

# EL DELITO DE VIOLACION

Por: Dr. Xavier Zavala Egas

## ORIGENES DEL DELITO

En el Derecho Romano no existía la figura de violación; como casi todas las lesiones al bien jurídico libertad, quedaba comprendida en el, concepto de "vis". Momsen, en el "Derecho Penal Romano", establece que "El robar violentamente su libertad a alguna persona y, sobre todo, el raptarla contra su voluntad, así como también el estuprarla, eran hechos que aún siendo la víctima individuos no libres, caían bajo la acción, no de la ley Plotia, pero sí de las más severas de las Julias sobre coacción. El estupro se castigaba precisamente con pena capital". Interesante es que en Roma este crimen de "vis" podía ser cometido tanto sobre el hombre como sobre la mujer. Posteriormente se van configurando otras figuras sexuales, pero la violación se mantiene dentro del crimen "vis".

En el antiguo Derecho Español, la Legislación de las Partidas castigaba en la Ley 3a. Tit. 20, partida 7, "Al que robare o forzare a mujer honesta, sea doncella viuda o religiosa, debe morir por ello. . .". García Goyena critica en 1843 que dos figuras diversas como el rapto y la violación se encuentren comprendidas en una misma ley. Alejandro Fuensalida, "Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno, Tomo III", comentando la Partida 7a. Título XXI, Ley 2a., nos dice que ya se definía la violación esencialmente lo mismo que nuestro Código; castigaba la tentativa como la consumación, y presumía de derecho que era violento el acto de yacer con mujer menor de 12 años.

Ya en la época de la codificación española, en el de 1822 el delito de violación aún no se encuentra completamente separado del rapto, ni del de abusos deshonestos, ya que el término "abusar" o "abusar deshonestamente" incluye el de "yacer". Por ejemplo, en el Art. 666 se dice "Si el reo abusare deshonestamente de la persona robada en cualquiera de los casos de los artículos precedentes contra la voluntad de ella, sufrirá. . .". Así como el Art. 678, ". . .el que cometiere este propio delito contra cualquiera otra persona que no sea mujer pública conocida como tal, sufrirá. . .", en el que hay una referencia explícita a que es indiferente el sexo de la víctima.

En el Derecho Francés también aparecen confundidos los delitos de rapto y violación, inclusive en la violación no solo estaba comprendida la conjunción sexual por la fuerza, sino también la tentativa. Posterior a la 1ª revolución, en el Código de 1791 se castigaba la violación agravando la pena

si había sido cometida en una niña menor de 14 años, o cuando el culpable había actuado con ayuda de una o varias personas. En el Código de 1810 también se confunde abusos deshonestos o atentado contra el pudor, con violación, así el Art. 331 expresaba: "El que cometa el crimen de violación o se haga reo de cualquier otro atentado al pudor, consumado o intentado con violencia, contra personas de uno u otro sexo, será castigado con pena de reclusión". En 1832 se expiden reformas a dicho Código y entre otros efectos se distingue la violación del atentado contra el pudor, creando para éste último la misma estructura pero sin violencias.

En el Derecho Belga, rigió la legislación francesa por la anexión de 1792, es únicamente mediante el Código de 1867 en que se distingue el atentado contra el pudor de la violación, siendo el primero ascendiente directo en cuanto a sus elementos del que se encuentra tipificado en nuestro Código, y en lo que respecta a la violación la define en el Art. 375 así: "Será castigado con la reclusión todo individuo que hubiere cometido el crimen de violación, sea por medio de violencias o amenazas graves, sea por ardid, sea abusando de una persona que, por efecto de una enfermedad, por alteración de sus facultades o por cualquier otra causa accidental hubiere perdido el uso de los sentidos, o hubiese sido privado de él por algún artificio".

## **BIEN JURIDICO PROTEGIDO**

La infracción en mención la encontramos ubicada en el Art. 512 del Código Penal ecuatoriano con su estructura básica. Es parte de los llamados "Delitos Sexuales" y se encuentra junto a los delitos de estupro, atentado contra el pudor y otros. Si nos guiamos por el criterio de Francesco Carrara, deberíamos colegir de su ubicación cuál es el bien jurídico protegido. Sin embargo, establecer de manera general que la violación es un delito sexual, no es absolver la inquietud.

