

CRIMINALIA
EXPRES

CRIMINALIA **EXPRES**

Rodolfo Félix Cárdenas
Director General de Criminalia

Diseño digital
Armando Téllez Reyes

Diagramación
Felipe Luna

Criminalia Expres
Año I • 2024 • 022

Sitio web: www.criminalia.com.mx

<https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/announcement>

© Academia Mexicana de Ciencias Penales
Twitter @AcadMexCienPen
www.academiamexicanadecienciaspenales.com.mx

Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente reflejan la postura de la editorial.

¿Violaciones equiparadas?

Luis de la Barreda Solórzano

Las figuras delictivas se justifican a partir de intereses sociales —individuales o colectivos— tan importantes para la convivencia social civilizada que el legislador considera adecuado protegerlos con el instrumento jurídico más severo de que dispone el Estado: el derecho penal. Esos intereses, una vez tutelados en los tipos legales correspondientes, se transforman en bienes jurídicos. El bien jurídico es, en consecuencia, el elemento que justifica la figura delictiva. Sin bien jurídico auténtico, la figura legal no tiene razón de ser: es arbitraria. La primera pregunta que el investigador académico debe hacerse e intentar responder al analizar determinada figura delictiva es qué bien jurídico se está protegiendo.

De las tres figuras delictivas de la denominada violación equiparada o impropia —delito en el que la cópula no se consigue por medio de la violencia física o moral pero se sanciona en razón de la calidad específica o la situación en que se encuentra el sujeto pasivo— del Código Penal de la Ciudad de México, está plenamente justificada la de cópula con persona que por cualquier causa no pueda resistir esa conducta (artículo 175 fracción I), pues es claro que en tal hipótesis se tutela la libertad sexual, el derecho de decir no a una cópula que no se quiere. La cópula con una persona que por cualquier causa no puede resistirla es tan grave como la que se logra por medio de la violencia física o moral. No puede decirse lo mismo de los otros dos tipos legales de violación equiparada.

*

¿Qué bien jurídico se tutela en la figura legal que tiene como sujeto pasivo a la “persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho” igualmente contenida en el artículo 175 fracción I, y cuya punibilidad es de 6 a 17 años de prisión (artículo 175 párrafo primero en relación con el artículo 174 párrafo primero)?

El legislador parte de la premisa de que el consentimiento dado por quien no puede comprender el significado del acto en el que está consintiendo carece de validez. La *ratio legis* parece clara: debe castigarse con todo el rigor de la ley penal —recordemos que la punibilidad es de seis a diecisiete años de prisión— a quien, para satisfacer su apetito lascivo, aproveche que el sujeto pasivo es incapaz de valorar lo que significa la relación sexual más íntima. Tal ocurre cuando el sujeto pasivo padece una alteración mental patológica como, por ejemplo, la oligofrenia profunda.

La *ratio* de la equiparación a la violación —observa Mariano Jiménez Huerta— “tiene por objeto y fin tutelar penalísticamente ciertos estados o situaciones en que puede hallarse un ser humano y evitar que de dichos estados o situaciones se aproveche un tercero en daño u ofensa de la libertad sexual de aquél, aun cuando el

sujeto activo no hubiere ocasionado el estado o situación de que se aprovecha para lesionar la libertad sexual de su víctima”.¹

Sin embargo, reflexionemos en un punto inquietante: sin desconocer que, desde luego, el sujeto activo podría aprovechar ventajosa y maliciosamente esa condición patológica del otro, la prohibición penal está vedando al sujeto pasivo el intenso placer físico y espiritual que puede obtenerse de una relación sexual —se prohíbe a *todos sin excepción* tener cópula con él— en razón de su condición mental.

Si tal condición mental determina que la persona que la padece no pueda comprender el significado del coito, ¿no también la hace inmune a posibles daños derivados de tal coito, salvo, claro está, que la relación ocurra de manera que le resulte humillante o que a consecuencia de ésta sufra lesiones, quede embarazada o se le contagie alguna enfermedad? La paradoja es cruel: por protegerse, probablemente se está privando al incapaz de comprensión de un goce al que tendría pleno derecho de no sufrir la incapacidad patológica.

