

*VIOLACIÓN EQUIPARADA: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO**

*José Ramón Cossío Díaz***

SUMARIO: I. Posturas contendientes; II. Argumentos centrales del fallo; III. Razones en las que se apoya el disenso.

RESUMEN: En la sesión celebrada el veintitrés de noviembre de dos mil once, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por mayoría de cuatro votos, la inexistencia de la contradicción de tesis 462/2010 cuyo tema versaba en establecer si, al analizar la integración del delito de violación equiparada, la acreditación de la existencia de himen íntegro en la ofendida, a partir del dictamen pericial practicado, genera la presunción de que no hubo introducción de objeto o instrumento distinto del pene vía vaginal o anal o, si por el contrario, dicha condición no es obstáculo para tener por acreditados los elementos del tipo penal.

Para exponer los motivos de mi disenso, describiré las posiciones contendientes en el asunto, presentaré los argumentos centrales del fallo y demostraré por qué, a mi juicio, sí existe la contradicción de criterios.

* Voto particular formulado en la contradicción de tesis 462/2010.

** Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de Derecho Constitucional en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. El autor agradece la colaboración en la elaboración de este documento al Dr. Roberto Lara Chagoyán, Mtra. Teresita del Niño Jesús Lucía Segovia, Mtra. Luz Helena Orozco y Villa y a la Licenciada Patricia del Arenal Urueta.

I. Posturas contendientes

A) El Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Séptimo Circuito, al resolver el amparo en revisión 148/2009, estimó que la descripción típica de la violación específica equiparada prevista por el artículo 182, párrafos primero y tercero, en relación con el numeral 183, párrafo primero del Código Penal para el Estado de Veracruz, consiste en la introducción por vía vaginal o anal de cualquier objeto o parte del cuerpo humano distinto al miembro viril, mediando violencia física o moral, cualquiera que sea el sexo de la víctima. Sin embargo, el precepto no exige que necesariamente se cause desfloración o lesiones corporales en la víctima para tener por justificados los elementos típicos. Por ello, el resultado del dictamen pericial en cuanto a que el himen de la ofendida se observó íntegro y no presentó lesiones no es óbice para tener por acreditados los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpaado.

El Tribunal Colegiado citó como criterio orientador la tesis sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, publicada en la página mil cuatrocientos setenta y tres, Novena Época, materia penal, tomo II, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: VIOLACIÓN DE IMPÚBER, DELITO DE. PARA QUE SE ACTUALICE EL ELEMENTO COPULA BASTA CON UNA PENETRACIÓN PARCIAL AUN CUANDO LA PASIVO NO PRESENTE DESFLORACIÓN O LESIONES CORPORALES.

Según esta tesis, compartida por el órgano colegiado contendiente, si bien la noción restringida de la cópula se refiere a la introducción del órgano sexual masculino (pene) en la parte femenina (vagina o vulva), para los efectos penales resulta indiferente si la introducción o penetración sólo es parcial, pues para que se tengan por integrados los elementos del tipo penal de violación no es indispensable que se agote fisiológicamente el acto sexual. En consecuencia, el Tribunal Colegiado concluyó que no se requiere la existencia de desgarramiento del himen en la víctima para tener por acreditado el delito de violación específica equiparada.

Este asunto originó la tesis aislada VII.3oP.T.5 P, publicada en la página dos mil novecientos treinta y ocho, Novena Época, materia pe-

nal, tomo XXXI, febrero del dos mil diez, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro y texto: VIOLACIÓN EQUIPARADA DE IMPÚBER. EL ARGUMENTO DEL INculpADO EN EL SENTIDO DE QUE NO HUBO PENETRACIÓN Y QUE DEL DICTAMEN PERICIAL PRACTICADO SE ADVIERTE QUE EL HIMEN DE LA MENOR SE OBSERVÓ ÍNTEGRO Y NO PRESENTÓ LESIONES, NO ES ÓBICE PARA TENER POR ACREDITADOS LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO AL DICTARSE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). El segundo párrafo del artículo 182 del Código Penal para el Estado de Veracruz dispone que por cópula se entiende la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima, por vía vaginal, anal u oral; asimismo, en su párrafo tercero, señala que se considera violación, la introducción por vía vaginal o anal de cualquier objeto o parte del cuerpo humano distinto al miembro viril, mediando violación física o moral, cualquiera que sea el sexo de la víctima. De lo anterior se colige que dicho numeral no exige que necesariamente deba causarse desfloración o lesiones corporales en la víctima para tener por justificado el elemento “cópula”, por tanto, el argumento del inculpaDO en el sentido de que no hubo penetración y que del dictamen pericial se advierte que el himen de la menor ofendida se observó íntegro y no presentó lesiones, no es óbice para tener por acreditados los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del procesado al dictarse el auto de formal prisión por el delito de violación equiparada de impúber (énfasis añadido).