No todo acto humano que gira en torno al sexo es constitutivo de infracción. Es menester que con la actividad sexual confluyan o se hagan presentes, lesiones concretas a alguno de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. Generalmente, la actividad sexual libre y consensual entre seres humanos no es aprehendida por el Derecho Penal, y digo generalmente ya que por ejemplo, la sodomía u homosexualidad se encuentra tipificada a-pesar de que la actividad sea totalmente voluntaria. En todo caso, si es justamente el elemento de la voluntad el que falta, el consentimiento otorgado libre y sin vicios hacia el acto sexual, ya nos encontramos en terreno del Derecho Penal.

En el delito de violación se atenta contra la libertad sexual, es decir aquella facultad que tiene el ser humano de disponer de su cuerpo como a

bien tuviere en materia sexual, siempre y cuando no atente contra la moral o las buenas costumbres.

En la violación no existe consentimiento, el sujeto activo ejecuta el acto sexual sin la aquiescencia del ofendido, es por eso que las circunstancias determinadas en el Art. 512 del C.P. siguen el patrón antes mencionado. En la propia, o sea fuerza o intimidación en el acto, se hace evidente que no hay consenso en la víctima; en las otras, al encontrarse la víctima privada de la razón o del sentido, tampoco encontramos la necesaria aceptación y, en el hecho de que la víctima sea menor de doce años, el eventual consentimiento se presume inexistente, justamente por inmadurez psíquica en el ofendido.

Este criterio de la ausencia de consentimiento como denominador común en el delito de violación, no es pacíficamente acogido por la doctrina penal. En efecto, determinado sector doctrinario nos establece la fórmula de la violencia presunta, basada en que "no pudo querer, luego no quiso". Al ser la víctima un inimputable, menor de edad, orate, etc., estos son incapaces de consentir, "no pueden querer", y por lo tanto disienten. Como falta la voluntad, el consentimiento, la aceptación de la víctima, el acto fue violento. Carrara sostuvo que no es verdad que a este tipo de víctimas les falte consentimiento, por ejemplo el niño o el loco, puede faltar capacidad jurídica **en** dicho consentimiento, mas no el consentimiento natural. Lo cierto es que el consentimiento de la víctima no existe, en ninguno de los tres casos tipificados en el Art. 512, ahora, si tal ausencia es constitutiva de violencia presunta, me parece más que una presunción, la elaboración de una ficción en interés del orden jurídico.

Para concluir diremos que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, no hay violación si esta libertad sexual no se ha coartado o conculcado; podría eventualmente tipificar otro delito, en caso de haber acoplamiento sexual o no haberlo, pero no violación.

#### **ELEMENTOS DEL TIPO PENAL:**

#### **"ES VIOLACION EL ACCESO CARNAL CON PERSONA DE UNO U OTRO SEXO, EN LOS CASOS SIGUIENTES:**

- 1o.** *Cuando la víctima fuere menor de doce años;*
- 2o.** *Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir; y,*
- 3o.** *Cuando se usare de fuerza o intimidación.*

## ACCESO CARNAL:

En primer lugar es necesario considerar que el acceso carnal, como núcleo o como verbo rector, no es unánimemente utilizado en los cuerpos penales, indistintamente se usa el verbo yacer, copular y otros.

Fontan Balestra, por ejemplo, comentando el Código Penal Argentino, "Derecho Penal", parte especial" nos dice que "El delito de violación se configura en todos los casos con el acceso carnal. Por acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de el. . .".

Barrera Dominguez, "Delitos Sexuales", expresa que "La mayoría de los comentaristas entienden por acceso carnal la intromisión viril por cualquiera de los esfínteres de la víctima ya sea pardal o momentánea y sin que se requiera la immissio seminis". Manzini, citado por este autor, **expone que** "... es indiferente el punto (idóneo o no) del cuerpo en el cual ocurre (según o contra natura). Por esto el delito ocurre tanto en el coito vaginal, como **en el coito anal u oral. . .**", ésta última tesis no es compartida por Manfredini y Sabatini, es un acto erótico diverso del acceso carnal.

