

REPOSITORIO ACADÉMICO DIGITAL INSTITUCIONAL

Propuesta de incorporación al código penal del Estado de Michoacán de Ocampo el delito de violación entre cónyuges

Autor: Ma. Concepción Camacho Lozano

**Tesis presentada para obtener el título de:
Lic. En Derecho**

**Nombre del asesor:
Jorge Guillén Ángel**

Este documento está disponible para su consulta en el Repositorio Académico Digital Institucional de la Universidad Vasco de Quiroga, cuyo objetivo es integrar, organizar, almacenar, preservar y difundir en formato digital la producción intelectual resultante de la actividad académica, científica e investigadora de los diferentes campus de la universidad, para beneficio de la comunidad universitaria.

Esta iniciativa está a cargo del Centro de Información y Documentación "Dr. Silvio Zavala" que lleva adelante las tareas de gestión y coordinación para la concreción de los objetivos planteados.

Esta Tesis se publica bajo licencia Creative Commons de tipo "Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada", se permite su consulta siempre y cuando se mantenga el reconocimiento de sus autores, no se haga uso comercial de las obras derivadas.



**UNIVERSIDAD
VASCO DE QUIROGA**

ESCUELA DE DERECHO



**“PROPUESTA DE INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL DEL
ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO EL DELITO DE
VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MA. CONCEPCIÓN CAMACHO LOZANO

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JORGE GUILLÉN ÁNGEL

CLAVE: 9510001



03
ZAVALA

T503

MORELIA, MICH., DICIEMBRE DE 2003

**UNIVERSIDAD
VASCO DE QUIROGA**

ESCUELA DE DERECHO



**“PROPUESTA DE INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL DEL
ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO EL DELITO DE
VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MA. CONCEPCIÓN CAMACHO LOZANO

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JORGE GUILLÉN ÁNGEL

CLAVE: 9510001

MORELIA, MICH., DICIEMBRE DE 2003



¡RECIBI FLORES HOY!

¡Recibí flores hoy!

No es mi cumpleaños o ningún otro día especial;
Tuvimos nuestro primer disgusto anoche,
Y él me dijo muchas cosas crueles que deberás me ofendieron
Pero yo sé que está arrepentido y no dijo en serio las cosas que dijo
Porque él me mandó flores hoy.

¡Recibí flores hoy!

No es nuestro aniversario o ningún otro día especial;
Anoche me aventó sobre la pared y comenzó a ahorcarme,
Parecía una pesadilla, pero de las pesadillas despiertas y sabes que no es real;
Me levanté esta mañana adolorida y con golpes en todos lados
Porque él me mandó flores hoy.

¡Recibí flores hoy!

Y no es día de San Valentín o ningún otro día especial;
Anoche me golpeó y amenazó con matarme;
Ni maquillaje ni mangas largas podían esconder los golpes que ocasionó esta vez;
No pude ir al trabajo porque no quería que nadie se diera cuenta
Pero yo sé que está arrepentido;
Porque él me mandó flores hoy.

¡Recibí flores hoy!

No es día de las Madres o ningún otro día especial;
Anoche él me volvió a golpear y ahora fue mucho peor que las otras veces;
Sí logro dejarlo, ¿qué voy a hacer?
¿Cómo podría sacar yo adelante a los niños?
¿Qué va a pasar si falta el dinero?
Le tengo miedo, pero dependo tanto de él, que temo dejarlo
Pero yo sé que está arrepentido;
Porque él me mandó flores hoy.

¡Recibí flores hoy!

Hoy es un día muy especial. Es el día de mi funeral
Anoche por fin logró matarme. Me golpeó hasta morir
Si hubiese tenido el valor y fortaleza para dejarlo
El Refugio de Mujeres me hubiera ayudado,
Pero yo no pedí ayuda,
Es que recibí flores hoy, POR ÚLTIMA VEZ.

Traducido por Mary G. Hernández

UNIVERSIDAD VASCO DE QUIROGA

Distamen para Examen Recepcional

Morelia, Michoacán, 11 de ESCUELA DE DERECHO

C. Lic. Oscar Sobrante

Director de la Escuela de Derecho

**“PROPUESTA DE INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE
MICHOCACÁN DE OCAMPO EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CONYUGES ”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MA. CONCEPCÓN CAMACHO LOZANO

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JORGE GUILLÉN ÁNGEL

CLAVE: 9510001

MORELIA, MICH. , 17 DE DICIEMBRE DE 2003

Dictamen para Examen Recepcional

Morelia, Michoacán. , 11 de diciembre de 2003

C. Lic. Oscar Soberanes Lasses,
Director de la Escuela de Derecho
Presente:

Informo a usted que una vez que fueron atendidas las observaciones que hicieron los lectores del PREJURADO al trabajo de la C. Ma. Concepción Camacho Lozano denominado: "PROPUESTA DE INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES", mediante el cual está aspirando al Título Académico de Licenciado en Derecho, me permito emitir dictamen aprobatorio para que la tesis sea presentada en Examen Recepcional.

Sin otro particular, reciba un saludo.

ATENTAMENTE:

LIC. JORGE GUILLEN ÁNGEL
Director de Tesis

4.2. ABSTRACT

4.2.1. ABSTRACTS

| Abstracts | Características | Semejanzas | Diferencias |
|------------------------------|--|--|---|
| LEGISLACIÓN DE ESPAÑA | <p>1. – la Violación entre cónyuges es perfectamente posible.</p> <p>2. – No puede esgrimirse el ejercicio legítimo de un derecho.</p> <p>3. – El llamado débito conyugal se opone radicalmente a la dignidad y libertad de la víctima y</p> <p>4. - No puede alegarse un error de prohibición en el pensamiento de que la mujer debe prestarse a una relación sexual no querida</p> | <p>Tipificación como delito, la violencia sexual entre consortes.</p> <p>Protección al bien jurídico libertad sexual del cónyuge</p> | <p>Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, se tipificó como delito, la violencia sexual entre consortes.</p> |
| LEGISLACION DE EUA | <p>Requisitos legales de una violación sexual:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Penetración vaginal (coito) • Fuerza o amenaza de fuerza • No-consentimiento de la víctima. | <p>Tipificación como delito, la violencia sexual entre consortes.</p> <p>Protección al bien jurídico libertad sexual del cónyuge</p> | <p>Para los Estados Unidos, desde 1980 la violación marital, se encuentra tipificada dentro de sus leyes penales.</p> |
| LEGISLACIÓN | No existe la figura de violación entre | Existe una propuesta de | No cuenta con la tipificación del delito |

| | | | |
|--|---|--|---|
| <p>DE CHILE</p> | <p>cónyuges.</p> | <p>Diputados del Partido Socialista y del Partido por la Democracia, para modificar la actual ley sobre delitos sexuales, consideran que no brinda real protección a las víctimas y piden establecer como Delito la violación entre cónyuges, la violación anal y oral.</p> <p>Entre las reformas de carácter procesal que introducen están las que basta la denuncia para investigar la violación, la eliminación del careo entre víctimas y victimario, y que se determine que cualquier hospital estará en condiciones de examinar a la víctima apenas haya ocurrido el atentado.</p> | <p>de violación entre cónyuges.</p> |
| <p>“PROPUESTA DE INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL DE EL ESTADO DE MICHOACAN EL DELITO DE</p> | <p>1. - La Violación entre cónyuges es posible. 2. - No puede esgrimirse el ejercicio legítimo de un derecho.</p> | <p>Tipificación como delito, la violencia sexual entre consortes.</p> <p>Protección al bien jurídico libertad sexual del</p> | <p>No existe la figura de violación entre cónyuges dentro de nuestro estado de Michoacán de Ocampo sin embargo en nuestro país y en</p> |

| | | | |
|----------------------------------|---|---------|--|
| VIOLACION ENTRE CÓNYUGES” | Requisitos legales de una violación sexual: <ul style="list-style-type: none">• Penetración vaginal (coito)• Fuerza o amenaza de fuerza• No consentimiento de la víctima. | cónyuge | diez estados si se cuenta con dicha legislación. |
|----------------------------------|---|---------|--|

- **TEMA**

“ PROPUESTA DE INCORPORACION AL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MICHOACAN DE OCAMPO EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES”

- **INSTITUCION**

UNIVERSIDAD VASCO DE QUIROGA

- **INVESTIGADOR**

MA. CONCEPCION CAMACHO LOZANO

- **PERIODO**

Septiembre de 2002 a noviembre de 2003

- **PROBLEMA**

¿ Que relación tiene la violación en el matrimonio con su incorporación como delito en el Código Penal del Estado de Michoacán de Ocampo?.

- **VARIABLES RELACIONADAS**

X: La violación en el matrimonio

Y: Su incorporación como delito en el código penal.

- **METODOLOGÍA**

Investigación Téorico-Conceptual

- **RESULTADOS**

La violación si existe en el matrimonio, por lo que es necesario tipificarla como delito en el Código Penal.

A mis padres, estímulo permanente.

AGRADECIMIENTOS

Después de un arduo y motivante trabajo vi por fin terminado esta tesis, al contemplarla creí necesario manifestar un profundo agradecimiento hacia todas las personas que de alguna forma contribuyeron en la realización de la misma ya que para poder llevar acabo este proyecto conté con personas que han sido muy importantes en mi vida personal y académica:

A mi familia, doy gracias a Dios por darme la familia que tengo; agradezco la confianza y afecto de mis padres, quienes han sido mi principal motivación, y agradezco también el apoyo de mis queridos hermanos.

A la Universidad Vasco de Quiroga por ser mi Alma Mather.

A mis queridos e inolvidables profesores, que desde el inicio de la Licenciatura en derecho contribuyeron a mi formación académica y personal. Mi infinito agradecimiento al Lic. Rubén Jiménez Páramo que sin saberlo, despertó en mi la curiosidad de investigar el resultado del presente trabajo.

