

# La interpretación jurídica del elemento objetivo “cópula” en el delito de violación.

*Gerardo González Ascencio*

En este artículo, el autor da cuenta de cómo el derecho se formula por medio del lenguaje y de cómo el sistema normativo no es otra cosa que una estructura de argumentación jurídica; de manera que, cuando existe un término poco claro, los aplicadores del derecho están obligados a realizar operaciones de interpretación, tanto de los hechos como del derecho, como base para tomar sus decisiones judiciales. Esta labor, que le da sentido a la narración, se produce con la participación de diversos filtros metalingüísticos para poder “encontrar” la conducta descrita en la red semántica que constituye el Código Penal. Utilizando el elemento objetivo de **la cópula**, tal y como se describe en el Código Penal del D. F., el autor formula un recorrido por los diversos filtros fácticos y normativos y por algunas de las principales escuelas de interpretación jurídica para testimoniar la dificultad de conocer la verdad de los hechos y para mostrar un conjunto de representaciones sociales que el operador judicial realiza en los delitos de violencia sexual. Es así como llegamos, al final de la labor de interpretación, en el mejor de los casos, a la verdad coherente y probable.

In this article, the author shows how the law forms through the medium of language, and how the normative system is none other than a structure of legal argumentation. When there is a term which is not very clear, those who apply the law are obliged to undertake operations of interpretation, as much of the facts as of the rights, as a base for taking legal decisions. This work, that gives meaning to the narration, is produced with the participation of various meta-linguistic filters to be able to frame the behaviour described in the semantic network which constitutes the Criminal Code. Using the objective element of “Intercourse”, as much as the Penal Code of the Mexico City describes, the author forms a route through the criminal fact and normative filters and through some of the main schools of legal interpretation to testify to the difficulty of knowing the truth of those facts, and to show a confluence of social representations that the legal operator carries out in offences of sexual violence. It is in this way that we arrive, at the end of a task of interpretation, in the best of cases, to a coherent and probable/likely truth.

SUMARIO: Introducción / Los filtros fácticos y normativos / La cópula violenta y la interpretación jurídica a la luz de los filtros fácticos formales / La cópula y los filtros fácticos ideológicos y morales / Los filtros hermenéuticos normativos / La cópula y los filtros hermenéuticos normativos a la luz de la exégesis ideológica La cópula y los filtros hermenéuticos normativos a la luz de la exégesis técnica / La cópula y los filtros hermenéuticos normativos a la luz de la escuela de “el lugar de la materia” / La cópula y los filtros hermenéuticos normativos a la luz de la escuela de interpretación equitativa / Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Durante el desempeño ordinario de las instituciones del sistema de justicia, si un órgano jurídico debe aplicar el derecho, entonces tiene necesariamente que establecer el sentido de las normas a las que va a recurrir; debe, por fuerza, **interpretar** dichas normas, realizar una metalectura de las mismas. Dicha **Interpretación** acontece de manera cotidiana, de forma casi imperceptible, pero se hace evidente y necesaria cuando se presenta una controversia jurídica. En éste último caso, cuando un operador de la ley necesita realizar una labor de **Interpretación Jurídica**<sup>1</sup> requiere de un proceso por medio del cual los enunciados normativos (que operan como filtros) le permitan seleccionar la información válida y desechar la inválida.

De manera que, en realidad, el operador de la ley conoce de los hechos a través de un proceso de mediación; este proceso, para acercarse a la “verdad” más coherente, se produce con la participación de diversos tipos de filtros metalingüísticos.

Así ocurre cuando el Agente del Ministerio Público, en materia penal, se entera

<sup>1</sup> La expresión “interpretación” proviene del latín *interpretatio* (onis), y esta, a su vez del verbo *interpretor* (aris, ari, atus, sum) que significa: “servir de intermediario”, “venir en ayuda de” y, en este último sentido, por extensión: “explicar”. En la actualidad, se puede decir que interpretar es descifrar el sentido de alguna cosa, dotarla de significado. El interprete, en este caso el operador jurídico, es el “mediador que comunica a los demás el significado que se atribuye a ciertos signos o acontecimientos. De manera que, cuando usamos la categoría: “interpretación jurídica”, lo hacemos para referirnos al cómo pensar y actuar en derecho.

de hechos que probablemente constituyan un delito; realiza una operación por medio de la cual clasifica la narración. A ésta labor casi automática, la podemos considerar como un ejercicio de “encuadramiento” en función de conductas descritas previamente por el legislador en tipos penales, y cuya sistematización constituye una verdadera red semántica, entendida como **campo de significados correlacionados y jerarquizados por afinidad de sentido conforme a los cuales se le da un sentido, un lugar y asociación a la descripción de los hechos.**<sup>2</sup> Esta labor, le proporcionará al operador del derecho los criterios (filtrados) para calificar la narración de los hechos, conocida por él a través de enunciados lingüísticos y, para darle un sentido semántico jurídico a la narrativa.

Es así como se puede pensar que la organización de todas las conductas repudiadas en el Código Penal –como acontece con todas las leyes sustantivas–, constituye también una compleja **Red Semántica**, que, a su vez, está integrada por un vasto conjunto de redes. La dogmática penal y los tratadistas le llaman “sistematización de las conductas típicas en función de los bienes jurídicamente tutelados”. De manera práctica, al observar, metafóricamente, la radiografía del Código Penal, nos daremos cuenta de que responde a esta organización semántica, pues eso es precisamente la sistematización que aparece en forma de: Títulos, Capítulos y Artículos.