Marcela Martínez Roaro en "Delitos Sexuales", comentando el Código Penal para el Distrito Federal de México, nos dice, citando a Jiménez Huerta, "La cópula que constituye la violación es para el autor tratado el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal, pues ello se deduce claramente y sin lugar a dudas del Artículo. . .", sin embargo es menester considerar que tal artículo del C.P. Mejicano, únicamente nos refiere a ". . .cópula con una persona sea cual fuere su sexo. . .", por lo que no encontramos fácil de crear la conclusión a la que llega el citado autor, en lo pertinente al sexo oral. González Blanco, citado por la misma autora establece que ". . .fisiológicamente tanto existe actividad **sexual en** los actos contra natura, como en los normales. . . **en** su acepción erótica general, la acción de cópula comprende a los ayuntamientos sexuales normales. . . y a los anormales "

El Código Penal español utiliza el término yacer y la jurisprudencia define tal verbo como "... ayuntamiento carnal o conjunción de órganos genitales de varón y hembra, . . . sin que precisen la perfectibilidad del coito, bastando la penetración del pene, más o menos imperfecta en los órganos sexuales de la mujer, aunque la cópula no fuera normal y completa (**55 de 14 de** Nov. de 1972). . ."

Los términos cópula, yacer, coito y acceso carnal son usados indiferentemente por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia universal. Lo que precisa el núcleo del tipo o el verbo rector, para el delito que estamos tratando, es el alcance otorgado a dichos términos, esto es, a qué tipo de ayuntamiento carnal nos estamos refiriendo.

Frente a esta inquietud, la doctrina es unánime en considerar que lo que califica es la penetración, el acceso en conducto vaginal o anal. Así lo dice Marcela Martínez (ob.Cit.), "Igualmente hay coincidencia en la doctrina al aceptar que la cópula en la violación puede ser tanto la normal como la anormal. Por lo que se refiere a la segunda, unos tratadistas expresan claramente que la cópula anormal la constituye la introducción anal, así como la "Fellatio ir. ore", en tanto otros como González de la Vega, Soler y Porte Petit, se limitan a aceptar la cópula anormal pero sin expresar si excluyendo o incluyendo la "fellatio in ore". Sin embargo, la libertad sexual de un ser humano no solo puede cortarse con la violación, sino con cualquier acto de naturaleza sexual que le sea impuesto por medio de la violencia física o moral, es decir, sería la tipificación de toda conducta. . . . cuando se realice sobre su cuerpo un acto de índole sexual .....; aquí sí quedarían adecuadas conductas como la "fellatio in ore" o el "cunnilingus" o cualquiera otra que no fuera la cópula normal o anormal.. ."

Sobre el sexo oral, Fontán Balestra (ob.cit) cita a Molinario y' **Nuñez** diciendo que ". .piensan que tal acto no pasa de un ultraje al pudor". Posteriormente manifiesta su opinión personal expresando que "A nuestro juicio no son decisivos los argumentos que apoyan la idea de limitar el alcance de la norma solo a la vía vaginal o anal. El criterio jurídico del acceso carnal, más amplio que el biológico, ha sido entendido como actividad directa de la libido, natural o no, en la que exista una penetración del órgano genital del actor que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de éste. Así vistas las cosas, el coito oral no se diferencia esencialmente de otra penetración contra natura".

Maggiore por su parte (Derecho Penal, Vol IV), expresa que la violación exige de "unión carnal o coito, es el ayuntamiento de los órganos sexuales del forzador y del forzado. Se consideran órganos sexuales el pene, por una parte y la vulva y el ano, por otra. No la boca; por esto la "fellatio in ore" (derrame seminal dentro de la boca de otro) llamado impropriamente coito bucal, como no es sino una forma de masturbación por medio de la boca, no puede constituir violencia carnal, sino unicamente un acto libidinoso. "Es indiscutible que cuando tratamos de ayuntamiento carnal no podemos insertar con claridad plena al sexo oral. Más bien, en este caso, estaríamos de acuerdo con la definición de abusos deshonestos establecida en la jurisprudencia española, " .....de tal suerte que si los actos deshonestos violentos

realizados sobre la mujer tenían por finalidad conseguir la cópula carnal con la misma, tendremos que calificar tal conducta como un delito de violación consumado o intentado, pero si con tales acciones el imputado no pretendía el acceso carnal sino solamente la satisfacción de su libido a través de besos, roces o tocamientos lascivos, nos hallaremos ante un delito de abusos deshonestos. ... (s.28/Sep/81)". Coincidiendo además con Maggiore en que la "fellatio in ore" no es más que una masturbación, no siendo realmente un acceso carnal.