Asimismo, el Tribunal Colegiado reiteró este criterio en el amparo directo 1233/2009 respecto del tipo penal de violación específica agravada, en el que sostuvo que la exigencia del desgarramiento del himen no está prevista como elemento integrador del delito. En efecto, el órgano colegiado manifestó que no en todos los casos de violación por introducción del órgano sexual masculino en la vagina se presenta algún desgarramiento por el traspaso del himen; por lo tanto, la sola circunstancia de que el médico legista asentara que la menor agraviada tenía el himen íntegro, no puede conducir como consecuencia necesaria, a la conclusión de que no se le impuso la cópula.

B) Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, al resolver el amparo directo 657/2010, sostuvo que tratándose

del delito de violación, en el supuesto de que la ofendida sea “virgen”, es menester acreditar que la introducción del pene o cualquier objeto o instrumento distinto del miembro viril en la vagina produjo desgarramiento del himen de esa “mujer doncella”, pues esa maniobra implica necesariamente el traspaso de esa membrana, excepto cuando tiene himen elástico, pues en este caso puede introducirse el pene o cualquier objeto duro sin producir desgarradura.

Debe destacarse que para arribar a tal conclusión, el Tribunal Colegiado citó algunas fuentes científicas para sostener que el aparato reproductor femenino está compuesto por dos regiones: la externa (vulva) y la interna (vagina), que son dos estructuras anatómicas diferentes que no deben confundirse. Así, la vulva es el conjunto de los órganos genitales externos de la mujer, que incluye varias estructuras, como son el monte de venus, los labios genitales (mayores y menores), el clítoris, la salida exterior de la uretra y la vagina. Por otra parte, la vagina es un conducto fibromuscular elástico, que conecta los órganos sexuales externos de la mujer con el útero y por donde el pene entra durante el coito, por tanto, su visualización a simple vista es imposible.

Sentado lo anterior, el Tribunal Colegiado consideró que, para la acreditación del tipo penal de violación equiparada, no basta que el activo manipule la vulva, en cualquiera de sus partes, o que introduzca el objeto o instrumento distinto al pene en los labios genitales, pues ello forma parte de la región externa del aparato reproductor femenino y, por lo mismo, es diferente a la región interna (vagina). Entonces, para acreditar el elemento típico consistente en la introducción se requiere necesariamente el traspaso de la himen, que es una capa delgada y frágil de tejido que cubre la vagina, y que es donde inicia propiamente esta región interna.

Por ello, si se acredita que el himen permaneció íntegro, se presume que no hubo introducción; y como este aspecto constituye un elemento del delito, la carga de la prueba para acreditar que hubo introducción y que no obstante esa circunstancia no se produjo el desgarramiento del himen, le corresponde al Ministerio Público, ya que el acusado no está obligado a probar la licitud de su conducta, pues sostener lo contrario implicaría violar el principio de no autoincriminación.

II. Argumentos centrales del fallo

La posición mayoritaria estima que, si bien los aludidos Tribunales Colegiados se pronunciaron respecto a temas vinculados al acreditamiento del delito de violación, lo cierto es que lo analizaron en relación con hechos distintos y con las reglas previstas en diversas disposiciones legales, considerando elementos de prueba diferentes. De ahí que la conclusión a la que llegó cada uno derivó de la valoración que efectuaron en cada caso concreto del material probatorio que tuvieron a su alcance y no así de un argumento interpretativo que deba dilucidar esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En este sentido, la mayoría manifiesta que, si bien reconoce que en las ejecutorias pronunciadas se emitieron criterios que, en apariencia, pueden resultar contradictorios con relación a la carga probatoria para demostrar la cópula, en realidad no existe tal divergencia de criterios, pues ambos Tribunales Colegiados consideraron que el tipo penal de violación no exige para su configuración la desfloración de la ofendida, pues el ilícito se puede actualizar incluso si la pasivo no es “virgen”.