Ahora, quiero referirme a lo que acontece cuando, en una narración de hechos constitutivos de conductas típicas, el querellante

<sup>2</sup> Ver: Berumen Campos, Arturo; *Apuntes de filosofía del derecho*; Cárdenas editores; México; 2003; p. 194.

o denunciante, al presentarse frente a la autoridad investigadora, realiza un relato que es recibido por el Ministerio público y éste, mediante un proceso de intermediación, lo retoma para iniciar la Averiguación Previa.

Todo derecho tiene como condición de existencia, la de ser formulable en un lenguaje, el sistema normativo no es otra cosa que una estructura de argumentación jurídica; de manera que, cuando existe un término poco claro o cuando el mismo cuenta con más de un referente posible, los aplicadores del derecho están obligados a realizar operaciones de interpretación, tanto de los hechos como del derecho, como base para tomar sus decisiones judiciales.

Para autores como Manuel Atienza<sup>3</sup> y Robert Alexy<sup>4</sup>, la ciencia del derecho no tiene como único objetivo la descripción y sistematización de los sistemas jurídicos, sino que además, en todo trabajo de producción y aplicación de normas es necesaria la interpretación. El operador, al realizarla, le asigna un significado jurídico a la narrativa y constituye los hechos en objetos jurídicos. Ésta delicada labor requiere de una teoría de la argumentación cuyos postulados no sean vistos, simplemente, como una cadena de proposiciones **“... sino como una acción que efectuamos por medio del lenguaje. El lenguaje, como sabemos, lo utilizamos**

**para desarrollar funciones o usos distintos. Mediante el lenguaje puedo informar, prescribir, expresar emociones, preguntar, aburrir, insultar, alabar... y puedo también argumentar”**.<sup>5</sup>

A diferencia, pues, de lo que acontece en otros discursos interpretativos como el de la lógica formal, en donde los argumentos son entendidos como una secuencia de proposiciones puestas de tal manera que, una de ellas, la conclusión, se sigue de las premisas precedentes; Para la teoría de la argumentación, en cambio, **“el uso argumentativo del lenguaje significa que aquí las emisiones lingüísticas no consiguen sus propósitos directamente, sino que es necesario producir razones adicionales. (...) Para argumentar se necesita (...) producir razones a favor de lo que decimos, mostrar qué razones son pertinentes y por qué, rebatir otras razones que justificarían una conclusión distinta, etc.”**<sup>6</sup>

La labor de interpretación jurídica requiere, entonces, de una serie de reglas y principios, de una teoría de la argumentación que parta de reconocer que en la producción y aplicación normativa, el operador jurídico se enfrenta no sólo a la existencia de varios referentes, sino también a la parcialidad del derecho. Como ha señalado Larenz en La Metodología de la Jurisprudencia **“ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”**.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Para obtener una comprensión cabal de sus argumentos sobre el tema, se puede consultar su obra: **“Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas”**; en: Revista de teoría y filosofía del derecho Isonomía; No 1, ITAM; México; octubre; 1994.

<sup>4</sup> Al respecto, véase del autor: **“Teoría de la argumentación jurídica”**; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid, España; 1989.

<sup>5</sup> Atienza; Op. Cit.; p. 57.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Citado por Alexy; Op. Cit.; p. 23.

## Los filtros fácticos y normativos

En este proceso de interpretación se constituyen dos tipos de filtros lingüísticos interpretativos: **los referidos a los hechos fácticos y los relacionados con los aspectos normativos**. Lo anterior se puede comprender mejor si se entiende que el operador jurídico trabaja con enunciados lingüísticos, es decir, con filtros que provienen de hechos fácticos y con filtros que se originan en la propia norma jurídica. En ambos casos, la función de los filtros lingüísticos interpretativos tendrá como propósito que el operador de la ley seleccione la información válida y deseche la inválida.

Como resultado de este proceso; de la mediación de los **filtros referidos a los hechos fácticos** (que pueden ser **formales**; los que a su vez se subdividen en **procesales y sustanciales** e; **informales**, subdivididos en **ideológicos y morales**), el operador jurídico del derecho obtiene, al final de esta etapa, una reconstrucción lingüística de los hechos.

Lo mismo ocurre con la mediación de los filtros hermenéuticos normativos, dado que existen diversos criterios hermenéuticos para interpretar la sustancia jurídica de la controversia; cuando se trata de filtros establecidos en las leyes, hablamos de **filtros normativos** y; cuando se refieren a aquellos criterios proporcionados por las definiciones conceptuales que hacen las leyes sustantivas, hablamos de **filtros formales sustantivos**.

Al final del proceso, hecha la labor de interpretación de los hechos y de las normas, el operador del derecho constituirá la **Interpretación Jurídica** propiamente dicha.

No está por demás reiterar que se hace necesario interpretar el derecho, es decir,

realizar la labor de **Interpretación Jurídica**, cuando las palabras o expresiones del lenguaje con el que está escrito no son claras. Cuando la expresión relevante de una norma jurídica sólo tiene un referente posible; cuando es clara, no hay duda de la aplicación de la misma; en cambio, una norma es sujeta a **Interpretación Jurídica** cuando nos enfrentamos a alguna expresión que tiene varios referentes posibles, de manera que no se sabe cuál de ellos es el aplicable al caso. Desde este punto de vista, interpretar una norma poco clara significará que el operador jurídico seleccione uno de los referentes posibles, como el más probable.

En la labor de interpretación, el operador jurídico cuenta con algunas escuelas de **Interpretación Jurídica** que han construido modelos de selección hermenéutica<sup>8</sup>. De ellas destacaremos La Escuela de la Exégesis; La Escuela del Lugar de la Materia y; La Escuela de Interpretación Equitativa.