La propia definición de acceso carnal nos motiva el rechazo a calificar como constitutivo de violación, la introducción de un instrumento extraño, artificial, en los esfínteres de la víctima. Lo que se introduce, ya sea parcial o totalmente, es el pene, esto es, el órgano sexual masculino. El resto podría calificar para otro delito, mas no para violación. Existe también unanimidad en la doctrina, al considerar que no se exige la eyaculación luego de la penetración. Esta puede producirse o no, lo importante es que exista introducción y no solo contacto carnal con la víctima. Posteriormente volveremos sobre el tema.

## **ILEGITIMIDAD DEL ACCESO CARNAL**

Bajo este tema se discute la posibilidad de que exista violación entre cónyuges. Algunos tratadistas niegan esta posibilidad, argumentando de los deberes que tiene la cónyuge frente al matrimonio, siendo esta una posición severa e inflexible, esgrimiendo además la finalidad matrimonial de la procreación. Por ejemplo Luis Jiménez de Asúa en su Tratado famoso, "... la legítima defensa no cabe contra el que ejercita un derecho; por eso la mujer no puede actuar en defensa legítima negando al marido el derecho al coito, puesto que éste tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio". Sin embargo, dentro de este mismo sector, la gran mayoría justifica la oposición al "fornicion matrimonial" por parte de la mujer, ante causas graves y claramente establecidas, oposición que el marido no puede violentar. Así por ejemplo si es que da el caso de una relación sexual anormal o "contra natura"; entre cónyuges divorciados; en los casos en que hay negativa legítima por la presencia de alguna enfermedad venérea en el marido o al implicar un exhibicionismo obsceno. En esta posición se encuentran Carrara, Fontan Balestra, Cuello Calón, e inclusive el mismo Jiménez de Asúa quien completando su pensamiento anteriormente citado, nos dice "... pero sí puede defenderse violentamente de actos contra natura o de "libidine sicopática", que le quieran ser impuestos por el marido, y también cuando éste se halle enfermo o embriagado, para evitar el contagio en el primer caso y la fecundación nefasta para la prole en el segundo ..... El más reacio para admitir la posibilidad en discusión es sin lugar a dudas Ernesto J. Ure "Delitos de Violación y Estupro", para quien se acepta la ti-

picidad de violación en el caso de que el marido coopera en la violación que otro cumpla en su esposa, exclusivamente.

El criterio compartido por nosotros es el expresado por Eusebio Gómez (ob.cit), para quien la licitud de la cópula emanada del derecho propio del marido no es materia de discusión, ya que tiene sus fundamentos en el matrimonio y a sus mismas finalidades responde, mas tal criterio no basta para excluir la posibilidad de violación conyugal. Lo que se debe justificar es que el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando éste le es negado por la mujer. Esta negativa, eventualmente podría fundamentar un divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. "Por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que por medio de violencia física o moral tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación".

Complementaría tal criterio manifestando que el mismo derecho al "fornicio matrimonial" lo tiene también la mujer, no es patrimonio exclusivo del cónyuge. Lejos quedaron los tiempos en que el acto sexual era privativo en su oportunidad, en su goce, en su dominio, del hombre. Este otorga placer a la pareja, es sinónimo de entrega y de amor, independientemente de su finalidad reproductora. Por lo que resulta anacrónico que se siga considerando como una potestad o derecho privativo del hombre.