Asimismo, la decisión mayoritaria reconoce que el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito estableció que en el supuesto de que la ofendida sea “virgen”:

a) Es indispensable acreditar que la introducción del pene o cualquier objeto o instrumento distinto del miembro viril en la vagina produjo desgarramiento del himen de esa “mujer doncella”, pues esa maniobra implica necesariamente el traspaso de dicha membrana.

b) Si se acredita que el himen permaneció íntegro, surge la presunción de que no hubo introducción y la carga de la prueba de que existió penetración y que no obstante esa circunstancia no se produjo el desgarramiento del himen, le corresponde al Ministerio Público.

Sin embargo, la mayoría considera que tales planteamientos no son contradichos por el Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Séptimo Circuito. Para ello, manifiesta que el tribunal contendiente se limitó a establecer que la declaración de la víctima no se encontraba administrada con elemento de prueba alguno, en tanto que el dictamen médico ginecológico no era eficiente para tal efecto porque el resultado era que el himen estaba íntegro.

Ello —sostienen— no se contrapone al criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Séptimo Circuito, que no sólo reiteró que la desfloración de la víctima no constituye un elemento integrador de la conducta de violación, sino que agregó que para llegar a la convicción de sí, en un caso determinado, no se configuró la cópula —como elemento del delito de violación— no basta que en el certificado médico ginecológico se asiente que el himen se encuentra intacto, como tampoco podría tenerse por acreditado con un certificado médico en el que se asiente lo contrario, sino que, en ambos casos, es necesario analizar el contenido integral de la peritación concatenado con el resto del material probatorio.

Así, la posición mayoritaria concluye que los Tribunales Colegiados estudiaron distintos elementos jurídicos y sostuvieron razonamientos disímiles pero nunca sobre un mismo punto de derecho, por lo que debe declararse inexistente la oposición de criterios.

III. Razones en las que se apoya el disenso

Respetuosamente, disiento del criterio de la mayoría por las razones siguientes:

En el presente asunto los órganos colegiados contendientes abordaron el estudio de la misma cuestión jurídica: establecer si, al analizar la integración del delito de violación equiparada, la acreditación de la existencia de himen íntegro en la ofendida a partir del dictamen pericial practicado genera la presunción de que no hubo introducción de objeto o instrumento distinto del pene vía vaginal o anal o, si por el contrario, dicha condición no es obstáculo para tener por acreditados los elementos del tipo penal.

Contrariamente a lo que sostiene la mayoría, de la relación de criterios se advierte que sí existe un tramo de razonamiento frontalmente opuesto entre ambos Tribunales Colegiados al estudiar un mismo punto de derecho, pues mientras uno consideró que la acreditación de himen íntegro en la ofendida no es obstáculo para tener por justificados los elementos del tipo penal, el otro sostuvo que la misma condición genera una presunción de que no hubo introducción del objeto o instrumento distinto del pene. Según este segundo criterio, dicha pre-

sunción solamente puede ser vencida por otra prueba que establezca que la ofendida tiene himen elástico, carga que recae en el Ministerio Público.

En otros términos, para lo que a uno resultó irrelevante, para el otro generó una presunción que hubiera requerido prueba en contrario. Ello constituye, sin duda alguna, una aproximación opuesta en una misma cuestión jurídica.

No coincido con la mayoría en que los hechos y elementos de valoración de cada caso analizado por los órganos colegiados hacen imposible un contraste de criterios. Por supuesto que las situaciones fácticas y el resto del material probatorio en cada caso era diferente, pero sí existió un punto de derecho idéntico en la que se presentó una oposición interpretativa: ambos órganos analizaron la integración del tipo penal de violación equiparada y valoraron un dictamen pericial que advertía la existencia de himen íntegro en la ofendida, llegando a conclusiones opuestas a partir de dicha acreditación. De ahí que sí pueda realizarse un ejercicio comparativo. Esta consideración encuentra sustento en los criterios emitidos por este Alto Tribunal y reflejados en la tesis de jurisprudencia P./J. 72/2010 de rubro: CONTRADICCIÓN DE TESIS. EXISTE CUANDO LAS SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN O LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO ADOPTAN EN SUS SENTENCIAS CRITERIOS JURÍDICOS DISCREPANTES SOBRE UN MISMO PUNTO DE DERECHO, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE LAS CUESTIONES FÁCTICAS QUE LO RODEAN NO SEAN EXACTAMENTE IGUALES”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXII, agosto de 2010, página 7, así como la tesis aislada XLVII/2009, de rubro: “CONTRADICCIÓN DE TESIS. DEBE ESTIMARSE EXISTENTE, AUNQUE SE ADVIERTAN ELEMENTOS SECUNDARIOS DIFERENTES EN EL ORIGEN DE LAS EJECUTORIAS.”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, julio de 2009, página 67. En efecto, ha sido criterio de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación privilegiar la unificación de criterios discrepantes sobre un mismo punto de derecho, aun cuando se advierten elementos diferentes en el origen de las ejecutorias.