Finalmente a mis compañeros y amigos, por ser parte importante en mi vida.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. METODOLOGIA

2.1. PROBLEMA

2.2 HIPÓTESIS

2.3 VARIABLES

3 OBJETIVOS:

3.1 GENERAL

3.2 ESPECÍFICO

4 MARCO TEORICO CONCEPTUAL

4.1. GENERALIDADES

| | |
|---|----|
| 4.1. 1. La persona humana | 6 |
| 4.1. 2. Persona, sociedad y derecho | 8 |
| 4.1 .3. Los derechos humanos y las garantías Individuales | 12 |
| 4.1. 4. Los derechos humanos en México | 14 |
| 4.1. 5. El amor como acto de bondad | 17 |

4.2. EL MATRIMONIO

| | |
|--|----|
| 4.2.1. Definición y evolución de familia | 19 |
| 4.2.2. Definición de matrimonio..... | 24 |
| 4.2.3. Antecedentes históricos del matrimonio..... | 25 |
| 4.2.4. Naturaleza jurídica del matrimonio | 30 |
| 4.2.5. El matrimonio como institución eclesiástica | 36 |
| 4.2.6. Efectos y fines del matrimonio..... | 39 |

| | |
|--|----|
| 4.2.7. Definición de divorcio..... | 45 |
| 4.2.8. Causas del divorcio en el Estado de Michoacán | 48 |

4.3. EL DELITO DE VIOLACIÓN

| | |
|---|----|
| 4.3.1. Noción general..... | 56 |
| 4.3.2. Antecedentes históricos..... | 57 |
| 4.3.3. Definición legal..... | 65 |
| 4.3.4. Elementos del tipo penal..... | 66 |
| 4.3.5. Núcleo del tipo..... | 69 |
| 4.3.6. Bien jurídico protegido..... | 71 |
| 4.3.7. Sujetos..... | 75 |
| 4.3.8. Formas de culpabilidad..... | 77 |
| 4.3.9. Consumación..... | 77 |
| 4.3.10. Tentativa..... | 78 |
| 4.3.11. Requisitos de procedibilidad..... | 81 |
| 4.3.12. Diligencias básicas y consignación..... | 82 |

4.4. LA VIOLACION DENTRO DEL MATRIMONIO

| | |
|---|-----|
| 4.4.1. Síntesis de la postura del Derecho Civil..... | 85 |
| 4.4.2. Síntesis de la postura del Derecho Penal..... | 87 |
| 4.4.3. La supremacía constitucional..... | 90 |
| 4.4.4. Ejercicio de un derecho..... | 91 |
| 4.4.5. La violación entre cónyuges..... | 97 |
| 4.4.6. Requisitos de procedibilidad en la violación entre cónyuges..... | 102 |
| 4.4.7. Peritos auxiliares del ministerio público durante la integración de la Averiguación previa del delito de violación | 105 |
| 4.4.8. Estados de la república que cuentan con la legislación del delito de violación entre cónyuges..... | 109 |
| 4.4.8. Porcentaje de víctimas violentadas en el Estado de Michoacán..... | 121 |

4.2 DOCUMENTAL

5 TESIS

6 CONCLUSIONES

7 ANEXOS

7.1 BIBLIOGRAFÍA CITADA

7.2 BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. INTRODUCCIÓN

El ser humano desde el momento de la concepción se encuentra protegido jurídicamente ya que por el simple hecho de haber nacido es poseedor de ciertos derechos inalienables como lo es el derecho a la vida, libertad, propiedad, manifestación de las ideas y voluntad; una de nuestras garantías establece que nadie puede ser molestado en su Persona, por lo tanto la libertad de decidir es facultad inherente al ser humano, tal facultad le permite tener relaciones amorosas con quien así lo deseé, de abstenerse temporalmente o permanentemente o simplemente abstenerse de toda relación carnal.

Por violación se entiende el acto en el que con la violencia física o moral, se tiene cópula con una persona cualquiera que sea su sexo.

Durante la violación se han violado también los derechos de la víctima a la libre determinación de su conducta en materia erótica (libertad sexual) y el daño que sufre el ofendido en dicha libertad existe, aún cuando su violentador haya interrumpido el acto en el curso de la fornicación ya iniciada.

La violación constituye el más grave de los delitos sexuales porque, además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de las víctimas.

Cuando la mujer toma la decisión de unir su vida a la de un hombre, sabe de antemano la gran responsabilidad que esto implica. Es totalmente natural que además de trabajar, atender el hogar y a los hijos, tenga y fomente las relaciones íntimas de pareja sin embargo estas tienen que ser de forma pacífica y voluntaria; cuando la esposa o concubina no quiere tener relaciones con su pareja, por el motivo que sea, es obligación de su pareja respetar esa decisión.

Desgraciadamente, aún en pleno siglo XXI, existe la idea errónea de que nos guste o no "tenemos que cumplir" con una rutina de relaciones, y hay quien de manera violenta obliga a su mujer a tener sexo.

Dentro de la tan sonada Violencia Intrafamiliar se desarrolla este problema (violación entre cónyuges) mismo que se presenta a lo ancho y largo de nuestro país, sin discriminación de edad o condición socioeconómica, cualquier mujer puede ser víctima de maltrato sexual.

En nuestro estado no se registran estadísticas ni estimaciones confiables sobre las diversas formas de violencia doméstica, por lo que no se nos permite manejar datos cuantitativos y representativos sobre el maltrato sexual.

En el ámbito de la salud en particular, los obstáculos que impiden la denuncia incluyen entre otros: Falta de información suficiente para saber cómo detectar y denunciar casos de maltrato; temor a las posibles ramificaciones legales que puedan traer aparejada la denuncia o a las consecuencias relacionadas con la misma; problemas con la familia denunciada, que rechaza y desmiente las sospechas, miedo a inmiscuirse en la privacidad de la familia e interferir o perjudicar aún más la relación entre los cónyuges y falta de compromiso de la Institución o directamente desaprobación de las autoridades a este tipo de denuncias.

El objeto del presente estudio es sentar un precedente y conscientizar a la sociedad entera de que no nos podemos quedar con los brazos cruzados ante un abuso de esta magnitud y permitir que se nos lastime en nuestra persona y en nuestros derechos individuales por lo que es necesario que nuestro H. Congreso legisle al respecto y se contemple dentro del Código Penal del Estado de Michoacán el delito de violación entre cónyuges, sin embargo para lo anterior es necesario que la sociedad entera participe y no se quede como espectador, ya que se necesita de gente, consciente de sus derechos para no permitir que se presente y se siga fomentando este atropello a su dignidad. Únicamente de esta forma se puede hacer presión ante nuestros representantes legislativos.

El contenido del presente trabajo aborda en el primer capítulo lo que es la persona humana, persona, sociedad y derecho, los derechos humanos y las garantías individuales, los derechos humanos en México y el amor como acto de bondad.

En el segundo capítulo se habla del matrimonio y comprende la definición y evolución de la familia, definición de matrimonio, antecedentes históricos del matrimonio, naturaleza jurídica del matrimonio, el matrimonio como institución eclesiástica, efectos del matrimonio, definición de divorcio, causas de divorcio en el estado de Michoacán.

En el tercer capítulo se habla del delito de violación, se da una noción general, antecedentes históricos del delito de violación, definición legal, elementos del tipo penal, núcleo del tipo, bien jurídico protegido, sujetos, forma de culpabilidad, consumación, tentativa, requisitos de procedibilidad y diligencias básicas de consignación.

En el cuarto y último capítulo se habla de la violación dentro del matrimonio. Se aborda la postura del derecho civil y del derecho penal, la supremacía constitucional, ejercicio de un derecho, violación entre cónyuges, requisitos de procedibilidad en la violación entre cónyuges, peritos auxiliares del Ministerio público durante la integración de la averiguación previa del delito de violación así como los estados de la república que cuentan con la legislación del delito de violación entre cónyuges y finalmente se trato de realizar un porcentaje aproximado de víctimas violentadas en el Estado de Michoacán.

Las limitaciones que se tuvieron para la realización del presente trabajo de investigación fueron mínimas y superadas, debido a que las instituciones que se consultaron para obtener información accedieron a proporcionarla, claro después de los debidos tramites burócratas y administrativos pero gracias a ello se tiene como resultado la conclusión del presente trabajo.

2. METODOLOGÍA

2.1. PROBLEMA

En nuestro estado de Michoacán, aún no se cuenta con un precepto jurídico que sancione como delito la Violación dentro del matrimonio; de ahí la inquietud por que se garantice la seguridad sexual de la pareja ya que está es una garantía constitucional.

No se cuentan con cifras confiables al respecto sin embargo es un hecho que la violencia entre cónyuges se desarrolla en diversos extractos sociales, situación que no es dada a conocer en la mayoría de los casos por vergüenza, ignorancia, temor a las represalias de la pareja entre otras cosas.

La salud física, psíquica y emocional es un derecho natural del que, el ser humano es poseedor, sin embargo cuando estos derechos son pisoteados la persona vive un desequilibrio inapropiado para difundir dentro del núcleo familiar valores elementales como lo es el respeto, la confianza, la seguridad y la libertad; lo anterior repercute en los hijos que crecen con falta de valores y que tienen como consecuencia, innumerables problemas sociales, es por ello que se necesita de la participación y concientización de toda la sociedad ya que el respeto a las garantías del ser humano son derechos imprescriptibles, inembargables e inalienables.

2.2 HIPÓTESIS DE TRABAJO

Ha. La violación en el matrimonio debe incorporarse como delito en el código penal.

Ho. La violación en el matrimonio no debe incorporarse como delito en el código penal.

2.3 VARIABLES

X: La violación en el matrimonio

Y: Su incorporación como delito en el código penal.

4. OBJETIVOS

4.1. GENERAL

Fomentar la reivindicación de los derechos de la mujer y el respeto a las garantías individuales.

4.2. PARTICULAR

Sensibilizar a la sociedad del estado de Michoacán sobre el respeto y el derecho a la libre determinación de la mujer en la relación sexual.

4.3. ESPECÍFICO

Que se contemple como delito en el estado de Michoacán la Violación entre cónyuges ya que de esta forma se puede contribuir a la reivindicar los derechos del ser humano y en especial en la revaloración de la mujer.

4.1. GENERALIDADES

4.1.1. LA PERSONA HUMANA

El vocablo persona, en su aceptación, denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra hombre, que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo.