### **SUJETOS ACTIVO Y PASIVO:**

Nuestro Código nos establece como elemento objetivo del tipo penal en cuestión, que la violación puede ser cometida en persona de uno u otro sexo. Esto es, el sujeto pasivo resulta indeterminado absolutamente, tanto puede ser un hombre como una mujer, mayor de edad o no. Esto no es materia de discusión, lo importante y lo que provoca dificultades en la doctrina es establecer si el sujeto activo también es indiferente en función del sexo. ¿Podría una mujer ser agente del delito de violación?

Mariano Jiménez Huerta, citado por Marcela Martínez (ob.cit) expresa que "copular", utilizado por el Código Penal de su estudio, "tiene una significación mucho más amplia que permite proyectarla tanto sobre el hombre como sobre la mujer, pues no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser quien accede o penetra". "Gonzales Blanco, también citado con la misma autora nos dice: "Como la cópula consiste en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir, el hombre.....". Para González de la Vega no cabe la mujer como sujeto activo por la imposibilidad de introducción del órgano viril por una parte, y por la

otra no puede el hombre ser sujeto pasivo, siendo la mujer el activo, porque la realización de la cópula requiere de una actividad viril que exige en el hombre un determinado estado fisiológico en sus órganos sexuales.

Sebastián Soler, citado por Barrera Domínguez (ob.cit.), opina que "el sujeto activo del delito de violación es solamente el hombre, a pesar de que **pueda ser** la mujer instigadora o cómplice primaria de la infracción, cuando se cumple el acceso carnal por quien puede ser su autor inmediato, esto es, **por el hombre**". Ure (ob.cit) establece que el sujeto activo de la violación **debe ser** el que cumple también la parte activa del acceso carnal, es decir, el que con su miembro accede, penetra en la cavidad del otro copulante. A pesar de que la iniciativa de la relación sexual, llámese cópula, ayuntamiento o acceso camal como en el caso nuestro, la tenga la mujer, es necesario **penetrar** y **el** que penetra definitivamente será el hombre, y como dijimos anteriormente, el uso de instrumentos extraños no califica para violación.

No hay que confundir el caso conocido como "violación inversa", esto es, cuando la mujer es la que constriñe al varón al ayuntamiento carnal, con **la realización** de los elementos del delito de violación. En este caso, siendo el hombre mayor de edad o no y, soslayando la dificultad que significa forzarlo a una relación que **no desea**, de todas maneras y formas el hombre será **el que** penetra y no la mujer, en el hipotético que en tales circunstancias pueda obtener una erección. En el supuesto que el sujeto pasivo sea una mujer y también el activo otra mujer, no cabe discutir violación posible en base a los razonamientos antes establecidos, pero podría existir en el caso de una rara hipertrofia clitoriana que permitiría a la mujer "acceder carnalmente" en la otra mujer.

Para concluir el presente acápite diremos que en el Código Penal Español el sujeto pasivo siempre es una mujer, y según Manzares y Albácar el sujeto activo siempre será "correlativamente el varón, como realizador del tipo penal completo".

### **1 o. CUANDO LA VICTIMA FUERA MENOR DE DOCE AÑOS:**

En otras legislaciones la edad de la víctima constituye una circunstancia de agravación, para nosotros no, en la circunstancia que estamos considerando, es un elemento del tipo. Basta el acceso carnal con una víctima menor de doce años para que se tipifique violación, sin consideraciones de otra naturaleza como la utilización de fuerza o intimidación o privarla del sentido. El fundamento para esta posición resulta lógico si atendemos el bien jurídico protegido de la libertad sexual, esto es, la única forma en que tal valor no sea lesionado por una relación sexual, es cuando la misma ha sido consentida por la víctima, se ha elaborado un proceso volitivo libre y

se ha generado una decisión sin vicios. El momento en que la víctima es incapaz psíquicamente para otorgar tal aceptación o consentimiento, el mismo no importa, no influye, no existe. La ley penal, al decir de Fontan Balestra, presume la incapacidad para comprender el significado social y fisiológico del acto, en los menores de doce años, siendo una presunción que no admite prueba en contrario.