## La cópula violenta y la interpretación jurídica a la luz de los filtros fácticos formales

Ahora bien, para observar la manera en la que la labor del operador jurídico filtra los hechos que le narran, sería conveniente ejemplificar con un caso concreto, en este caso, tomaré uno de los elementos objetivos del delito de violación: **la cópula**, tal y como se encuentra descrita en el Código

<sup>8</sup> La etimología de hermenéa sugiere la idea de develación, revelación (de lo oculto, de lo secreto). De manera que cuando empleamos el término, lo hacemos para indicar la labor de búsqueda o reconstrucción de un significado transmitido. La hermenéutica busca tomar posesión de este significado.

Penal para el Distrito Federal, en el Libro Segundo (parte especial), dentro del Título Quinto (de los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual), en sus Artículos 174 y 175 del primer Capítulo.

**La cópula** es un elemento del ilícito de violación derivado del tipo penal previsto en el artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal, por ella debe entenderse la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal. Es importante subrayar que la sola conducta que analizamos es insuficiente para tipificar el delito de violación, puesto que **la cópula** es una conducta ajena al derecho penal, salvo que se obtenga por medio de la violencia física o moral (constituyendo el delito de violación); mediante métodos fraudulentos (constituyendo el delito de estupro) o; en los casos en donde se obtenga con un menor de 12 años o cuando se trate de persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo (constituyendo el delito de violación impropia); en éstas dos últimas hipótesis, la obtención de **la cópula** por medios violentos dejará de ser requisito constitutivo de la conducta típica<sup>9</sup>.

El primer párrafo del artículo 174, establece que: “Al que por medio de la violencia física o moral realice **cópula** con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de...”. Con relación a este punto, como el lector fácilmente puede comprender, el concepto no se encuentra debidamente denotado, de manera que a lo largo de la historia

<sup>9</sup> De hecho, si en estas hipótesis se obtiene la cópula por medios violentos, además del engaño o de la minoría o incapacidad, constituirá una circunstancia agravante.

codificada de este delito se ha prestado a múltiples interpretaciones y, en muchos casos, a diversas arbitrariedades. Para ilustrar algunas, me gustaría poner ejemplos de filtros formales<sup>10</sup> (procesales<sup>11</sup> y substanciales<sup>12</sup>) relacionados con **la cópula**:

Supongamos que, en la narración de hechos que presuponen la existencia de una conducta típica, el agente del Ministerio Público conoce de un relato que da cuenta de la imposición de una **cópula**; como no le constan los hechos, qué elementos tiene la autoridad investigadora para realizar **la interpretación**? De alguna manera, tanto su labor de reconstrucción fáctica como normativa lo llevarán a investigar la forma en la que la cópula se realizó. Ahora bien, ¿Cómo se prueba **la cópula**, en el delito de violación, durante el procedimiento penal? En principio, señalaremos que no existe ninguna regla procesal específica,<sup>13</sup> de manera que debemos de atenernos a las reglas generales que proporcionan las leyes procesales

<sup>10</sup> Los filtros formales son los criterios establecidos en las leyes para seleccionar la información válida y desechar la información inválida que nos permita dar un sentido jurídico a los hechos a que se refiere el lenguaje fáctico. Ver: Berumen Campos; Op. Cit.; p. 193.

<sup>11</sup> Los filtros formales procesales están constituidos por las reglas que proporcionan las leyes procesales para substanciar un proceso. Ver: Berumen Campos; Op. Cit.; pp. 193 y ss.

<sup>12</sup> Es decir, filtros que tienen qué ver con aquellos sistemas de conceptos relacionados con los criterios proporcionados por las definiciones conceptuales que hacen las leyes sustantivas (para el caso, el Código Penal) y que permiten darle un sentido jurídico determinado a la descripción de los hechos controvertidos. Ver: Berumen Campos; Op. Cit.; pp. 193 y ss.

<sup>13</sup> A diferencia de lo que acontece con los delitos de violencia familiar, homicidio, aborto, infanticidio y otros, donde el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece reglas concretas para la probanza del cuerpo del delito de estas conductas típicas.

-en este caso el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal- para la probanza de cualquier conducta típica. En dicho ordenamiento, para que **la cópula** quede debidamente acreditada, se aceptan como pruebas a valorar por el operador del derecho, de manera genérica y principal:

- La declaración del ofendido.
- La confesión del responsable de la conducta típica.
- Las testimoniales.
- Las documentales públicas y privadas.
- La inspección ministerial o judicial.
- La reconstrucción de los hechos.
- Los dictámenes de peritos

De este universo genérico de filtros formales, el operador jurídico (para nuestro caso, el agente investigador del Ministerio Público), obtendrá la información válida para iniciar una Averiguación Previa y para determinar sobre el ejercicio de la acción penal.

Sin embargo, la ruta de probanza para el elemento objetivo que constituye la materialidad de la violación, es decir, **la cópula**, aunque parece clara, durante el proceso de interpretación jurídica la autoridad que investiga hace abstracción de los sujetos concretos (las víctimas) y de las características culturales asociadas a este delito. De esta manera, los filtros operan como mecanismos que nos acercan a la **verdad jurídica**, perseguida como obsesión de **lo objetivo**, distorsionando no sólo lo que aconteció, sino también la narración de lo ocurrido que el denunciante formuló inicialmente. Veamos por qué:

En la mayoría de las ocasiones, como se sabe, la violación es una conducta de las llamadas “de realización oculta”, es decir,

excepcionalmente se realiza frente a testigos; también se ha comprobado en diferentes investigaciones empíricas, el poco valor que tiene la declaración del ofendido en ausencia de otro elemento que la robustezca;<sup>14</sup> por la gravedad de la conducta y por sus consecuencias penales, la confesión del responsable de la conducta típica es prácticamente inexistente; el número de Averiguaciones Previas (más de 220 000 al año, tan sólo en el D. F.) y la inercia con la que se integran, hace casi inexistente la inspección ministerial o judicial y la reconstrucción de los hechos. De manera que, como base para el ejercicio de la acción penal y por lo que al cuerpo del delito se refiere, casi toda la comprobación del elemento objetivo **cópula** recae en la intervención de un órgano auxiliar del Ministerio Público: Los servicios periciales y sus peritos (para el caso, los más asociados son los peritos médicos legistas, los peritos químicos y los peritos en retrato hablado).