La persona humana es una realidad biológica y social; aunque no haya sido entendida así en otras épocas históricas. La persona humana es un valor metajurídico, en el sentido de que es el fundamento de múltiples reglas de derecho, al punto que el derecho no puede negar su existencia, sin negarse así mismo; pero tampoco puede ni debe pretender definir a la persona. Como realidad biológica, psicológica y social, se encuentra más allá de lo jurídico. El legislador y el jurista deben tener la prudencia necesaria, para recibir esta noción de la tradición ancestral y limitarse a tratar de mejorarla si ello es posible, partiendo del reconocimiento de su existencia y procurando no introducir en el concepto sino aquellas distinciones que sean indispensables.¹

La palabra persona y hombre designan a los seres humanos, su connotación ofrece una diferencia: en tanto que con el sustantivo hombre propiamente se particulariza la especie en un individuo determinado como perteneciente a la humanidad, con la voz persona, se quiere decir algo más, se apunta en manera más clara y con mayor énfasis a la dignidad del ser humano, porque alude implícitamente al hombre en cuanto está dotado de libertad para proponerse a sí mismos fines y para decidir la dirección de su conducta, con vista a la realización de tales fines; en suma como ser responsable ante sí mismo y ante los demás de su propia conducta, loable desde el punto de vista moral y social.

¹ ATIAS, CHRITIAN, *Les personnes*. París, 1985, p, 14

El Código civil dice que son personas físicas los individuos que adquieren capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte; pero desde su concepción tienen derecho a la protección de la ley. Con la anterior el concepto jurídico "persona" en cuanto sujeto de la relación, es una noción de la técnica jurídica; pero su constitución obedece a una necesidad lógica formal y a la vez a una exigencia imperiosa de la vida del hombre que vive en relación con sus semejantes. En la medida en que esas relaciones humanas interesan al derecho, la persona humana se convierte en persona en el mundo de lo jurídico, como sujeto de derechos y obligaciones. El derecho ha constituido un instrumento conceptual que se expresa con la palabra "persona" instrumento creado en función del ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico aquella porción de fines de su existencia que el derecho se ha encargado de proteger, a través del ordenamiento jurídico.

El ser humano es un sujeto especialmente complejo por la diversidad de sus componentes genéticos, biológicos y culturales, porque tiene la capacidad de actuar racional e irracionalmente y porque dispone del imperativo que lo impulsa a trascender la naturaleza de la que forma parte. A diferencia de los miembros de otras especies, que se caracterizan por ser estáticos y plenos en su existencia, el hombre es la unidad natural dinámica e inacabada que se hace y des hace cotidianamente y determina su ser al trascender a través de sus semejantes.

Sobre estas ideas Recasens Siches afirma que la personalidad del individuo "es una especie de totalidad relativamente organizada de esos múltiples componentes o factores, pero no es una totalidad ya hecha, no es una cosa estática, sino que por el contrario, es una totalidad dinámica, siempre en un proceso cambiante, más o menos, pero indefectiblemente en movimiento"² La personalidad individual es una especie de continuo dinámico. Se puede, en principio, intentar descubrir los factores actuantes, la organización de éstos y su resultado en la personalidad de un individuo en un cierto momento. Pero lo que sea verdad respecto de un individuo en un cierto momento, puede ya no serlo respecto de otro momento.

4.1. 2. PERSONA Y SOCIEDAD Y DERECHO

Una de las características del hombre, es su tendencia a vivir en sociedad. Esto lo han observado diferentes pensadores, como Aristóteles en el siglo IV a. C., o Juan Jacobo Rousseau en el siglo XVIII d. C., en su libro "El Contrato Social".

Desde que el hombre buscó la ayuda de otros hombres, ya sea para cazar, defenderse o reproducirse, en ese momento surgió el ser social. De hecho, desde su época primitiva, por su tendencia natural para la sobrevivencia de la especie, el hombre vivió en pequeñas agrupaciones; se trataba de tribus nómadas, y sólo hace diez mil años, cuando se descubrió la agricultura, el hombre se torna sedentario y se empiezan a fomentar los primeros pueblos que no son más que agrupaciones mayores de seres humanos, que mediante la mutua cooperación pasan de mejor manera su existencia.

El hombre se diferencia de otros animales sociales, en que produce "algo" para la sociedad, ese "algo" es la capacidad de crear, de trabajar para el bien común, es el de crear instrumentos de trabajo que faciliten la labor y obtener más fácilmente sus satisfactores.

Cuando el hombre pasa de ser un animal solitario y salvaje a ser un animal social, suceden varias cosas que marcan el surgimiento de la sociedad. Hay mucha similitud entre el hombre y varios tipos de animales, por ejemplo, las abejas, las hormigas, etcétera, ambas formas sociedades, pero existen diferencias muy notables entre ambas, como son las de crear cultura y construir herramientas para el trabajo, mientras las otras construyen solo por instinto.

Las primera sociedades se construyeron bajo los siguientes principios:

- a) Respeto y protección mutua
- b) Medio de comunicación común.

² SICHES, Recasens, *Sociología*, Edit. Porrúa, México, 1963, p. 123

c) Cultura similar con todos sus símbolos, tradiciones, costumbres, etc.

d) Límite geográfico de dominio

Estos principios nos sirven para comprender de alguna forma las definiciones de la sociedad tales como:

“Una sociedad es el agregado organizado de individuos que siguen un mismo modo de vivir”, es también, “la unión durable y dinámica entre personas, familias y grupos mediante la comunicación de todos dentro de una misma cultura, para lograr los fines de la vida colectiva, mediante la división del trabajo y los papeles, de acuerdo con la regulación de todas las actividades a través de normas de conducta impuesta bajo el control de una autoridad”.³

Concebimos la sociedad como la organización de convivencia humana en la que cada persona está en posibilidad de realizar su identidad individual y su ser colectivo. En todas las formas sociales (familia, asociación, clase social, municipio, estado y comunidad internacional) destaca la interacción social como la forma determinante a través de la cual se generan relaciones entre hombres. La interacción social se puede entender como un fenómeno de influencia recíproca que comprende, por una parte, la acción que una persona dirige a un semejante con el objeto de provocar en éste una determinada conducta; y por la otra, la respuesta o reacción del destinatario de la acción. Esa respuesta puede ser la conducta esperada por el accionante pero también puede ser una diferente.

La palabra Derecho se deriva del vocablo latino *directum*, que significa dirigir, conducir, o rectitud, vivir de acuerdo con ciertas normas o reglas que se han trazado.

La mayor parte de nuestros actos de la vida diaria son regulados por medio de las normas jurídicas, aunque poco reflexionemos sobre en que cada momento realizamos actos regulados por el derecho.

El hombre se encuentra protegido por normas jurídicas desde que se encuentra en el claustro materno, al nacer, durante su vida, e incluso después de la muerte.

En el sentido más amplio, se llama Derecho al conjunto de normas sociales obligatorias que rigen la vida de un grupo humano y delimitan la esfera de acción dentro de la cual cada individuo puede ejercer sus facultades sin ser molestado por los demás. En tal sentido el Derecho se presenta como un sistema de reglas de conducta que establece una coordinación objetiva entre los actos de varios sujetos y que atribuye a cada uno de ellos una pretensión que los otros están obligados a satisfacer. Del Vecchio dice que “es efecto de la norma jurídica el atribuir a un sujeto una pretensión o exigencia frente a otro sujeto, el cual, por esto mismo, se le señala una obligación o sea un deber jurídico”.

Concebido en esta forma, El Derecho se resume en un conjunto de normas de convivencia social que determinan para los individuos exigencias y deberes recíprocos, ya que de un lado imponen a un sujeto una obligación, y de otro, conceden la facultad o pretensión correlativa a otro sujeto, estableciendo así un complejo sistema de interrelaciones humanas en el cual los individuos alternan en el ejercicio de facultades y obligaciones recíprocas.

El derecho señala, por medio de sus normas imperativas, un orden de posibilidades para la acción de los individuos, dentro del cual no pueden éstos ser obstaculizados por los demás. Esto naturalmente supone, para los individuos la obligación, de no desbordar los límites de su esfera de acción, pues de lo contrario chocarán con el legítimo impedimento de los demás.

Por eso se ha definido al Derecho como un instrumento para la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento.

De esta manera, el Derecho declara las condiciones en que ha de realizarse la vida social, al mismo tiempo que fija los hechos opuestos a estas condiciones como antecedentes para la sanción jurídica. Los individuos no pueden contrariar aquellas condiciones impunemente: siempre que lo hagan merecerán una pena, sufrirán la

³ ANDA, GUTIERREZ, Cuauhtémoc, *Introducción a las Ciencias Sociales*, Edit. Limusa, 1994, p. 27

acción sancionadora del Estado. De aquí que según la definición formalista y analítica considera al derecho como “un sistema de normas fundadas en principios éticos y susceptibles de sanción coercitiva, que regulan la organización de la sociedad y las relaciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ella, para asegurar en la misma el conseguimiento armónico de los fines individuales y colectivos”.

En este sentido, el Derecho es un instrumento de control social, como lo ha visto Fraga Iribarne, para quien “en toda sociedad existe un orden de control de las actividades de los individuos y de los grupos: un orden de control; es decir, una serie de procesos sociales que hacen al individuo responsable en relación con la sociedad, construyen y mantienen la organización social, forman la personalidad humana, socializando al individuo y permiten alcanzar un orden social mejor”. El Derecho es, pues, una tentativa de disciplina dentro del proceso de la vida social. Sus mandatos establecen un ordenamiento público en el que el posible conocer lo que van a hacerse y por quién en el campo de la conducta social.

Es tarea específica del Derecho la de organizar la sociedad del modo más racional y justo posible, eliminando hasta donde se pueda los motivos de fricción entre los ciudadanos. Dice Heller que “al Derecho, como valor suprapositivo de distribución y medida, le incumbe la función de ordenar rectamente la vida social, es decir, atribuir a todos sus miembros lo que, con referencia a un todo, les corresponde en facultades y obligaciones”. En otros términos, toca al Derecho establecer relaciones justas entre los individuos: realizar la justicia en la sociedad. Por eso se le ha llamado también la ciencia de lo justo.