A partir de lo anterior, es posible concluir que los puntos de vista de los tribunales contendientes, al reflejar contradicción en sus razona-

mientos, pueden dar lugar a la formulación de una pregunta genuina acerca de la integración del tipo penal de violación equiparada: Si se acredita la existencia de himen íntegro en la ofendida a partir del dictamen pericial practicado, ¿ello genera la presunción de que no hubo introducción del objeto o instrumento distinto del pene, recayendo en el Ministerio Público la carga de probar que sí ocurrió dicha introducción, o dicha condición no es obstáculo para tener por acreditados los elementos del tipo penal?

Ya establecida la existencia de la contradicción de tesis, debo referirme a por qué considero que la decisión de la mayoría es particularmente desafortunada: el fallo mayoritario deja vivo un criterio al que subyace una interpretación más general de los elementos que integran el tipo penal de violación equiparada con consecuencias muy serias en al menos tres áreas de la labor judicial: exigencia de precisión en normas penales, valor epistemológico de los dictámenes periciales y justicia con perspectiva de género.

En efecto, cuando el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito sostiene que la existencia de himen íntegro genera la presunción de que no hubo introducción del objeto o instrumento distinto del pene vía vaginal o anal, lo que hace es incluir como elemento integrador del tipo penal el requisito de que la penetración alcance la región interna de la vagina. Dicho requisito no está previsto en ninguna de las disposiciones estatales estudiadas y su incorporación exigía ser analizada con mayor detenimiento.

En primer lugar, la interpretación del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito se apoya en literatura científica para exigir determinada profundidad con el fin de acreditar el tipo penal haciendo hincapié en una supuesta región a la que debe introducirse el objeto o instrumento. Con este recurso el órgano colegiado dota de significado al término “introducir” e implícitamente renuncia al sentido convencional de la palabra. Es decir, sin dar mayores explicaciones, el Tribunal Colegiado rechaza el uso más común del término (“meter o hacer entrar algo en otra cosa”) y le adjudica a la palabra en cuestión una calificación que se relaciona, no con la mera acción sino con determinado lugar definido a partir de cierta profundidad (región interna de la vagina).

En definitiva, su razonamiento pareciera estar motivado por la búsqueda de precisión y certidumbre que deben acompañar al principio de exacta aplicación de la ley penal. Sin embargo, esta línea hermenéutica desplaza la importancia que el mismo tipo penal de violación equiparada atribuye a la afectación del bien jurídico protegido: la libertad sexual. La descripción típica en ambas entidades alude a la vía, ya sea vaginal o anal y no a la profundidad, por lo que el bien jurídico protegido se ve vulnerado por la mera invasión al cuerpo de la víctima por las vías o conductos señalados en el tipo. Nada dice el legislador respecto de la profundidad de la introducción una vez acreditada la vía.

La aproximación realizada por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito requería ser sometida a un análisis crítico que permitiera a esta Primera Sala pronunciarse sobre la forma –en ocasiones dogmática– en la que los operadores del derecho penal recurren a los valores de precisión y certidumbre. Una manera posible de evaluar esta problemática es preguntarse, en cada caso concreto, si la persona constreñida por la norma penal en cuestión tiene el legítimo interés de tener una regla absolutamente clara respecto de qué puede o no hacer. Es decir, debe analizarse si la persona indefectiblemente tiene el legítimo interés de moverse tan cerca como sea posible de la línea que divide lo prohibido y lo permitido. En algunos casos es posible que tal interés no exista y es entonces cuando la exigencia de precisión debe ser tratada de un modo menos riguroso.¹

El tipo penal de violación equiparada pareciera ubicarse dentro de este último conjunto de casos, pues la utilización de la palabra “introducir” en la descripción típica, entendido en su sentido literal y convencional, es suficientemente precisa y cierta para proteger el bien jurídico consistente en el sano y autónomo desarrollo de la sexualidad y al mismo tiempo respetar el principio de exacta aplicación en mate-

