos y las cópulas con enfermos que padecen males transmisibles, porque, estos ayuntamientos serían ilícitos, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro. Aún en el supuesto de que la cópula se verifique por la vía normal, si se exige por la vía violenta existirá el delito de violación..."⁽¹⁷⁾

En virtud de tales opiniones se llega a sostener que cuando el marido copula contra la voluntad de la mujer y aún por medio de la violencia física o moral, no comete el delito de violación pues no delinque quien ejerce un derecho.

2. Los que sostienen la posible existencia del delito de violación entre cónyuges son minoría. Entre ellos, Luis de la Barreda y Jiménez Huerta consideran endeble sostener el argumento de la obligatoriedad para la mujer de copular, derivada del contrato matrimonial, del cual surge un deber de fidelidad y de cohabitación que de transgredirse origina un divorcio necesario,⁽¹⁸⁾ pero nadie puede por contrato renunciar a la libertad.

16. Citados por Porte Petit, op. cit., pp. 49 y ss. González Blanco, op. cit., pp. 168 y ss. Carrancá y Trujillo, Código Penal Anotado, p. 616, Nota 870, México, 1962.

17. Anales de Jurisprudencia. Año IX, Tomo XXXIV, Número 1, p. 523.

18. De la Barreda, Luis, artículo publicado en el diario Uno más Uno, 10 de Marzo de 1983; Jiménez Huerta, op. cit., p. 270 y ss; Martínez floara, Marcela, "Sexología forense". En: Quiroz Cuarón y otros, Medicina Forense, p. 659. Edit. Porrúa, México, 1982.

En tal virtud, retomando nuestra afirmación expresada en el rubro de *sistematización*, si la violación fuere ubicada en el capítulo de delitos contra la libertad, esta clasificación beneficiaría la tipificación de la violación entre cónyuges.

Por último, lo dicho para la violación entre cónyuges, es válido para la violación dentro del concubinato.

Relación entre violación e incesto

La figura legal que describe el incesto, tutela el principio exogámico de la familia.

El artículo 272 del Código Penal del D.F. dice: "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".

La investigación de los delitos es competencia exclusiva del Ministerio Público y, una vez integrados los requisitos que exige el artículo 16 constitucional, se consignan las diligencias al Juez.

Si el Ministerio Público por negligencia, corrupción o ignorancia no formula correctamente sus pedimentos, ello puede dar lugar a situaciones de suma gravedad, como lo es el hecho de tener que absolver a una persona acusada por el Ministerio Público de incesto, cuando lo que en realidad cometió fue el delito de violación.

Tales situaciones se presentan frecuentemente en la práctica en los casos de violaciones cometidas por el padre o el abuelo respecto a sus hijas o nietas, lo que se evitaría si contáramos con un Ministerio Público que realizara correctamente las investigaciones.

* El presente trabajo fue presentado como ponencia en el Tercer Simposio de Estudios e Investigación sobre la Mujer en México, organizado por el CEESTEM en abril de 1983 en la ciudad de Guanajuato. A partir de entonces se difundió, sin publicarse íntegramente, en los medios de comunicación, entre otros en los periódicos *Uno más Uno* y *"El Día"*, en las revistas *Proceso* y *FEM* y en televisión: Canal 13; se presentó igualmente en julio de 1983 durante las sesiones de consulta popular sobre Administración de Justicia organizadas por la Procuraduría General de la República y motivó un taller organizado por el Instituto Francés de América Latina en septiembre de 1983 del que surgió un estudio pluridisciplinario sobre la violación. En virtud de que las reformas y adiciones, al Código Penal del Distrito Federal, de enero de 1984, relativas al tema que nos ocupa, se limitaron básicamente al rubro de punibilidad sin ofrecer soluciones a las diversas facetas que presenta el problema de la violación es por lo que los argumentos críticos que expusimos desde 1983 con la salvedad señalada siguen estando vigentes.