4.1 .3. LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

La UNESCO definió a los derechos humanos como los valores que señalan lo que es natural y justo y que exigen aquellas condiciones de vida sin las cuales, en cualquier fase histórica dada en una sociedad, los hombres no pueden dar de sí lo mejor que haya en ellos como miembros activos de la comunidad, porque se ven privados de los medios para realizarse plenamente como seres humanos.

Desde las convenciones realizadas en 1965 por la Organización de las Naciones Unidas se han definido a los derechos humanos en función de los ámbitos económico, social, cultural, civil y político que requiere el hombre para su desarrollo. Sánchez Bringas, define los derechos humanos como “las prerrogativas del gobernado que el orden normativo establece para que el hombre disponga dignamente de las condiciones y oportunidades que requiere su existencia y desarrollo como persona”.⁴

El artículo 102 B Constitucional establece lo siguiente: “El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorguen el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

⁴ SANCHEZ, BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, Edit. Porúa, 1998, p. 606

El organismo que establezca el congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados.

Como podemos ver este precepto constitucional establece la competencia para que los Estados establezcan los organismos adecuados para la protección que el orden normativo establece para que el hombre disponga dignamente de las condiciones y oportunidades que requiere su existencia y desarrollo como persona.

El maestro Sánchez Bringas, “dice que al usar las locuciones derechos humanos, garantías del gobernado, garantías individuales nos referimos a las prerrogativas alcanzadas por los hombres frente al poder público personificado en la autoridad”.⁵ Son los derechos que los gobernados pueden oponer a los gobernantes con el fin de que se conduzcan de la manera dispuesta por las normas del estado. El niega que exista derechos naturales inherentes al hombre; En todo caso con esas expresiones se significan los valores individuales y sociales sobre el hombre, su dignidad y su desarrollo, pero no derechos.

Considera que la denominación derechos del gobernado es la más adecuada técnicamente porque en ella se comprenden no solamente los derechos humano, sino también aquellos, que protegen a otras personas jurídicas creadas por el derecho, como las sociedades anónimas, los sindicatos y las cooperativas. Además, es más afortunada que la denominación garantías constitucionales porque más que una garantía es un derecho y por que no siempre se encuentra consagrados en la constitución formal, pero permanentemente son prerrogativas que los gobernados hacen valer frente a los gobernantes.

Los derechos humanos son las prerrogativas del gobernado que consagran los valores del ser humano que socialmente han sido calificados como fundamentales. Así, todo derecho humano es derecho del gobernado pero no todo derecho del gobernado es derecho humano.

Toda constitución tiene dos partes perfectamente diferenciables: la parte orgánica y la parte dogmática. La primera contiene los preceptos referentes a la estructura y funcionamiento de la maquinaria estatal, a la integración de sus diferentes órganos, a la demarcación de sus competencias y a las demás cuestiones relativas a la organización de las múltiples instituciones que forman el aparato oficial del Estado. La segunda, en cambio, está formada por las disposiciones que declaran los principios generales relativos a la fuente y residencia de la soberanía, a los derechos y garantías de la personalidad, a las limitaciones del poder público y, en fin, a los fundamentos doctrinales en los que descansa la sociedad política. Las garantías individuales se contemplan dentro de ésta y comprende los primeros 29 artículos.

4.1. 4. LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Para conocer los orígenes de los derechos humanos en México es necesario remontarnos en la recién iniciada guerra de independencia, el 6 de diciembre de 1810, Miguel Hidalgo expidió en Guadalajara el conocido bando en que prohibió la esclavitud y estableció la pena de muerte para quienes mantuvieran sometidos a sus esclavos.

La Suprema junta nacional americana expidió en Zitácuaro, en 1811, los Elementos constitucionales elaborados por Ignacio López Rayón. En este documento se adoptaron las siguientes determinaciones: la protección a la igualdad, la libertad de

⁵ Idem. P. 607

imprensa, la inviolabilidad del domicilio, y la prohibición de la tortura y de la esclavitud.

Posteriormente el 14 de septiembre de 1813, en Chilpancingo, Morelos sintetizó su pensamiento humanista en el documento denominado Sentimientos de la Nación donde pugnó por la igualdad de los hombres ante la ley, la prohibición de la esclavitud y de castas y de la tortura, el respeto a la propiedad y la inviolabilidad del domicilio.

El 22 de octubre de 1814 fue expedido el Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana. Este documento, conocido como Constitución de Apatzingán, calificó de inalienables e imprescriptibles a los derechos como la inviolabilidad del domicilio y la propiedad, el reclamo de arbitrariedades e injusticias, la libertad de industria y comercio, la instrucción, la libertad de expresión y la de imprenta.

En este Reglamento provisional político del Imperio mexicano, de 1823, se reconocieron los derechos de libertad, propiedad, seguridad e igualdad ante la ley. También se consagró la inviolabilidad del domicilio y se prohibieron penas como la confiscación, el tormento y aquellas que trascendieran a la familia del reo.

En la constitución del 4 de octubre no se hizo declaración alguna sobre los derechos del hombre porque sus autores, congruentes con la original concepción del federalismo, consideraron que correspondía a los estados la determinación de esos derechos. Sin embargo, sentó las bases de algunos derechos de seguridad jurídica como tormento y la aplicación de leyes retroactivas.

En las Siete leyes constitucionales de 1836, Constitución centralista, se estableció en apartado bajo la denominación de derechos del mexicano, prescribiendo prerrogativas de seguridad jurídica como aquella que prohibió detenciones por más de tres días sin que el responsable remitiera al gobernado ante

la autoridad judicial. También proclamó el respeto a la propiedad, definió un procedimiento de expropiación y proscribió el ateísmo y los tribunales especiales.

En las Bases orgánicas de la República Mexicana, de 1843, documentó constitucional que mantuvo la forma de Estado centralista, se incluyó una declaración de derechos que reiteraba los previstos por las Siete leyes constitucionales de 1836.

La constitución de 1857 consagró las garantías de los gobernados (primer capítulo del primer título) en forma semejante a como lo hace la de Querétaro de 1917, sin embargo, a diferencia del positivismo de ésta, la Carta de 1857 se caracterizó por un señalado jusnaturalismo congruente con las ideas de los siglos XVIII y XIX, que evidenció en el texto de su artículo 1º, al expresar lo siguiente:

“...El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.”

Congruente con la tendencia ideológica en que se enmarca, la Constitución de 1857 estableció la igualdad formal ante la ley; prohibió los fueros y privilegios, especialmente, el militar y el eclesiástico; consagró importantes derechos de seguridad jurídica como las garantías de audiencia y legalidad. En lo que atañe a los derechos de libertad, entre otros proclamó las siguientes libertades: de pensamiento, de imprenta, de conciencia, de cultos, de enseñanza de asociación, de reunión, de trabajo, de libre tránsito y de domicilio. Asimismo, estableció las bases para hacer efectivos esos derechos individuales a través de la regulación sistemática del juicio de amparo.⁶

⁶ Idem, P. 602

4.1. 5. EL AMOR COMO ACTO DE BONDAD

Es importante definir qué papel juega el amor en el pacto conyugal (la boda) y en el matrimonio mismo durante la vida conyugal, es decir, si el vínculo jurídico nace del mutuo consentimiento, y el amor, por su parte, no deja de ser sólo un requisito para la felicidad matrimonial, o bien, si están íntimamente relacionados y el amor llega a ser materia de este vínculo jurídico.

Primeramente debe señalarse que lo normal es que los novios se casen por amor y que éste se transforme en conyugal con el matrimonio. No se hace referencia a la pasión o al sentimiento que comprendidos dentro del concepto del amor, no son los que comprometen a la pareja y hace que los cónyuges vivan el amor como fin del matrimonio. En el matrimonio está presente el amor como voluntad, por lo cual la pareja puede prometerse "amarse para toda la vida".

Por otro lado, conviene señalar que el matrimonio es el único camino por el cual el amor puede desarrollarse en toda su potencia y plenitud. Por el matrimonio, como un compromiso permanente y público de vida conyugal, el hombre y la mujer se entregan uno al otro sin reservas, en confianza y sabiendo que es para toda la vida: comprometen toda su capacidad de amar y el amor se puede realizar en plenitud.

"El amor es un acto de voluntad por el cual los novios deciden quererse con toda su capacidad. Lo típico de la relación conyugal es la comunicación sexual entre quienes son físicamente diferentes. La comunicación sexual se da totalmente en cuerpo y espíritu, en su esencia y en su existencia, de donde se deriva la singularidad, la exclusividad, del matrimonio y su permanencia."⁷

⁷ CHÁVEZ, ASECIO, Manuel, *Matrimonio, compromiso jurídico*, Edit. Mcgrohw Hill, 1990, p. 45

En el matrimonio existe también un compromiso de amor. Se han comprometido a quererse, han decidido libremente quererse, es decir, deberse el amor mutuamente. Hay una deuda de amor recíproco. Se comprometen a deberse amor y unidad conyugal. Se exigen mutuamente el amor conyugal, lo que constituye una relación de justicia. Esto no significa que el amor pueda exigirse ante los tribunales: es una deuda interconyugal, que en lo íntimo se satisface y se cumple.⁸

El Código Civil orienta las relaciones sexuales a la procreación de la especie y previene que cualquier condición contraria a su perpetuación, se tendrá por no-puesta. La legislación se refiere, fundamentalmente, a la parte del amor conyugal que se expresa en la relación génito-sexual.

El amor conyugal está íntimamente relacionado con la promoción humana. Los cónyuges son dos, pero el amor es uno y su dinamismo hace que se busque el bien del otro. Esta búsqueda amorosa hace posible la ayuda mutua y una complementariedad cada vez mejor. Los cónyuges se educan, elevan y enriquecen tanto en los aspectos humanos como en la conciencia y su propia responsabilidad.

⁸ Ibidem

4.2. EL MATRIMONIO

4.2.1. DEFINICION Y EVOLUCION DE LA FAMILIA

La familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social. Como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace posteriormente en el de la familia que hace.

El origen de la familia es anterior al derecho y al hombre mismo. Los sociólogos han encontrado que entre los antropoides se produce una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra, a partir de la unión sexual.