Imaginemos el caso de una persona cuerda enamorada de otra mentalmente alterada. Ambas se atraen eróticamente. La primera anhela naturalmente yacer con la segunda sin ánimo alguno de abuso sino porque la ama, la desea y quiere proporcionarle y proporcionarse a sí misma placer, y brindarle manifestaciones de ternura. La segunda —la mentalmente alterada— desea lo mismo respecto de la primera. La satisfacción del mutuo deseo encuadraría en la figura delictiva, lo que resulta perturbadoramente absurdo.

Imaginemos ahora a dos personas cuerdas que se aman con pasión, se tienen un absoluto respeto mutuo —ninguna de ellas se atrevería a ofender a la otra—, se cuidan recíprocamente, y son una pareja cuya relación sentimental y de convivencia lleva muchos años discurriendo disfrutable y armoniosamente. Un mal día, una de ellas, lo diré en lenguaje no técnico y políticamente incorrecto, se deschaveta, entrando mentalmente a un mundo enigmático e ignoto —lo que usualmente conocemos como locura—, a pesar de lo cual sigue buscando las caricias de su pareja que permanece cuerda. Ésta no quiere abandonar en ningún sentido al ser amado: es su deseo seguir cuidándolo y protegiéndolo porque lo ama... también en el terreno erótico. Si copulara a partir de entonces con el ahora desquiciado, se estaría volviendo delincuente y su afán admirable de no privar de las caricias más íntimas al amado pudiera ser recompensado ¡con prisión de seis a diecisiete años!

¿Cuál es el bien jurídico que se está tutelando? ¿Afecta la conducta típica la libertad sexual del pasivo, su derecho a decir *no*? Si el hecho de que éste no pueda comprender el significado del hecho supone que carece de libertad sexual, esta libertad no puede ser el bien tutelado pues no puede tutelarse lo que no existe. ¿Pero

¹ Jiménez Huerta, *Derecho penal mexicano, tomo III. La tutela penal del honor y de la libertad*, página 265.

¿Violaciones equiparadas?

es que esa incapacidad de comprensión anula siempre la libertad sexual? ¿Es que en algunos casos (las variantes de enfermedad mental son múltiples) el sujeto pasivo no podría, aun en su condición patológica, acceder a copular con una cierta persona y no con otras? Esa posibilidad de optar ¿no es, acaso, la libertad? Tampoco parece que la conducta típica afecte la indemnidad sexual del sujeto pasivo pues precisamente por su condición no parece que la cópula —si no hay humillación, lesiones, embarazo o enfermedad resultante— pueda hacerle daño alguno.

Así pues, no es fácil dilucidar qué bien jurídico se está protegiendo. He de confesar que no tengo la respuesta. Si se llegara a la conclusión de que en esta figura delictiva no se está tutelando interés social alguno, la existencia de la misma no estaría justificada.

Ahora bien, debe quedar absolutamente claro que mi postura, al objetar la figura delictiva en examen, es muy distinta a la de quienes sostienen que no se puede considerar el sexo forzado con una mujer “retrasada mental” como una “auténtica violación”, ya que este tipo de mujeres son “tristemente célebres por su falta de control y su actitud disoluta frente a un estímulo sexual”.² Una cosa es no estar de acuerdo en que se vede al inimputable el derecho al amor sexual y otra muy distinta que se sostenga que el sexo forzado con esa persona no es una auténtica violación. Esta última postura me parece aberrante. Si el inimputable dice *no*, su negativa debe respetarse absolutamente, como la de cualquier otra persona. De otro modo estaríamos ignorando y pisoteando su dignidad humana.

También debo añadir que, por supuesto, debe ser sancionada la conducta de quienes, aprovechando su cargo, empleo, jerarquía u otra posición ventajosa respecto de un inimputable realizan con éste cualquier clase de acto sexual. Pero adviértase que esta misma prohibición rige para quienes aprovechan esa posición para realizar un acto de esa índole con personas sin alteración mental alguna: el padre con su hija; el policía con el detenido; el custodio con el preso; el médico, el psicoterapeuta o el enfermero con el paciente, etcétera.