¹ Jeremy Waldron es quien propone esta afirmación al afirmar que no siempre existe un interés legítimo en conocer con absoluta precisión qué tan lejos es posible llegar para no caer en una conducta prohibida. Como ejemplo hipotético de un caso en el que tal interés no existe, dicho autor cita a un esposo que demanda conocer con exactitud hasta qué punto puede maltratar físicamente a su esposa para evitar que su conducta cuente como un caso de violencia doméstica. Lo mismo ocurre, según comenta, cuando la autoridad policiaca o investigadora demanda conocer hasta qué punto puede infringir dolor en una persona sometida a interrogación antes de que su conducta sea considerada un caso de tortura. Cfr. “*Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*”. COLUMBIA LAW REVIEW, Vol. 105 (1681): 13 octubre 2005.

ria penal. Debe tomarse en cuenta que las normas penales no necesariamente excluyen la posibilidad de ser entendidas a la luz de significados culturalmente predominantes, sobre todo cuando resulta problemático identificar un valor constitucional amparado por una calificación o estándar tan estricto como el que utilizó el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. No obstante, dicho tribunal hizo una interpretación rigorista del término “introducir” y ajena a la lógica convencional con la que operamos tanto jueces como legisladores, relegando a un segundo plano la afectación del bien jurídico tutelado por el tipo penal.

Un segundo punto que merecía reflexión y que el criterio mayoritario soslayó es el papel epistemológico que juegan los dictámenes periciales y, en el caso concreto, los exámenes ginecológicos. En efecto, una cuestión es el conocimiento científico que arrojan como medios de prueba y otra muy diferente el significado jurídico que permiten otorgar a los hechos. Por ello, la teoría de la argumentación en materia de hechos distingue los problemas de prueba de los problemas de calificación: los primeros se presentan cuando existen dudas sobre si un determinado hecho individual ha tenido o no lugar; y los segundos, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un concepto contenido en el supuesto hecho de la norma.²

Calificar un hecho supone necesariamente un ejercicio de interpretación a cargo del juzgador que se realiza desde la perspectiva de las normas jurídicas; supone, pues, subsumir al hecho individual dentro de una categoría prevista en una norma. Por ello, algunos autores consideran que no es posible afirmar que los problemas de calificación sean cuestiones específicamente de hecho. Así, determinar si un hecho determinado, una vez probado, puede subsumirse en el antecedente de una norma es una operación que requiere comprobar si tal hecho presenta las propiedades que se indican en dicha norma. En consecuencia, los problemas para determinar el significado de la norma se traducirán en problemas para calificar el hecho y, en definitiva, los

² MACCORMICK, Neil. *“Legal Reasoning and Legal Theory”*. Oxford University Press, 1978, Capítulo IV.

problemas de calificación y de interpretación aparecerán entrelazados.³

Por ello, estimo que el razonamiento del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito presenta insuficiencias en la calificación del hecho cuando, a partir del dictamen pericial que acredita la existencia de himen íntegro, construye una presunción que impone una carga probatoria en contrario. Esta calificación del hecho trae implícita una operación que no se encuentra en el supuesto normativo. De ahí que la Primera Sala debió analizar el valor epistemológico que el órgano colegiado otorgó al dictamen pericial y determinar si la integridad del himen puede o no constituir un límite infranqueable para que el juzgador presuma que no hay delito.

Por último, existe un factor cultural a tomar en cuenta. Si bien el Tribunal Colegiado busca respaldar su criterio en fuentes científicas, su criterio pareciera esconder una concepción inaceptable hoy en día sobre el valor del himen como símbolo de pureza o “virginidad”. El mensaje hacia las mujeres pareciera ser que pueden ser invadidas y penetradas sexualmente, pero mientras no se traspase el himen no hay lesión: puede ser un abuso sexual pero no es violación. Esta interpretación no es acorde con la descripción del tipo penal en las legislaciones estatales y, desde una perspectiva de género, desprotege la libertad sexual de las mujeres y minimiza el daño a su integridad física y psíquica generado por una penetración parcial.

En este mismo sentido, la reconstrucción de los elementos del tipo penal a partir de la distinción entre mujeres “vírgenes” y “no vírgenes”, exigiendo en cada supuesto cargas probatorias diferentes, es potencialmente violatoria del derecho a la intimidad de las ofendidas, quienes se ven forzadas a someter su pasado sexual al escrutinio judicial sin que ello esté previsto en la ley.

Así entonces, tomando en cuenta los criterios jurisprudenciales de este Alto Tribunal, me parece que la resolución correcta hubiera sido declarar existente la contradicción y determinar cuál sería el criterio que debe prevalecer.

³ GONZÁLEZ Lagier, Daniel. “*Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”. Lima–Bogotá, Palestra, Temis, 2005. pp. 41 y 42.