Según Manzini, "en esta primera edad o los estímulos carnales son todavía ignorados o confusos o, de todos modos si son excitados no pueden encontrar en la falta de madurez fisiopsíquica de la persona, contraestímulos suficientemente fuertes y educados. ...". Pacheco, citado por Eusebio Gómez nos otorga una reflexión muy hermosa al respecto, al decir **que la ley había** querido rodear de esta garantía la sencillez y la inocencia, porque veía "un monstruo de bárbara lujuria en el que profana de ese modo lo que por todo género de razones humanas y divinas debía serle respetable".

Cualquier límite de edad dentro del ordenamiento penal genera debates y opiniones varias. Muchos opinan que existen impúberes que manifiestan desordenadas tendencias sexuales, queriendo dejar al libre arbitrio judicial la calificación de violación o no, no nos olvidemos que basta la edad y el acceso carnal para tipificar el delito. Opina Gomez (ob.cit) lo peligroso que sería tal criterio, ~o-en virtud de que se entraría a legislar frente a casos excepcionales y no a base de reglas generales, como porque **nos** estaríamos olvidando de analizar la peligrosidad de la conducta de un sujeto que pretende o tiene, acceso carnal con un impúber. Hacemos nuestros los pensamientos de Gomez en tal sentido.

En una sentencia de los Tribunales españoles del 12 de Abril de 1971, se dice: ". . . presenta una figura del delito de violación que queda dibujada por el yacimiento con mujer que fuera menor de doce años cumplidos, sin que se precise para integrarlo el empleo de fuerza o intimidación o que la agraviada se hallase privada de la razón o del sentido. . . . pues tiende a proteger, como exigen y merecen, la inocencia tan propicia para el engaño y el abuso y la falta de aptitudes materiales de defensa en personas de corta edad. . . . para que quede delineada esta especie delictiva basta con la realidad de la justificación de dicho acceso, sin que se precise la de la perfectibilidad del coito por él determinado. . . .; y más aún es de aplicar esta doctrina en los casos de menores de doce años cumplidos, en los que generalmente la desproporción de los órganos genitales de los protagonistas, hace menos que imposible la penetración del pene, que en caso de que fuera exigible..... quedarían impunes la mayoría de las veces "

**2o. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir; y,**

La víctima puede estar privada de la razón o del sentido, tanto por causa de alguna maniobra del sujeto activo, como por cualquier otra circunstancia. Es totalmente intrascendente el motivo de tal inconsciencia, aunque cierto es que siendo el causante de ésta el agente del delito, su peligrosidad se ve acentuada y debe reflejarse en la imposición de la pena. Algunos autores critican lo que para ellos significa un texto científicamente impreciso, al describir esta circunstancia propia de violación. Por ejemplo Eusebio Gómez (ob.cit), nos dice "Es visible la imprecisión científica de los términos empleados ..... Una persona puede estar privada de la razón o de sentido -como dice la ley- a consecuencia de las más diversas causas..... Preferible hubiera sido para evitar equívocos, el empleo de expresiones más científicas y, sobre todo, más significativas de la especial situación que la ley ha querido contemplar...".

En el Art. 519 del Código Penal Italiano encontramos que se refiere a la conjunción carnal con persona enferma o que no se encuentre en grado de resistir a causa de las propias condiciones de inferioridad psíquica o física, aunque ésta sea independiente del hecho del culpable. Maggiore (ob.cit), nos establece que se trata de "circunstancias que deben ser conocidos por el culpable. . . El que se une con una enferma o retrasada mental, solamente podrá responder de violencia carnal... cuando se prueba que conocía su estado patológico. Este conocimiento no se presume, pero si existe equivale a la violencia. . .".

Fontan Balestra (ob.cit) nos define lo que para su concepto debe entenderse por "persona privada de razón", ". . . es la que el trastorno de sus facultades les impide comprender la naturaleza del acto que realiza como sujeto pasivo, razón por la cual su voluntad esta viciada y carece de validez jurídica. La ley supone la falta de voluntad para el acto. . . . no basta la comprobación de una anomalía psíquica, es preciso que ella incapacite para comprender el acto que se realiza. Así apreciada la incapacidad de comprender, carece de significado enumerar cuales son los trastornos mentales..