Ahora bien, ¿Qué prueba el examen médico legista? En realidad, todo o nada, veamos: Si éste se practica como debe de ser, con la intervención del médico legista y con el instrumental y las instalaciones adecuadas; requiere, para demostrar **la cópula**, que ésta haya sido reciente y que se tomen las muestras para que el perito químico (experto en pelos, semen y sangre) pueda tener materia de intervención y rendir su dictamen. Pero... ¿y sino?, es decir; como acontece en la mayoría de los casos, si la víctima requiere de un proceso natural y

<sup>14</sup> Ver: González Ascencio, Gerardo; *La antesala de la justicia: la violación en los dominios del Ministerio Público*; Edit. COVAC; México; 1993. También el apartado, en este mismo artículo, sobre la cópula y los filtros ideológicos y morales.

subjetivo para tomar la decisión de acudir frente al Ministerio Público; su toma de decisión correrá de manera paralela –sin punto de contacto– a las necesidades y términos procesales.

Así, por ejemplo, la toma vaginal que permite medir la fosfatasa ácida, cuya alta concentración dá la probabilidad de eyacuación, requiere ser tomada dentro de las 72 horas siguientes a la misma; lo mismo ocurre con las demás tomas que realiza el perito químico en búsqueda de semen. En el caso de otras evidencias con información genética utilizable en la identificación del autor material de la violación, la intervención del perito prácticamente tendría que realizarse inmediatamente después de que hubieran ocurrido los hechos, cosa que como ya comentamos, ocurre de manera muy infrecuente<sup>15</sup>.

A pesar de todo lo anterior y con total independencia de lo comentado, la práctica del examen médico **es una rutina**, sea útil

o no; se aplica si hubo flagrancia, si pasaron tres días, tres semanas o tres meses. Señalo pues, cómo la existencia de un filtro formal procesal –la práctica rutinaria del examen médico para constatar el elemento **cópula**–, ante la ausencia de otras garantías procesales a favor del más débil,<sup>16</sup> le permitirá al operador jurídico una reconstrucción de los hechos riesgosa tanto para iniciar la Averiguación Previa como para determinar sobre el ejercicio o no de la acción penal.

Otro ejemplo referido a la existencia de filtros fácticos formales, ahora substanciales; lo proporciona el sistema de conceptos que se ha construido en el Código Penal para el Distrito Federal para clasificar **la cópula** y darle su sentido jurídico. Esta red semántica le otorga al operador del

<sup>15</sup> Señalo, para ilustrar mi pesimismo, lo absurdo que resulta la frecuente instrucción para que la víctima acuda inmediatamente a denunciar y, la insistencia –en materiales de prevención oficial del delito– para que la persona denunciante no se bañe después de los hechos y preserve evidencias. Da la impresión de que las cosas están al revés: importa más la “formalidad procesal que el drama humano; hay que adecuar lo que pasó a las necesidades del proceso y la Averiguación Previa. ¿No podrían, con inteligencia y creatividad, invertirse los requisitos formales para integrar la Averiguación Previa a favor de la víctima en éstos casos? Podría aligerarse el rigor de la inmediatez en la denuncia si se le diera más valor al dicho del ofendido, junto con algún otro elemento probatorio que lo robusteciera; también podría fomentarse y experimentarse una cultura jurídica tendiente a preservar evidencias de manera provisional –es decir, con independencia de que se inicie o no una Averiguación Previa– por medio de una distribución extensiva y gratuita de paquetes que permitan tomar muestras, recoger pelos y otra información, útil para el perito químico en caso de llegar a requerirla.

<sup>16</sup> Este concepto de “garantías procesales a favor del más débil” proviene del pensamiento de Luigi Ferrajoli, quien sostiene que frente a la igualdad jurídica formal, como errónea solución legal para tratar las diferencias, se requiere, además de todas las garantías contempladas para todos, **“formas específicas y diferenciadas de garantías ligadas (...) a la especificidad de las violaciones a que están expuestas sobre todo las mujeres.”** De manera tal que este derecho “*sexuado*” en realidad posibilite el trato igual de los diferentes y se garantice, así, con esta especie de acciones afirmativas de la norma jurídica, el principio garantista de igualdad de derechos fundamentales. Para el modelo garantista de Estado constitucional de derecho, las acciones afirmativas que tiendan a establecer el ejercicio pleno de los derechos fundamentales entre hombres y mujeres consistirán, entonces, en la puesta al día de las garantías que Ferrajoli llama *sexuadas*, **“... idóneas para reducir la divergencia que siempre existe entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica. Es claro que tanto la identificación de tal divergencia como la de las garantías capaces de reducirla deben partir, (...) no de las normas, sino de los hechos; no de la igualdad, sino de sus violaciones, es decir, de las discriminaciones sufridas por la diferencia.”**; ver: Ferrajoli, Luigi; *Derechos y garantías. La ley del más débil*; Edit. Trotta; Madrid, España; 1999; pp. 84 y ss.

derecho los criterios para clasificar la descripción de los hechos, para “encuadrarla” como delito.<sup>17</sup>

Tenemos entonces que, de acuerdo a lo anterior, para que el Agente del Ministerio Público tipifique los hechos como violación, en la narración de los mismos se requiere de un enunciado lingüístico que describa el acceso carnal con persona de uno o de otro sexo. Pero, además, éste acceso deberá ser consecuencia de la imposición, por medio de la violencia física y/o moral. Si **la cópula** no fuera producto de la *vis absoluta*<sup>18</sup> o de la *vis relativa*<sup>19</sup>, requerirá que la narrativa se **interprete** como otra conducta típica dentro de la red semántica.