Entre los pueblos primitivos, constituidos por tribus o clanes cazadores y trashumantes, la familia normalmente está construida por un varón y una o más hembras e hijos y a veces, por unos pocos primates que se agregan al pequeño núcleo de personas, formado por los padres y los hijos, que a cambio de obtener protección y ayuda del jefe del núcleo, colaboran en las labores propias de pastoreo y de la caza.

En los grupos sedentarios, constituidos por tribus o clanes que en cierta manera son independientes entre sí, se dedican a las labores de pastoreo y de la caza, y además al cultivo de la tierra (agricultores). En ellos los lazos de cohesión o de parentesco entre los miembros del grupo, se consolidan y se expanden un poco porque a la motivación de orden simplemente biológico o económico se agrega un dato de orden religioso. Los miembros de un clan pretenden descender de un antepasado común lejano, que puede ser un animal o una planta (*totem*), al que prestan adoración y alrededor del cual, todos los miembros del clan se consideran entre sí parientes.

Estos grupos tribales que se han asentado en un lugar para desarrollar un cultivo agrícola, tienen un habitáculo permanente, en donde se dice que reside el espíritu del *tótem* y los ancestros venerados por el fuego sagrado del hogar.

En Roma, la familia se organizó bajo un régimen patriarcal monogámico, en el centro de la cual se colocaba la autoridad del marido, fundada en el culto a los muertos. El pater familias, era a la vez, sacerdote del culto doméstico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia. El jefe de la familia era el único dueño del patrimonio familiar. En virtud de la *manus*, ejercía potestad absoluta sobre su mujer, los hijos, los hijos adoptivos y aun sobre los servidores domésticos. La familia romana constituía así una unidad religiosa, política y económica que se fundaba en el parentesco civil o en la *agnación*.

“La familia moderna está formada por los progenitores y su prole, el padre, la madre, los hijos y los nietos que habitan con ellos. Fuera de este grupo ya no subsiste, por lo menos con el mismo rigor, el antiguo lazo de la familia extensa. Los efectos principales derivados de la relación de familia constan en el derecho a alimentos, entre parientes próximos, el derecho a la sucesión legítima y en la prohibición para contraer matrimonio entre ascendientes o entre colaterales dentro del tercer grado en línea colateral desigual (tíos, sobrinos) y sin limitación alguna en la línea recta. Ascendente o descendente, ya sea, por consanguinidad o por afinidad”⁹.

La familia moderna se caracteriza por ser una institución fundamental fundada en una relación sexual, suficientemente precisa y duradera, que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos.

Da lugar a un conjunto de deberes y derechos entre los cónyuges y entre los padres y los hijos. Atribuye a los miembros de la familia el derecho a usar el nombre patronímico que corresponde a cada grupo familiar; de esta relación deriva una cierta estructura económica que regula los bienes de los consortes y que permite la

manutención y educación de los hijos. Esta unión permanente entre los cónyuges, se ubica en un hogar conyugal.

De esta manera, el término familia tiene diversas acepciones, ya que su significado dependerá del ángulo en el cual se coloque el estudioso para reflexionar científicamente sobre ella como la institución y así conocerla. En este sentido, el concepto de familia no será el mismo si ésta es enfocada desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de su evolución histórico social, o bien en su razón de sus efectos, entendidos éstos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros.

CONCEPTO BIOLÓGICO

Es definido como “el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación”¹⁰.

La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

CONCEPTO SOCIOLÓGICO.

Este es un “concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares”¹¹.

En algunos casos, como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada “familia nuclear”, que se encuentra formada exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. Estos, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva, y aunque viven separadas, se encuentran engranadas, de una forma típica, en redes alargadas

⁹ GALINDO, GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, Edit. Porrúa, México 1997, P.454

¹⁰ BAQUEIROS, ROJAS, Edgar, *derecho de familia y sucesiones*. Edit. Harla. México 1994, P 8

de familiares por diversas partes. En conclusión para el concepto sociológico la familia es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

CONCEPTO JURÍDICO.

El concepto jurídico “atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y a la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos, efectos esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros”¹².

Desde esta perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen partes de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidos por la ley hasta determinado grado o distancia. Así en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco y sus efectos solo se extiende hasta el cuarto grado, como lo considera nuestro derecho civil vigente.

El concepto jurídico de familia sólo la considera a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. El concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

De aquí que, atiende exclusivamente a los derechos y deberes que crea y reconoce la ley. La unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son

¹¹ Ibidem

¹² Idem p. 9

familia desde el punto de vista jurídico, para que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.

Nuestro Código Civil no define ni precisa el concepto de familia. Fundado en una concepción individualista. Sólo señala los tipos, líneas y grados del parentesco y regula las relaciones entre los esposos y parientes.

FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA

El derecho de familia es “definido como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación.

Partiendo de este concepto se observa que los hechos biosociales regulados por el derecho son exclusivamente aquellos que se derivan de las instituciones matrimonio, concubinato y filiación, de aquí que se afirme que ellas constituyen fuentes, tanto de la familia como del derecho de familia”¹³.

Además de estas cuatro instituciones matrimonio, concubinato, filiación y adopción el derecho de familia regula otras como el patrimonio familiar, la sucesión y la tutela. Esta última puede darse también fuera del ámbito familiar, de modo que algunos autores la consideran casi o para-familiar. “En general, pueden señalar tres grandes conjuntos de fuentes”¹⁴.

1. Las que implican a la unión de los sexos, como el matrimonio y el concubinato
2. Las que implican a la procreación, como la filiación, matrimonial y extramatrimonial y la adopción.

¹³ Idem p 10

¹⁴ Ibidem

3. Las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia como la tutela y el patrimonio familiar.

4.2.2. DEFINICIÓN DE MATRIMONIO

Para poder definir el matrimonio, es necesario recordar que este término implica dos acepciones:

1. Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.
2. Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Tomando en consideración lo anterior el matrimonio puede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

“El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: Como ACTO JURÍDICO y como ESTADO PERMANENTE de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio”.¹⁵

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

¹⁵ GALINDO, GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. P. 493

“El conjunto de deberes y facultades, obligaciones y derechos que constituyen ese complejo de relaciones jurídicas matrimoniales, mismas que para ser realizados requieren esfuerzo de ambos cónyuges.

Estas finalidades exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras subsiste el lazo conyugal. Por otra parte esta colaboración y coordinación de intereses, encuentra en el derecho los medios para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas, la solidez y permanencia de la unión entre los consortes”¹⁶.

Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituye el estado.

4.2.3. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO

La importancia de la unión en la pareja y la consecuente procreación de los hijos (que da origen a la organización familiar, base y fundamento de la sociedad) ha motivado que se le preste especial atención desde el punto de vista religioso como desde la perspectiva jurídica. Por tal motivo, sin regresarnos a tiempos prehistóricos nos remontaremos a periodos lejanos y tomaremos como punto de partida el origen de la reglamentación jurídica del matrimonio, como antecedente de la actual.

En Roma, el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos, de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de la pareja, a la que el Estado otorgaba determinados efectos. En un

¹⁶ Ibidem

principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio: solo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja.

La celebración a propósito del acto era frecuente pero ésta revestía de carácter religioso, no jurídico. Con ella comenzaba el nuevo estado, aunque tal ceremonia tampoco fuera indispensable; de aquí que hubiere varias formas de iniciar el matrimonio: desde la ceremonia de la *confarreatio* y la *coemptio*, hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o la ausencia total de formalidades en el matrimonio por *usus*.

Con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y el registro de la ceremonia en actas parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato. Pero no obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio (como lo estableció el *Concilio de Trento*) la iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado (*rato*) del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges. Así se daba el caso de que no obstante haberse celebrado el matrimonio, no hubiera tal por no existir la relación sexual, circunstancia que lo colocaba como matrimonio *ratum vel no consumatum*.

A partir de las peculiaridades de esta evolución, Carlo Jemolo Hace una distinción entre matrimonios constituidos y matrimonios celebrados. Para él, los matrimonios constituidos son aquellas uniones que conforman un género de vida, independientemente de ser precedidos o no por ceremonias, y son matrimonios celebrados a las uniones precedidas por ceremonias creadoras del vínculo, sin que sea necesario, para que existan los derechos y deberes consiguientes, que a la celebración siga una relación carnal en la pareja o un estado de convivencia.

Para algunos países que la adoptaron, esta distinción entre dos tipos de matrimonio hizo prevalecer el matrimonio celebrado desde el Concilio de Trento, un sistema de legislación civil. Tal fue el caso de España (y consecuentemente de sus colonias) en

virtud de un decreto de Felipe II y, para otras naciones, el reconocimiento de efectos al matrimonio religioso, como en el caso de Italia, al mismo tiempo de la celebración laica.

Con la Revolución Francesa, por primera vez se efectúa la laicización del matrimonio, de modo que el único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia o bien ante los funcionarios del estado civil.

“En tiempos recientes se ha tratado de retornar al tipo de matrimonio constituido. Así lo reglamentan, entre otros Cuba, algunos Estados de los Estados Unidos de América, y el Estado de Tamaulipas, en México, con el llamado matrimonio por comportamiento”.¹⁷ En el fondo no se trata sino de reconocer al concubinato los mismos efectos que al matrimonio celebrado con las formalidades legales. Resulta similar han venido a tener las últimas reformas al Código Civil vigente para el D.F., al igualar a los concubinatos con los casados, en los derechos a la sucesión y a los alimentos.