*

Vayamos ahora a la hipótesis restante: cópula con persona menor de dieciocho años, conminada con punibilidad de doce a veinte años de prisión (artículo 181 bis párrafo primero). Una muchacha o un muchacho, exactamente el día que cumple 18 años, y su novio o novia, de 17 años 11 meses y 29 días —apenas un día menor que su pareja—, tienen coito consentido libremente por ambos sin que haya mediado violencia, coacción o presión alguna. Por increíble que nos parezca, de acuerdo con el Código Penal de la capital de la República Mexicana la novia o novio de 18 años cumplidos ha cometido el delito de violación. La punibilidad, reitero, es de 12 a 20 años de prisión, más severa en su límite mínimo que la del homicidio doloso. Y si la

² Hugo Paul, *Crime rape: anatomy of the rapist*, Nueva York, 1967, página 13.

muchacha o muchacho cumpleaños tan sólo besa o acaricia apasionadamente a su pareja, con plena anuencia y aun con agrado de ésta, habrá cometido abuso sexual, al que se asigna una punibilidad de 4 a 9 años de prisión (artículo 181 bis párrafo quinto).

Increíble, ¿verdad? Pues juro por todos los dioses que así es a partir de una inaudita reforma legislativa de 2021. En un país donde las relaciones sexuales se inician de media a los 15 años, esas disposiciones son, evidentemente, una estupidez, una bufonada propia de un país surrealista (¡lo somos, como lo advirtió André Breton!), una estulticia que parece desconocer la realidad no sólo del inicio de la vida sexual de muchachas y muchachos sino también de su desarrollo mental en los tiempos que vivimos. Es, como sostiene la iuspenalista Alicia Azzolini, “la mayor inconsistencia e irracionalidad de las reformas populistas” de los legisladores capitalinos (“Los abusos del legislador penal de la Ciudad de México”).

Hasta 2021 se consideró que la cópula con y la caricia erótica a una o un menor de 12 años eran violación equiparada y abuso sexual a menor respectivamente, en la inteligencia de que una niña o un niño no tiene aún la capacidad psíquica para comprender el significado y las implicaciones de las relaciones eróticas, y una iniciación prematura le resulta sumamente dañina en su desarrollo psicosexual. La depredación sexual a un infante es, sin duda, un crimen repugnante. Ciertamente es discutible que 12 años sea la edad de consentimiento adecuada. En la mayoría de los países occidentales la edad es de 16 años, como lo recomienda el Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

Lo que es absurdo es que se prohíba el coito con o la mera caricia a una persona de 16 o 17 años si ésta consiente sin haber sido violentada física o moralmente, incluso si su pareja es sólo un poco mayor. Nadie diría sensatamente que, en la tragedia *Romeo y Julieta*, de William Shakespeare, Julieta es víctima de violación al yacer con su amado pues, aunque tenía 13 años, Romeo tenía 16. En esa relación no hubo abuso alguno: se trata de dos adolescentes enamorados que se dejan llevar por el intenso deseo que les han provocado las flechas de Eros, sin que ninguno de ellos hubiera sufrido el más mínimo efecto desfavorable de ese encuentro amoroso.

¿Y qué decir de la relación amorosa entre Brigitte Auzière y Emmanuel Macron, hoy presidente de Francia, que se inició cuando ella, de 40 años, era profesora de él, de 15, que es, por cierto, la edad de consentimiento válido en ese país? ¿Alguien podría sostener razonablemente que la ley penal francesa debía considerar que Brigitte, ahora ya apellidada Macron, violó a Emmanuel?

¿Puritanismo de los legisladores de la Ciudad de México? No, descuido, negligencia, irresponsabilidad extrema al hacer su trabajo. En el mismo Código Penal se tipifica el estupro, consistente en tener cópula con persona mayor de 12 y menor de 18 años obteniendo su consentimiento por medio del engaño, con una punibilidad de 6 meses a 4 años de prisión (artículo 180), es decir infinitamente inferior a la de

¿Violaciones equiparadas?

la violación. Véase el disparate: si se tiene cópula consentida y sin engaño con una persona cuya edad sea de 17 años 11 meses y 29 días, aunque ésta haya tomado la iniciativa, se comete el gravísimo delito de violación, pero si la cópula es con una persona de apenas 13 años habiéndola engañado para que accediera se comete un delito no grave al que se asigna una punibilidad muy inferior, incluso más baja que la de una caricia a un menor de 18 años.

Por otra parte, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en contradicción con el Código Penal capitalino, otorga a las y los adolescentes privados de la libertad, si están emancipados o acreditan concubinato, el derecho a recibir visita íntima, que es la que permite yacer en una habitación con la pareja durante varias horas o un día entero.

Como quedó dicho, tales disposiciones datan de 2021, pero nunca será tarde para exhibir su pasmosa insensatez y exigir su derogación.