En otros términos, de la descripción de los hechos entendida como campo de significados correlacionados y jerarquizados, el operador del derecho deberá estar atento a la narración para distinguir **la cópula** obtenida por medio de la violencia de aquella que es producto y consecuencia del aprovechamiento realizado sobre un menor o sobre un incapaz o, de aquella que es resultado de un engaño o de medios fraudulentos

para obtener el consentimiento de las personas entre doce y dieciocho años de edad, en cuyo caso, el Ministerio Público deberá clasificarla como constitutiva de otro delito -violación impropia o estupro-. Finalmente, esta red semántica se extiende a **la cópula** consentida entre ascendientes y descendientes mayores de edad, en cuyo caso, se constituirá el delito de incesto.

Frente al poco crédito que para el Ministerio Público tiene la narración de los hechos realizada por el ofendido –especialmente notable en el caso de delitos como el de violación–, hay que agregar que a ésta, el operador judicial la filtra para poder iniciar la averiguación previa. Es así como, en los hechos, el examen médico legista se convierte en el eje central para la **Interpretación**; desplazando a los actores e involucrados y constituyéndose como un elemento *sine qua none* para la acreditación del cuerpo del delito; de aquí se nutrirá, esencialmente, el ministerio público para tomar sus principales resoluciones en cuanto a la determinación sobre el ejercicio de la acción penal.<sup>20</sup>

## LA CÓPULA Y LOS FILTROS FÁCTICOS IDEOLÓGICOS Y MORALES

Ahora bien, la historia de la reconstrucción lingüística de los hechos resulta más relevante a la luz de los filtros ideológicos y morales a los que el operador jurídico recurre para seleccionar la información válida.

<sup>17</sup> Dice Arturo Berumen que una red semántica es un campo de significados correlacionados y jerarquizados por afinidad de sentido conforme a los cuales se le da un sentido, un lugar y una asociación a la descripción de los hechos. En: Berumen Campos; Op. Cit.; p. 194 y ss.

<sup>18</sup> La violencia física o *vis absoluta* consiste en el uso de la fuerza material ejercida sobre la persona de la víctima para constreñirla a la realización de la cópula. Se trata de una fuerza material y suficiente como para la obtención de la misma. Ver: Porte Petit, Celestino; **Ensayo dogmático sobre el delito de violación**; Edit. Porrúa; Cuarta Edición; México; 1985; pp. 41 y ss.

<sup>19</sup> La violencia moral o *vis relativa* consiste en la manifestación de la voluntad del agresor de hacer recaer sobre la víctima un mal grave, presente o futuro, en caso de que no se realice la cópula. Ver: Porte Petit; Op. Cit.; pp. 44 y ss.

<sup>20</sup> Frente a la *subjetividad* de la narración de la víctima, el positivismo procesal indica que la *objetividad* la proporcione un tercero, No la autoridad que tiene constitucionalmente el mandato de investigar, sino un tercero ajeno a los hechos: el perito.

Nos referimos a las pre-interpretaciones del mundo y de la vida que porta el operador jurídico.<sup>21</sup> Se trata de los filtros constituidos por prejuicios e ideas ordinarias que condicionan la labor del operador al pasar, de manera inconsciente, la descripción de los hechos por ese tamiz.

Lo anterior resulta relevante cuando caemos en cuenta que estas representaciones sociales frecuentemente operan como elementos de juicio en un agente del Ministerio Público que tiene constitucionalmente marcada la naturaleza de su función, en esta etapa del proceso, como exclusivamente administrativa. Lo que pretendo destacar es que, en los hechos, las pre-interpretaciones convierten a ése operador en una verdadera autoridad jurisdiccional y al acto de iniciar una Averiguación Previa, en una verdadera antesala de la justicia.

En una investigación realizada por éste autor, hace ya algunos años, relacionada con las dificultades para iniciar un procedimiento penal en caso de violación, señalaba cómo, desafortunadamente, en la barandilla de las agencias se abre o se cierra el ejercicio de la acción penal. La barandilla simboliza una frontera metafórica; es el límite operativo de la justicia criminal. Es un ob-

jeto semiótico con notables poderes prácticos. Si se traspasa, por encima de los filtros en los que he venido insistiendo, la víctima y el victimario cobrarán cuerpo histórico, realidad jurídica y trascendencia social.<sup>22</sup>