EPISTOLA DE MELCHOR OCAMPO

“ Se pregunta a cada uno de los consortes si, expresándolo por su nombre, es su voluntad unirse en matrimonio con el otro. Contestando ambos, por la afirmativa, se procede a leerles los elementos esenciales del matrimonio haciéndoles presente que formalizada ya la franca expresión del consentimiento y hecha la mutua tradición de las personas queda perfecto el matrimonio y textualmente se lee el texto siguiente:

Que este es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse así mismo para llegar a la perfección del género humano. Que éste no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Que los casados deben ser y serán sagrados el uno para el

otro, aún más de lo que es cada uno para sí. Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer, protección alimento y dirección, tratándola siempre como la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la sociedad se le ha confiado. Que la mujer cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo. Que el uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura, y ambos procurarán que lo que el uno se esperaba del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión. Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas. Que nunca se dirán injurias, porque las injurias entre los casados, deshonoran al que las vierte, y prueban su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratarán de obra, porque es villano y cobarde abusar de la fuerza. Que ambos deben prepararse con el estudio, amistad y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia, para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. Que la doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su efecto, hará su suerte próspera o adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o el castigo, la ventura o la desdicha de los padres. Que la sociedad bendice, considerar y alaba a los buenos padres, por el gran bien que les hacen dándoles buenos y cumplidos cuidados; y la misma, censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño, por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último, que cuando la sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de padres, sino que sólo debían haber vivido sujetas a tutela, como incapaces de conducirse dignamente, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse por sí mismos hacia el bien”¹⁸.

¹⁷ BAQUEIRO, ROJAS, Edgar. Ob.Cit.P.19.

¹⁸ TENA, RAMIREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, Edit. Porrúa, México 1994, pp 644-645

La epístola en mención es todo un tratado de ética y buenos deseos, no cabe duda que el ilustrísimo Melchor Ocampo quiso dejar un mensaje de moralidad y buenos consejos de cómo vivir. Sin embargo en la actualidad no se ajusta a los acontecimientos cotidianos.

Para la época en que se estableció pudo ser funcional sin embargo, en la actualidad ninguna esposa esta dispuesta a ser la abnegada y sumisa esposa. Por otra parte no estoy de acuerdo con las atribuciones que se hacen de la mujer en lo referente a que la mujer cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende. Tal parece que la persona que se casa, se convierte en una cosa, nos hace ver como incapacitadas mentales y las mujeres somos muy capaces y competentes en diferentes ámbitos y no se trata de ver quien es más competente o más fuerte porque tanto el hombre como la mujer somos un complemento sin embargo con esta carta, atribuye al hombre aptitudes de omnipotencia simplemente cuando dice que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer, protección alimento y dirección, tratándola siempre como la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la sociedad se le ha confiado.

Se puede observar en el pensamiento del ilustrísimo la imposición del hombre porque ya desde entonces la mujer tenía que someterse a los deseos de esté coartando así su derecho de libertad. Es por ello que resulta sumamente difícil romper con esos paradigmas y patrones de conducta machistas que vienen desde antaño.

4.2.4. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

En el derecho Civil diversos autores discuten sobre la naturaleza jurídica del matrimonio y dentro de sus conclusiones el matrimonio es considerado de la siguiente forma:

A) Como Contrato. Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes.

Planiol y Ripert reconocen que aun cuando el matrimonio es una institución constituyen un acto complejo, tiene carácter contractual. Sin embargo admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta.

En contra de la tesis de que el matrimonio es un contrato, tenemos las opiniones de Ruggiero y Bonnecase. El primero se expresa así:

“Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquel un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto que todo negocio bilateral sea un contrato, aunque los contratos constituyen la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las normas que no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el

contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley, la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aun en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo consentimiento; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista”.

Bonnecase, considera que en el matrimonio no se cumplen las reglas que lo caracterizan como un contrato, ni menos aún existe el principio de la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución.

En cuanto a los efectos del matrimonio, encuentra el citado autor que hay una diferencia aún radical, si se le compara con el contrato, pues el principio de la autonomía de la voluntad que domina sin excepción las consecuencias de los contratos, no tiene ninguna aplicación en materia matrimonial. Los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio, estipulando derechos y obligaciones distintos de los que imperativamente determina la ley. Carece de valor cualquier pacto que los contrayentes estipularen para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio.

El artículo 130 constitucional y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, se refieren al matrimonio calificándole de contrato; es decir, de un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos. Esta posición doctrinaria es criticada ya que el contrato de matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico, el objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio. Si se juzga el matrimonio como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges, no puede ser objeto de un contrato, ya que en los

contratos, la voluntad de las partes es la que, dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas.

Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y las obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos en la ley.

B) Como Contrato de Adhesión. Se ha sostenido que el matrimonio es un contrato de adhesión toda vez que en el matrimonio participan las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consorte no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Situación semejante se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados.

En tanto que, en el matrimonio ninguna de las partes por si misma, puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil.

C) Como Acto Condición. León Duguit, define acto condición como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permite su renovación continua. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite que la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

En el acto condición los efectos jurídicos del acto se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece. Sin embargo, en el matrimonio putativo que es aquel celebrado de buena fe por ambos consortes, pese a que el acto es nulo, se producen todos los efectos del mismo, a favor de los hijos o a favor del cónyuge de buena fe, como se hubieran reunido todas las condiciones establecidas por la ley para la validez del acto.

D) Como Acto de Poder Estatal. Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

El matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho, en los sistemas que le niegan a aquél efectos jurídicos.

El estado matrimonial tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia del matrimonio, a sus efectos y a su disolución, pues aun cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en común; sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de convivencia que existe entre los esposos.

Para Cicu, el matrimonio es simplemente un acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del Juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en

nombre de la sociedad y de la ley. Se olvida que no basta el pronunciamiento del juez del Registro Civil, sino que se requiere también la declaración de voluntad previa de los contrayentes. El estado no puede imponer, por un acto unilateral soberano, los deberes, ni hace nacer entre los cónyuges, las obligaciones propias de los consortes.

E) Como Acto Mixto o Complejo. En el que concurre la voluntad de los consortes y la voluntad del estado, algunos han pretendido explicar el carácter jurídico del matrimonio pero este punto de vista sólo es aplicable a la celebración del matrimonio; pero es deficiente para dar razón no sólo del acto de la celebración, sino del acto mismo matrimonial.

El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el oficial del Registro civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

F) El matrimonio es un Institución. Significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo. Para él, el enlace entre las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades.

Para Hauriou, La institución es “una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del

grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos”.

El matrimonio como idea de obra significa la comunión finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social.

En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la institución, desde el matrimonio por raptó.

La tesis de Hauriou aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativamente a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma.

Para Bonnacase, el matrimonio es una institución y dentro del concepto de institución se explica no sólo la celebración del mismo, sino todos los efectos jurídicos que nacen *ex lege* del acto y del estado propiamente dicho. La institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, dice Bonnacase esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los esposos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho.

En síntesis, los diversos autores, distinguen en el matrimonio estas características:

1. Es un acto solemne
2. Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la voluntad de las partes y del Estado
3. Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil
4. En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.
5. Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
6. Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

Coincido con la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el que participa el Oficial del Registro Civil, convirtiéndolo también en un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer y crea un vínculo permanente del mismo y que requiere para su existencia que se levante el acta matrimonial en el libro correspondiente.

4.2.5. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN ECLESIAÍSTICA

Para el derecho Canónico "el matrimonio es un sacramento en el cual los esposos son los ministros del acto y en el que interviene el sacerdote como testigo

de su celebración con objeto de asegurarse la ejecución de las disposiciones del derecho canónico, a efecto de registrar el acto mismo”.¹⁹

Independientemente de la naturaleza sacramental del matrimonio canónico, para el derecho de la iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran entre sí los cónyuges, por libre y espontánea voluntad.

El amor conyugal cristiano no es sólo la atracción sexual, es mucho más voluntad de honrarse recíprocamente. “La participación sacramental da a los cónyuges mayor unión y de esta manera marido y mujer, que por el acto conyugal ya no son dos sino una sola carne con la unión íntima de sus personas y actividades, se ayudan y se sostienen mutuamente, adquieren conciencia de su unidad y la logran cada vez más plenamente”²⁰.

1. FORMA JURIDICA DEL MATRIMONIO

El consentimiento libre y deliberado de los contrayentes es la verdadera causa del matrimonio. Sin consentimiento de ambos no hay vínculo conyugal. “No basta, que los novios en sus casas o de manera privada se tengan por casados por mucho amor que se sientan el uno por el otro. Según la ley el consentimiento tiene que manifestarse de forma pública, es decir generalmente ante un ministro sagrado siempre que estén debidamente autorizados y dos testigos cualesquiera”²¹.

Es necesario distinguir entre las solemnidades litúrgicas que normalmente acompañan a la manifestación del consentimiento y la forma jurídica. “Las ceremonias o actos religiosos que suelen realizarse con motivo de la boda como, por

¹⁹ VID, MAGALLÓN, Jorge, *El Matrimoni, Sacrament*, Edit. Editora Mexicana, 1965, p. 128

²⁰ Ibidem

²¹ MOLINA, MELIA, Antonio, *Los matrimonios que nunca existieron*, Edit. Instituto mexicano de doctrina social cristiana, México 1998, p 114

ejemplo, la santa misa, lectura de los evangelios, la bendición del sacerdote o la recepción de la sagrada eucaristía no son propiamente la forma jurídica necesaria para estar casados²².

La forma jurídica ordinaria, consiste en manifestar el consentimiento.

- a) "A requerimiento o a petición del párroco (u otro sacerdote o diácono autorizados) que debe intervenir sin coacción de nadie, es decir de propia iniciativa. Además, la iglesia de la boda debe hallarse dentro de los límites parroquiales. Su presencia activa debe ser legítima, o sea que no se hallen incursos en censura (no estar excomulgados o suspendidos).
- b) Además hace falta la presencia simultanea de dos testigos mayores de edad que tengan uso de razón y se percaten del sentido y valor del acto que se está celebrando en su presencia.

Si falta alguno de estos elementos el matrimonio resulta invalido. Este sería el caso de que por ejemplo, no estuvieran presentes los testigos, o el ministro sagrado que actúa no estuviera facultado o se encontrara fuera de los limites territoriales de su jurisdicción²³.

2. LA FORMA JURÍDICA EXTRAORDINARIA.

La forma jurídica extraordinaria consiste "en que por razones graves (como peligro de muerte, persecuciones religiosas o largas distancias) se permite el matrimonio celebrado sólo ante dos testigos, ya que no puede acudir ningún sacerdote autorizado.