Nosotros compartimos el criterio de Fontan Balestra, ya que, en efecto, sería tremendamente extenso y tedioso, amén de incompleto, tratar **de establecer taxativamente**, las múltiples circunstancias a través de las cuales el sujeto pasivo de este tipo de violación, podría encontrarse privado de la razón o del sentido. A la ley lo único que le interesa es el estado en que el ofendido se encuentra en el momento del acceso carnal, ya que es justamente

dicho estado y no su causa, lo que motiva la ausencia de consentimiento y de voluntad que lesiona el bien jurídico protegido, libertad sexual. Este tipo es abierto a los motivos de la privación del sentido o de la razón, inclusive es flexible para contener el sujeto causante de dicha privación, ya que puede ser un tercero o el propio agente, puede ser por causas naturales o provocadas, y en este último caso en relación al acceso carnal o no. Expresamos lo último, por cuanto la privación dolosa del sentido en la víctima, puede ser por otro motivo ajeno al ayuntamiento carnal, por ejemplo, sustraerle algo valioso, y sin embargo, en dicho momento uno de los agentes la viola mientras se encuentra inconsciente, es evidente que existe una concurrencia de infracciones, y que el motivo de la privación no fue el acceso carnal sino otro. Técnicamente la falta de sentido es cuando la víctima carece de voluntad, es un estado de inconciencia, existe ausencia de percepción sensorial.

Si nos referimos a enfermedad debemos entender el desequilibrio funcional de los órganos del cuerpo humano, trastorno que sin privar de la razón o del sentido impide que la víctima se oponga al acceso carnal pretendido. Parálisis, debilidad extrema etc., caracterizan esta causal, que no significa otra cosa que a pesar de la oposición de la víctima, ésta no tiene fuerzas para manifestarla objetivamente, de lo que se aprovecha el agente del delito.

Y en lo que respecta a que el ofendido "por cualquier otra causa no pudiera resistir", se trata de cualquier causa o motivo que no se halle considerada o sea aprehendida, por alguna de las causales anteriores que tipifican violación.

Citamos de la jurisprudencia española dos fragmentos de sentencias diversas sobre el mismo tema: "Es reiterada la doctrina de este TS. . . en el sentido de que la privación de la razón ha de entenderse no como falta de conciencia sino como pérdida o inhibición de las facultades cognitivas o volitivas en la medida adecuada para discernir la importancia, consecuencias y valoración moral del acto sexual. . . (s. 5/feb/82)", y "La forma de violación denominada por la doctrina impropia o presunta ..... y constituida por el yacimiento realizado con una mujer privada de razón o de sentido por cualquier causa, tal como aparece formulada en dicho texto legal, requiere para su aplicación que el sujeto pasivo de la conducta se halle afectado, no de cualquier clase de desviación, anomalía o alteración de la salud mental. . . sino de una perturbación profunda de la conciencia que equivalga a la carencia absoluta de la capacidad de entender y querer, produciendo en la víctima un estado de inimputabilidad, semejante al de enajenación..... que le impida conocer la naturaleza, significado y trascendencia social de sus actos y por consiguiente la posibilidad psicológica de

emitir un consentimiento válido, debiendo por ello excluirse de tal ámbito los estados de incompletud parcial del intelecto ..... (s.7/Mayo/83)".

### **3o. Cuando se usare de fuerza o Intimidación.**

Tratar de la fuerza nos lleva a precisarla técnicamente y referirnos a la violencia como tal. Son actos de apremio físicos ejercidos sobre las personas, tal y como lo define el Art. 596 del Código Penal. Son medios de apremio físicos realizados para obtener el acceso carnal propiamente dicho, la fuerza como elemento de violación. Si esta es ejercida (la violencia), durante el ejercicio de un ayuntamiento carnal consentido, no tipifica violación, tampoco, obviamente, si es ejercida con posterioridad.

Correlativamente al empleo de fuerza, esto es, energía desplegada sobre la víctima para vencer una resistencia y obtener el acceso carnal, debe existir, precisamente la resistencia de ésta frente al agente. Carrara, citado por Eusebio Gómez (ob.cit), sostiene que "... la resistencia de la mujer que se dice violentada debe manifestarse con gritos y actos de fuerza que demuestren en ella una voluntad contraria a la de su agresor. No basta -dice Carrara- que la mujer se haya limitado a decir no quiero, dejando después que el hombre satisfaga su deseo, sin oponerle resistencia .....