En esos años, pude mostrar de manera clara<sup>23</sup> la forma en la que algunos de estos **filtros ideológicos** operan cuando se intenta iniciar una Averiguación Previa por el delito de violación, así, por ejemplo, demuestro cómo el dicho del ofendido está valorado en función de representaciones sociales por parte del Ministerio Público: Una creencia generalizada sobre las víctimas del delito de violación es que, la misma, les destruye la vida; las coloca al borde de la muerte. Esto es cierto en la mayoría de los casos, pero no todas las víctimas tienen la misma respuesta aunque, indudablemente, para todas significa un hecho traumático. Una consecuencia de la afirmación de que existe un *síndrome de la mujer violada* –que señala fases, etapas, sintomatología, patologías, disfunciones, determinación sobre su vida futura, etc.- es que, para el 64% de los agentes del Ministerio público, la víctima de estos delitos tiene que llegar a declarar con alguna característica propia del cuadro anterior. En realidad, se trata de una manera de constatar el dicho del ofendido un poco extraña pues requiere de la validación de un

<sup>21</sup> Dichas Pre-interpretaciones constituyen algo más que meras opiniones individuales, en realidad son **representaciones sociales**. Este concepto aparece en la sociología a través de E. Durkheim quien las definió como "... estructuras psicosociales intersubjetivas que representan el acervo de conocimiento socialmente disponible y que se despliegan como formaciones discursivas más o menos autonomizadas, en el proceso de autoalteración de significaciones **sociales**" las **representaciones** colectivas se constituyen en portadoras de significaciones **sociales**, de interpretaciones, de formas de ver el mundo, etc. Ver: Beriain, Jostexo; *Representaciones colectivas y proyecto de modernidad*; Anthropos; Barcelona, España; 1990.

<sup>22</sup> González Ascencio, Gerardo; *La antesala de la justicia ...*; *op. Cit.* p.6.

<sup>23</sup> La investigación se publicó en el año de 1993, aunque ha pasado más de una década, me atrevo a pensar que en el caso de las representaciones sociales lo transcurrido es poco como para afirmar que las pre-interpretaciones sobre el tema se hayan modificado substancialmente. Es importante señalar que la investigación se basó en una encuesta a M. P., realizada en el 93% del total de agencias de fuero común en el D. F (en ese entonces eran 45).

tercero para acreditar la existencia del delito. Se busca que la constatación provenga del exterior, no del dicho del ofendido, sino de su sintomatología médica o psíquica.<sup>24</sup>

Es así como, de la filtración ideológica que se haga de la narrativa de los hechos, el operador convertirá la barandilla en una especie de tribunal sumarísimo, prácticamente sin garantías y sin recursos para el afectado. De un acto aparentemente administrativo, sencillo y de trámite -sostenido en una función abiertamente discrecional, alimentada por las representaciones sociales-, el agente del ministerio público hará nacer el procedimiento penal y moverá a ciertos actores nada secundarios -como el agente de la policía judicial o el perito- de cuyos filtros pende el proceso punitivo ulterior.

Tenemos, así, la primera parte del problema planteado, es decir, la manera en la que los hechos son mediados por filtros, formales e informales, de cuyo resultado tendremos una reconstrucción lingüística, considerándolos como probados para la decisión del operador jurídico. Pasaremos a continuación a los filtros hermenéuticos normativos, mismos que constituyen la **Interpretación Jurídica** propiamente dicha.

## LOS FILTROS HERMENÉUTICOS NORMATIVOS

La **Interpretación Jurídica** del concepto de **cópula** es apasionante, dado que la historia de su presencia a lo largo de las codificaciones penales -como elemento objetivo de la conducta típica del delito de violación- ha variado enormemente, develando, casi

<sup>24</sup> González Ascencio, Gerardo; *La antesala de la justicia ...*; op. Cit. pp.10-11.

siempre, la manera en la que el legislador recoge *la ideología de todos los días*, por llamarle de alguna manera.

De hecho, la denotación contenida en la redacción del segundo párrafo del artículo 174 -**se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal**- es, además de fallida, reciente;<sup>25</sup> de manera que antes sólo se hablaba de **cópula** con persona de cualquier sexo obtenida mediante la violencia para constituir el delito de violación.

Como **la cópula** no estaba definida, por decirlo así, el operador de la ley estaba obligado a filtrar la narración a través de un proceso de **interpretación jurídica** tendiente a indagar sobre el espíritu del legislador y a seleccionar uno de los referentes posibles como el más probable; en una época en donde no sólo no existía la denotación (fallida o no) de ese concepto, sino que tampoco existía la cópula entendida en su sentido amplio, ni las conductas que hoy se le equiparan, como la introducción por vía vaginal o anal de cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene (presentes también a partir de 1991)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> La reforma data del año de 1991. En mi opinión, la redacción es poco afortunada pues, como el lector fácilmente se dará cuenta, se redujo el intercambio genital entre los seres humanos a lo que es posible realizar a partir del pene. A éste "lapsus" legislativo tan revelador, la literatura feminista lo conoce con el nombre de falo-genito-centrismo.

<sup>26</sup> Por cierto, esto constata lo arbitrario de la labor de **interpretación jurídica** cuando la cópula no se encontraba denotada, puesto que ese tipo de agresiones llevadas a cabo con instrumentos distintos al pene eran elemento suficiente para iniciar una averiguación previa por el delito de *atentados al pudor*, por el de *lesiones* o, por el de violación en grado de tentativa, indistintamente, según la discrecionalidad del operador jurídico; la razón: tanto la doctrina como la jurisprudencia por ellos invocada hablaba de **cópula** sólo para referirse a la penetración pene-vagina.

Lo que quiero decir es que, hasta hace relativamente poco tiempo, no se consideraba como delito de violación **la cópula** violenta por vía anal o la felación impuesta; tampoco se equiparaba a la misma, la introducción forzada de elementos e instrumentos por vía vaginal o anal; de manera que estas conductas igualmente agresivas -y desgraciadamente muy frecuentes- se filtran hacia otras redes semánticas: como las establecidas para el delito de lesiones o para el delito de atentados al pudor; por citar algunos ejemplos de los muchos que se presentaban frente a la narración de tales hechos.<sup>27</sup> Así que, por muchos años, fue indispensable realizar una labor de **Interpretación Jurídica exegética** para indagar qué quiso decir exactamente el legislador cuando connotó a **la cópula** como un elemento objetivo de la conducta típica para la violación.