En relación con esta última forma hay que recordar que excepcionalmente, se tiene por válido el matrimonio celebrado por católicos ante el juez civil. Es decir, aveces el matrimonio contraído civilmente es valido también para la Iglesia católica. Por tanto, ese matrimonio así contraído es sacramental, aun cuando no

²² Ibidem

²³ Ibidem

se celebra ninguna ceremonia religiosa, por que el sacramento consiste en las mismas palabras que pronuncian los novios al casarse legítimamente, tal como lo autorizan las normas de la Iglesia Católica. Ese matrimonio civil sólo tiene valor para la Iglesia en las circunstancias excepcionales antes mencionadas. Fuera de ellas no tiene ningún valor, si se trata de personas católicas”²⁴.

OBLIGADOS A LA FORMA CANÓNICA

Están obligados a casarse por la Iglesia todos los católicos y si el católico no se casa según la norma de la Iglesia, ésta lo tiene por soltero y lo considera como unido irregularmente y en estado de pecado grave. Desde el punto de vista subjetivo

4.4.6. EFECTOS DEL MATRIMONIO

Tradicionalmente, los efectos del matrimonio que hacen al estado matrimonial se han dividido en:

- A) Efectos respecto de los cónyuges
- B) Efectos respecto de los hijos
- C) Efectos respecto de los bienes.²⁵

A) Respecto de los cónyuges, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio son iguales para ambos, y recíprocos. Los principales se agrupan en:

²⁴ Idem P. 116

²⁵ Ob. Cit, P. 22

1. - Derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación,
2. - El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente,
3. - El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos.
4. - El derecho y obligación de alimentos, con la facultada de exigir asistencia y ayuda mutua.

1. - El derecho a exigir una vida en común, con la obligación de habitar bajo el mismo techo, es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir con los fines del matrimonio. La vida en común implica una relación jurídica fundante, por que si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas.

El deber de cohabitación constituye la esencia del matrimonio; implica un género de vida en común que no podría realizarse si cada esposo pudiera vivir por separado. Obliga a que ambos vivan bajo el mismo techo y compartan mesa y lecho, hechos que ponen de manifiesto la convivencia conyugal.

Al respecto, el Código Civil, para el D.F. dispone que los esposos deben vivir en el domicilio conyugal y todo pacto en contrario se opone a los fines del matrimonio y es por lo tanto, nulo. La cohabitación es un deber y un derecho de un cónyuge y obligación del otro, recíprocamente. El Código Civil no prevé el caso de que uno de los cónyuges impida al otro acceso al hogar previamente establecido; tampoco prevé el medio de obligar al ausente a incorporarse al domicilio común. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que el uso de la fuerza sería contrario a la dignidad humana, ya que el matrimonio no podría restringir la libertad de cualquiera de los cónyuges, obligándolo a convivir sin su voluntad al lado del otro.

3. - Otro derecho en el matrimonio es el relativo a exigir el cumplimiento del débito carnal. Se trata de una forma sui-géneris que solo puede existir, como es

evidente, en este tipo de relación intersubjetiva, ya que cada uno de los sujetos está facultado

4. para interferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima, que impone la relación sexual. No sólo se trata de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en que términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad.

Debe prevalecer el interés de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo general impuesto por el artículo 162, para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines. En algunas definiciones, tanto de la doctrina como de la ley, se señala la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

El débito carnal es pues el principal y más importante efecto del matrimonio; constituye su esencia, pues implica los actos propios para la perpetuación de la especie, considerada por nuestro Código Civil como uno de los fines primordiales del matrimonio. Por lo que cualquier pacto en contrario se tendrá por no puesto.

Los cónyuges deben decidir de común acuerdo el número y esparcimiento de los hijos. La ley no prevé la solución en caso de controversia; No se puede obligar a ninguno de los esposos a tener más hijos de los que individualmente desee aunque el otro pretendiera un número mayor.

El amor no puede ser regulado jurídicamente y por lo tanto, cada pareja es libre de practicarlo de la forma que lo juzgue pertinente. Sin embargo la negativa al trato carnal entre los cónyuges se ha considerado como una injuria grave que es sancionada con el divorcio.

3. - El derecho a exigir fidelidad, y la obligación correlativa impuesta, implica fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio sí implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. No sólo existe, una relación con el deber correlativo, la prohibición de realizar el adulterio, con la sanción penal correspondiente y la civil relativa al divorcio, pues podemos encontrar aquí diferentes grados y, por lo tanto, distintas formas de incumplimiento. El adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilicitud por lo que se refiere a ese deber, además, no sólo se comprende el aspecto estrictamente jurídico, sino también y de manera fundamental, el aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica.

4. - El deber de ayuda mutua es correlativo al deber de convivencia. Implica el deber de socorro que ha de existir entre los esposos. El contenido primordial del socorro reside en la obligación alimentaria recíproca. Para cumplir con él. Los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, de la forma que libremente establezcan según sus posibilidades. El monto de lo aportado a tal sostenimiento no altera la igualdad que debe existir en relación con la autoridad familiar, aun en el caso de que uno solo de los esposos aporte la totalidad de los gastos, por convenio o por encontrarse el otro imposibilitado de trabajar y no contar con bienes propios. La ley concede derecho preferente a los cónyuges sobre los ingresos del otro para el sostenimiento de la familia.

La ayuda mutua igualmente implica la administración de bienes comunes, y sólo requerirá el administrador la autorización del otro para los actos de dominio, disposición y gravamen. Cada uno es libre administrador de sus bienes propios sin que puedan cobrarse los servicios que al efecto se presten. Dentro del matrimonio, los esposos gozan de autoridad, derechos y obligaciones iguales, por lo que en nuestro sistema jurídico actual se desconoce la autoridad familiar que en otros sistemas se concede al marido.

Cualquiera de los cónyuges puede oponerse a las actividades del otro cuando vayan en contra de la moral y estabilidad de la familia.

B) Efectos respecto de los hijos. Los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista: a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos; b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, y c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

a) El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo. El artículo 324 del CCF. dispone "Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

b) Legitimación de los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres. Los artículos 354 a 359 regulan esta importante consecuencia, que en nuestro derecho sólo puede obtenerse por el matrimonio y no por un decreto del Jefe del Estado.

c) Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad. En nuestro derecho, a diferencia de otras legislaciones el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo a favor y a cargo de los padres y abuelos, sea legítimos o naturales. Por este motivo, nuestro Código civil al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad de hijo legítimo o natural, sino que confiere ese poder al padre y madre, a los abuelos paternos y a los abuelos materno, conforme al orden reconocido en el artículo 420 del CCF, es decir, primero a los padres, a falta de ellos, a los abuelos paternos y en su defecto a los abuelos maternos. En los artículos 415 a 418, expresamente el Código regula el ejercicio de la patria potestad para el caso de hijos naturales. Por consiguiente, el matrimonio sólo viene a establecer una

certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, respecto de los hijos legítimos.

- C) Efectos respecto de los bienes. El matrimonio no solamente produce efectos en cuanto a las personas de los cónyuges y a los hijos de éstos, también los produce sobre el patrimonio de los cónyuges es decir, sobre los bienes que pertenecen o que llegan a pertenecer a los consortes.

“EFECTOS DEL MATRIMONIO EN CUANTO A LOS BIENES²⁶”

- A) El de separación de bienes y
- B) El de sociedad conyugal.

El artículo 98 fracción V del Código Civil Federal exige que con la solicitud del matrimonio se presente el convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran después. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes en consecuencia, la ley no presume ningún sistema sino que es obligatorio convenirlo expresamente. El juez de Registro Civil no deberá proceder a la celebración del matrimonio si no se cumple sin este requisito previo de fundamental importancia.

DISPOSICIONES COMUNES A LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES EN CUANTO A LOS BIENES²⁷.

El artículo 178 del CCF. dice que el contrato de matrimonio debe celebrarse según el régimen de la sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes en

²⁶ Ob Cit P 337

²⁷ GALINDO GARFIAS , Ignacio, Op. Cit. P 5970

consecuencia expresamente la ley considera que por lo que se refiere a los bienes, los consortes deberán celebra un contrato pactando uno u otro sistema.

A la situación jurídica de los bienes de los consortes, ya se trate de separación de bienes o de sociedad conyugal, se denomina régimen matrimonial y a los pactos o convenios que lo establecen, se les llama capitulaciones matrimoniales.

OTROS EFECTOS.

En nuestra legislación civil el matrimonio produce otros efectos, además de los cuatro fundamentales ya mencionados. Tales efectos son: La emancipación de los menores de edad, la adquisición de la nacionalidad mexicana, la de sucesión, la tutela legítima del cónyuge que caiga en interdicción, la suspensión de la prescripción mientras dura el matrimonio, la necesidad de autorización judicial para contratar entre los cónyuges, las prestaciones derivadas de la seguridad social, la potestad marital, el mandato conyugal tácito, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar distribuyéndose las cargas en la forma y proporción que para ese efecto ellos acuerden, y siempre que no se dañe la moral o la estructura de la familia. Podrán desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria o comercio que les acomode. Ambos podrán oponerse a que su consorte desempeñe las actividades mencionadas si estas son inmorales o dañaren la estructura de la familia.

4.2.7. DEFINICIÓN DE DIVORCIO

La voz latina *divortium*, evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico, "el divorcio significa la disolución del vínculo

matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial²⁸. En cualquier caso, la resolución que decreta la ruptura del vínculo matrimonial, debe ser pronunciada cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consortes, ya sea porque ha quedado lo probada en el juicio la existencia de hechos en tal manera graves que considerados en la ley como causa de divorcio, han provocado la ruptura de ese consenso necesario para mantener el vínculo (divorcio contencioso o necesario) o porque marido y mujer están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio por mutuo consentimiento).

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los consortes, declarada por una autoridad competente y por alguna de las causas expresamente establecidas en la ley.

Divortium deriva de *divertere*, irse cada uno por su lado.

La ley, prevea la consideración de que para las causas en ella establecidas, no es jurídica o moralmente posible que subsista la vida en común entre los consortes establece la posibilidad de la ruptura del vínculo que une a marido y mujer, aún cuando la intención de los consortes al celebrar el matrimonio es la de que subsista la vida conyugal.