En efecto, la resistencia de la víctima debe ser real, manifestada en forma objetiva; el empleo de la fuerza o violencia es justamente para vencer dicha resistencia, en caso contrario, si no se trata de un acceso carnal consentido, no pasa de ser tolerado, que tampoco tipifica violación. Por otro lado, tratar de una resistencia real es también establecer la seriedad de la misma, por cuanto, por lo general, si la víctima no está acostumbrada al trato sexual éste se inicia con una negativa, hasta que la seducción -más no la fuerza o violencia- vence su débil oposición.

En lo que respecta a si ésta, o sea la resistencia, debe ser constante mientras el acceso carnal se ejecute, los autores tienen diversas opiniones. Carrara por ejemplo mantiene la tesis de que la resistencia debe ser mantenida hasta el último momento, queriendo enervar la posibilidad de que una resistencia iniciada en forma seria, se transforme en mutua complacencia posteriormente. Actualmente se analiza esta situación con prudencia y medida, efectuando una revisión subjetiva de los hechos, tomando en cuenta edad, condición física de los sujetos envueltos en el delito, salud etc., por cuanto la ley no exige un acto de heroicidad en la víctima.

Pacheco nos dice "No es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos. La ley no exige tanto. . . . No debía buscar en las mujeres heroínas, ni en violadores

colosos de fuerza o poder. . . ." Esta violencia, de otra parte, debe ser idónea para vencer la resistencia de la víctima, es justamente esta resistencia, al decir de Maggiore, la que mide la idoneidad de la violencia, y si el sujeto pasivo no resistió pudiendo hacerlo, o resistió debilmente para salvar "el honor de las armas" o, peor todavía, para excitar el apetito del agresor, no se podrá hablar de violencia.

Los Tribunales españoles establecen que ". . . estamos ante un yacimiento violento, donde ha de concurrir fuerza o violencia, resistencia de la mujer y la relación causal entre el primer elemento y la entrega de la mujer. La fuerza o la violencia ha de ser la necesaria, la idónea, eficaz y suficiente al propósito carnal. Mas no es preciso que sea irresistible, ni ha de entenderse de modo absoluto, aunque sí lo suficientemente grave para doblegar la voluntad disconforme de la mujer. La resistencia de la mujer ha de consistir en una oposición seria, tenaz, mantenida y evidente. La causa de la entrega ha de ser la fuerza o la intimidación . . . . (sentencias del 17/Mayo/76, 9/Octubre/78, 13/Nov/78, 5/Feb/81, 2/Abril/82).

En lo que respecta a la intimidación, se trata de que la víctima es obligada al acceso carnal mediante amenazas que producen en ella miedo o temor que alcanza a vencer su voluntad. Eusebio Gómez nos dice que intimidación es la acción y efecto de intimidar y ésta quiere decir causar o infundir miedo, debe existir la amenaza de un mal. En doctrina se discute la forma de calificar la idoneidad de la amenaza, a efectos de alcanzar el trato sexual, algunos con criterio netamente objetivo, como Carrara, exigían que la amenaza fuera grave, presente e irreparable; para Manzini es un mal injusto futuro, próximo o remoto. Otros autores niegan tales criterios, expresando que la idoneidad de ésta solo cabe analizarla bajo pautas subjetivas y frente al hecho concreto, así será idónea en tanto el análisis de la víctima permitía tal conclusión y ésta se intimidó, tanto se intimidó que accedió al ayuntamiento carnal.

Coincidiendo con el criterio subjetivo del tema, lo trascendente también es establecer que la intimidación debe ser la causa directa y eficiente del acceso carnal, no siendo necesariamente la propia víctima, quien vaya a recibir el mal amenazado, puede ser un tercero, con tal que la presión psicológica "intimide" al sujeto pasivo, ya sea por la existencia de lazos afectivos con el tercero o por cualquier otra circunstancia.

Un temor racional y fundado a sufrir un mal inminente y grave, de eso se trata lo que la ley llama intimidación.