## **L**LA CÓPULA Y LOS FILTROS HERMENÉUTICOS NORMATIVOS A LA LUZ DE LA EXÉGESIS IDEOLÓGICA

En esta búsqueda por indagar la voluntad del legislador, podemos encontrar algunas interpretaciones cercanas a la escuela de

la exégesis<sup>28</sup>, sobre todo a la que tiene un carácter ideológico.<sup>29</sup> Traeré a colación posturas de tratadistas que constituyen casos de exégesis ideológica vinculados con la **Interpretación Jurídica** del concepto de **cópula** y su referente más probable:

Dado que el Código Penal para el Distrito Federal data, en su versión original vigente, de 1931, la exposición de motivos del mismo y el diario de los debates referido a su aprobación adolecen de un referente preciso con relación a **la cópula**. Probablemente porque en esa época era un concepto claro y se trataba de un referente no sujeto a la interpretación. Al paso del tiempo, al complejizarse y diversificarse las relaciones humanas, el concepto empezó a tener más de un referente posible, de manera que el espíritu del legislador se obscureció y forzó a la **Interpretación Jurídica**.

En esta historia que he descrito a grandes pinceladas, encontramos la búsqueda del referente más probable en interpretaciones doctrinarias de los tratadistas más relevantes que, con contundencia, afirman qué es lo

<sup>27</sup> También era frecuente que ese tipo de agresiones se considerara tentativa de violación, ver la nota anterior. En todos los casos, la penalidad era menor y, hasta antes de la reforma mencionada, era posible obtener el beneficio de la libertad bajo fianza. Menciono el delito de “atentados al pudor” como una de las ventanas de escape de las violaciones por vía anal u oral, sin que se olvide recordarles que este tipo penal cambió su denominación en 1991 para considerarse, a partir de la reforma, como abuso sexual.

<sup>28</sup> Escuela de origen religioso que se expandió hacia la interpretación jurídica junto con la época de las codificaciones, principalmente a partir del Código de Napoleón y que señala que ante una norma oscura el propósito del operador del derecho es el de buscar y encontrar la “voluntad del legislador”. Los exegetas no asumen una actitud hipotética sino asertórica pues consideran que siempre es posible encontrar el sentido de esta voluntad al considerar al legislador como un “ente” absolutamente racional, que todo lo previó, que no falla, que no se contradice. Ver: Berumen Campos; Op. Cit.; pp. 208 y ss.

<sup>29</sup> Es útil recordar que la exégesis ideológica presupone siempre que encontrará la voluntad del legislador en el cuerpo de la Ley, mientras que la exégesis técnica no, por lo que analiza textos paralegislativos como contexto hipotético para indagar dicho espíritu.

que el legislador pensó por el elemento objetivo **cópula**, aunque en ocasiones parezca más una maniobra semántica consistente en hacer coincidir los intereses del interprete con la voluntad del legislador. Pongo a continuación algunos ejemplos de exégesis ideológica:

Antolisei nos dice que **“por conjunción carnal se entiende el acoplamiento normal o fisiológico entre dos personas de sexo diverso, es decir, el coito vaginal.”**; Pannain manifiesta que **“debe decirse que la materialidad del delito está constituida por la introducción del órgano genital masculino en el órgano genital femenino”**.<sup>30</sup>

Existe también la interpretación doctrinaria del término **cópula** en un sentido un poco más amplio, que considera a la conjunción carnal como todo acto **“por el cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo.”**<sup>31</sup> Estas interpretaciones, digamos *lato sensu*, del elemento **cópula** incluyen, para algunos tratadistas, la opinión de que en el caso de la “fellatio in ore”<sup>32</sup> o de la introducción del miembro viril por vía anal, sí se configura el delito de violación cuando se acompañen del elemento impositivo puesto que al aceptarse la realización de la **cópula** por vía “anormal”, no se establece ninguna limitante.

Dado los largos años transcurridos desde que se legisló sobre la materia, por supuesto que las opiniones de los tratadistas son múltiples y plurales, por lo que al traer a cuenta algunas interpretaciones no tengo otro propósito más que el de ilustrar la imposibilidad de la exégesis ideológica en este caso.

## **LA CÓPULA Y LOS FILTROS HERMENÉUTICOS NORMATIVOS A LA LUZ DE LA EXÉGESIS TÉCNICA**

La actitud asertórica de encontrar el sentido de la voluntad del legislador en el texto de la ley, como ya lo comentamos para el caso de la exégesis ideológica, fue prácticamente imposible; sin embargo, existen también **Interpretaciones Jurídicas** de algunos operadores de la ley, referidas a la actividad jurisprudencial entendida como paranormativa (exégesis técnica). Para el ejercicio que presento, traeré a colación algunas tesis y jurisprudencias relacionadas con la **cópula** y sus interpretaciones jurídicas.

Así, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que: **“para que exista el delito de violación, se requiere el hecho de acceso carnal con persona de uno o de otro sexo, que es lo que constituye la materialidad de este delito.”**<sup>33</sup> También ha sostenido que **“La cópula es la conjunción sexual que se consuma en el momento mismo de la introducción del sexo masculino en el femenino, con independencia**

<sup>30</sup> Citado por Porte Petit, Celestino; *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*; Edit. Porrúa; Cuarta Edición; México; 1985; p. 17.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Entiéndase por ella, la introducción del miembro viril por vía oral.

<sup>33</sup> Ver jurisprudencia en Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXX, Quinta época; p. 5274; citada por: Porte Petit; Op. Cit.; pp. 16-17.

**de que produzca desfloración, de que tal intromisión sea perfecta, de que exista agotamiento o de que resulte preñez.”<sup>34</sup> Y, finalmente La Suprema Corte ha sostenido que “en el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aun cuando no haya llegado a realizarse completamente.”<sup>35</sup>**

Así que la **Interpretación Jurídica** exegética, a lo largo de todos esos años encontró, por medio de operaciones semánticas de ampliación y de restricción de la denotación, el referente más probable dentro de los posibles. De lo anterior da cuenta, de alguna manera, la opinión de los legisladores sobre **la cópula** entendida en su sentido más amplio e incluyente, de ahí que cuando hubo oportunidad de hacer la reforma correspondiente (1988 y 1991), se denotó el concepto y se describió la serie de conductas equiparables.

## **L**LA CÓPULA Y LOS FILTROS HERMENÉUTICOS NORMATIVOS A LA LUZ DE LA ESCUELA DE “EL LUGAR DE LA MATERIA”

La escuela de “el lugar de la materia”<sup>36</sup>, en este caso es poco útil, dado que requiere

<sup>34</sup> Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXVI, Sexta época Segunda parte, p. 26.

<sup>35</sup> Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII, Sexta época, Segunda parte, p. 89.

<sup>36</sup> Dicha escuela de Interpretación Jurídica establece que para indagar sobre el significado de una norma oscura hay que tomar en cuenta el lugar en que dicha norma se encuentra dentro del cuerpo normativo de que se trate. Ver: Berumen Campos; Op. Cit.; pp. 220 y ss.

de ubicar **la cópula** en el lugar en que se encuentra dentro del Código Penal. Desdichadamente la ausencia de referencias a esta categoría oscura dentro del mismo, no nos permite reconstruir el contexto normativo. El operador jurídico de la ley tendría que realizar una labor de **Interpretación Jurídica** recurriendo cada vez a un contexto normativo más amplio para poder seleccionar el referente más probable de entre los posibles. Para nuestro caso, recurriría a la categoría de Derechos Humanos y a las convenciones, tratados y acuerdos internacionales que nuestra nación ha suscrito en esa materia y con relación a la violencia de género y que, cuando no contravienen el espíritu de la constitución, tienen la misma jerarquía que la ley suprema en toda la República. Desafortunadamente esa cultura, en el ámbito de nuestros operadores de la ley, es nueva y, en su aplicación, prácticamente inexistente; además, en dichos instrumentos no se encuentra connotación alguna de **la cópula**.

## **L**LA CÓPULA Y LOS FILTROS HERMENÉUTICOS NORMATIVOS A LA LUZ DE LA ESCUELA DE INTERPRETACIÓN EQUITATIVA

La escuela de interpretación equitativa<sup>37</sup> sí nos es útil para nuestra argumentación. A la luz del caso concreto de **la cópu-**

<sup>37</sup> Por ella debemos entender un esquema de interpretación operativa, cuando los otros métodos de Interpretación Jurídica han sido insuficientes para aclarar el sentido de una norma oscura y fue definido por Aristóteles como la aplicación del derecho de manera tal que no se haga injusticia en un caso concreto. Ver: Berumen Campos; Op. Cit.; pp. 224 y ss.

la, ésta escuela selecciona su referente más probable, de los posibles, dentro de un contexto ético. De manera que, como hemos señalado, la conjunción carnal obtenida por medio de la violencia, cuando el sujeto activo es de sexo femenino, debería ser equiparable a **la cópula** que se obtiene por los mismos métodos teniendo como sujeto activo a un varón. De manera que la operación semántica del funcionario judicial consistiría en una ampliación de la denotación contenida en el segundo párrafo del artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal con el objeto de que la connotación de **la cópula** comprenda el caso controvertido que he comentado a lo largo de la presente reflexión. De hacerlo, el operador evitaría una injusticia al resolver el referente controversial por medio de la equidad.

Este marco referencial le permitirá al operador del derecho una reconstrucción lingüística de los hechos considerados como probables, que, no pudiendo aspirar a una congruencia absoluta entre los enunciados y los hechos, se constituya cuando menos en torno a una verdad coherente y probable; en esto consiste **la interpretación jurídica**.

## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*; Centro de Estudios

Constitucionales; Madrid, España; 1989.

Atienza, Manuel; *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas*; en: Revista de teoría y filosofía del derecho Isonomía; No 1; ITAM; México; octubre, 1994.

Beriaín, Josetxo; *Representaciones colectivas y proyecto de modernidad*; Anthropos; Barcelona, España; 1990.

Berumen Campos, Arturo; *Apuntes de filosofía del derecho*; Cárdenas editores; México; 2003.

Ferrajoli, Luigi; *Derechos y garantías. La ley del más débil*; Edit. Trotta; Madrid, España; 1999.

González Ascencio, Gerardo; *La antesala de la justicia: la violación en los dominios del Ministerio Público*; Edit. COVAC; México; 1993.

Porte Petit, Celestino; *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*; Edit. Porrúa; Cuarta Edición; México; 1985.

## LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código Penal para el Distrito Federal; Edit. Porrúa; México; 2004.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; Edit. Porrúa; México; 2004.

Jurisprudencia y tesis aisladas, 1917-1998; versión en discos compactos: IUS 8; SCJN; México, 1998.