El divorcio aparece en sus orígenes más remotos, como el derecho del varón a separarse de su consorte en ciertos casos: adulterio, esterilidad de la mujer. En el derecho romano, la *Confarreatio* podía disolverse por medio de la *difarreatio* que es un acuerdo de ambos cónyuges para disolver el vínculo.

Conforme a las ideas del catolicismo, que prevalecían en la edad media y que informan hasta hoy el derecho canónico, el matrimonio es un vínculo indisoluble.

²⁸ Ibidem

En el siglo XVI, la reforma protestante admite el divorcio en el caso de adulterio, abandono de hogar conyugal y aún por la simple voluntad unilateral de los consortes.

El Código Napoleón redujo las causas de divorcio en los casos de adulterio, sevicia y las injurias graves.

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1872 no admiten el divorcio vincular; sólo en estos casos especialmente establecidos autorizaban la separación de cuerpos entre los consortes.

La Ley de Relaciones Familiares del mes de abril de 1917, recoge en términos generales las disposiciones sobre divorcio que en el año de 1915 promulgó don Venustiano Carranza.

De acuerdo con las ideas de la Ley de Relaciones Familiares el Código Civil de 1928 permite la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio e introduce un procedimiento especial administrativo, el divorcio por mutuo consentimiento.

El divorcio es un remedio excepcional en situaciones especiales en que sólo es permitido en los casos en que el juez comprueba que por los graves disturbios entre los cónyuges, por enfermedades contagiosas de alguno de ellos o por mutuo consentimiento de los consortes, ha desaparecido entre ellos la *affectio maritalis*.

El divorcio puede ser vincular si produce la ruptura del vínculo conyugal y no vincular si sólo autoriza a los consortes, subsistiendo el lazo conyugal, para poder vivir separados (separación de cuerpos).

El divorcio puede ser: divorcio remedio, si las causas que lo producen no son imputables a culpa a ninguno de los consortes (enfermedad) o divorcio sanción, si la autoridad judicial pronuncia la disolución del vínculo, por causas imputables a la conducta reprobable a alguno de los cónyuges.

El divorcio puede ser: a) contencioso, y b) por mutuo consentimiento. En este último caso, el divorcio por mutuo consentimiento, puede ser tramitado en la vía administrativa, ante el juez del Registro Civil, Si los consortes son mayores de edad y no tienen hijos, si el vínculo ha durado más de un año y de común acuerdo liquidan la sociedad conyugal (divorcio administrativo). En otros supuestos, el divorcio por mutuo consentimiento, debe tramitarse en la vía judicial.

En los casos en que el cónyuge inocente solicite el divorcio, imputado a su consorte la realización de una conducta culposa, prevista en la ley como causa de divorcio, es necesaria una sentencia judicial que pronuncie el juez de lo familiar, en un proceso en forma de juicio ordinario civil (divorcio contencioso).

El juez competente para conocer y decidir del divorcio solicitado, es el del domicilio conyugal.

El divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial, se pronuncia a solicitud de ambos cónyuges que declaran su voluntad de divorciarse, previa la reiteración de la voluntad durante el proceso, en dos audiencias sucesivas que se celebran ante el Juez de lo Familiar, a quien corresponde la obligación de hacer ver a ambos consortes la trascendencia que para la familia y aún para la sociedad tiene tal determinación.

4.2.8. CAUSAS DEL DIVORCIO EN EL ESTADO DE MICHOACÁN

Las causas del divorcio pueden derivar de la culpa de uno o de ambos de los consortes o por devenir de otras razones, en las que no puede imputarse culpa a ninguno de ellos.

El artículo 226 del Código Civil del Estado incluye entre las causas de divorcio, unas, que operan de modo absoluto, sin sujeción a condición alguna, en tanto que otras, sólo dan lugar al divorcio, si se encuentran condicionadas por ciertas circunstancias que perturban gravemente la armonía conyugal. En estos casos el derecho deja a la estimación del juez, la calificación de la gravedad de la causa.

El artículo 226 del Código Civil del Estado de Michoacán señala que son causas de divorcio:

I. El adulterio comprobado de alguno de los cónyuges;

Como Causa de divorcio, el trato carnal de cualquiera de los cónyuges con quien no sea su consorte, no requiere que se configure el delito de adulterio. Para que proceda el divorcio por causa de adulterio, no es necesario que se reúnan los requisitos que exige el código penal (que se realice el acto sexual con escándalo o en el domicilio conyugal), basta la comprobación de la existencia de esas relaciones sexuales, en cualquier circunstancia, para tener por probada la causa de divorcio.

La fracción I del artículo 226 sólo exige la prueba del adulterio, pero no la condena penal previa, contra el cónyuge demandado declarándolo responsable del delito de adulterio. La prueba del adulterio en el juicio de divorcio ha de ser directa, objetiva, En ningún caso es admisible la prueba presuncional. Esta causal es absoluta. No requiere, sino la prueba objetiva del adulterio.

II. El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse éste y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

Pueden ser declarados ilegítimos los hijos concebidos antes del matrimonio, si nacen dentro de 180 días contados a partir de la celebración del matrimonio

III. El hecho de que el marido pretenda prostituir a su mujer, ya haciéndolo directamente, ya recibiendo dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de disimular o permitir que otro tenga relaciones sexuales con su mujer.

La degradación moral, que se evidencia en el marido al pretender prostituir a la mujer, pone de manifiesto la imposibilidad de que el matrimonio llene la función que está llamado a cumplir: la formación física y moral de la familia y esta causal opera de forma absoluta.

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge para que el otro cometa algún delito, aun cuando no sea de incontinencia carnal;

El peligro que entraña esta incitación, por la intimidad de la vida que existe entre los cónyuges, es motivo muy grave para disolver el vínculo y opera de forma absoluta.

V. Los actos inmorales que el marido o la mujer ejecuten para corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

Esta causal es tan grave y peligrosa como la prostitución de la mujer o la incitación a la comisión de un delito hecha por un cónyuge al otro. Su presencia desvirtúa la función del matrimonio y contradice en su origen la razón de ser de la subsistencia del vínculo matrimonial. Esta causa es absoluta.

VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica e incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable después de celebrarse el matrimonio.

Una de las causales no derivadas de la culpa es la que proviene de enfermedad contagiosa incurable de alguno de los cónyuges y la impotencia incurable para la cópula carnal.

La causa que ha dado origen al divorcio no es imputable al cónyuge que la originó, el cónyuge sano puede demandar el divorcio o solicitar del juez que suspenda su obligación de cohabitar con el cónyuge enfermo.

La impotencia incurable para la cópula como causa de divorcio debe haber sobrevenido después de celebrado el matrimonio.

Las enfermedades padecidas por uno de los cónyuges han de ser crónicas o incurables y además contagiosas o hereditarias.

VII. Padecer enajenación mental incurable;

Una de las causales no derivadas de la culpa es la que proviene de enajenación mental incurable.

Sobre este particular y puesto que la causa que ha dado origen al divorcio no es imputable al cónyuge que la originó, el cónyuge sano puede demandar el divorcio o solicitar del juez que suspenda su obligación de cohabitar con el cónyuge enfermo.

En este caso quedan subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Tratándose de la enajenación mental, ésta sólo requiere que sea incurable.

La acción de divorcio originada por enajenación mental incurable, sólo puede ser intentada por el cónyuge sano, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.

VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

La Suprema Corte de Justicia de la nación ha sostenido el siguiente criterio: la palabra "abandono" regida por las voces "domicilio conyugal" no puede referirse únicamente a la materialidad de la casa, de la morada que se habita, sino que, por una figura del lenguaje se toma el continente por el contenido, es decir, la morada que se habita, por el cónyuge y sus hijos tratándose por lo mismo de un abandono de personas, de cosas y de obligaciones, de un acto voluntario por el cual, por el cual uno de los cónyuges deja de prestar al otro y a los hijos, la protección y auxilio que natural y civilmente está obligado a prestarles. En consecuencia el consorte que, dejando al otro y a sus hijos, no cumpla con la obligación que legalmente le corresponda, abandona jurídicamente el domicilio conyugal.

DOMICILIO CONYUGAL. (Distinción entre domicilio conyugal y domicilio personal). Debe distinguirse entre domicilio conyugal y domicilio personal que el marido adopte o asigne para el ejercicio de ciertos derechos o cumplimiento de obligaciones, sin vivir en unión de su esposa, así cuando en un determinado caso el marido, por razón de sus negocios u ocupación que se establezca su domicilio personal en lugar distinto de aquél en que se encuentra la morada conyugal sin pedir o interpelar a su esposa para que vaya a acompañarle a su nueva residencia, seguirá siendo domicilio conyugal para los efectos legales inherentes al mismo, el primeramente establecido.

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge separado entable la demanda de divorcio;

Admitir que el cónyuge inocente pueda romper la comunidad de vida conyugal por sí mismo, unilateralmente sería tanto como aceptar la disolución de la vida en común, por la simple determinación de uno de los consortes. Al plazo de un año para presentar la demanda de divorcio concedido al cónyuge inocente que abandonó el hogar por causa justificada, ha sido establecido para dar lugar a una posible reconciliación de los cónyuges mediante el perdón del cónyuge inocente y para permitir, de una manera excepcional y sólo durante este lapso, una situación de separación entre los cónyuges, cuando la vida en común se ha perturbado, si puede quizá ser restablecida. La ruptura del vínculo jurídico, sólo puede tener lugar por una resolución de autoridad competente, ante la cual deberá hacerse valer la causa que dio lugar a la separación de hecho.

X. La declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga esto, que proceda la declaración de ausencia;

La declaración de ausencia legalmente pronunciada, no produce por sí sola, el efecto de disolver el vínculo conyugal, por esta razón se prevé la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por medio del divorcio, reconociendo como causa de él, la declaración de ausencia o la presunción de muerte legalmente pronunciada.

Esta causa de divorcio, se funda en la culpa del cónyuge cuyo paradero, se ignora, porque aparte de que es una abandono de los deberes conyugales, la desaparición del consorte ausente o presuntivamente muerto, ha provocado una situación grave de incertidumbre, cuyo mantenimiento el derecho no puede tolerar en perjuicio del otro cónyuge, de los hijos y aún de los terceros. Esta causa de divorcio opera de un modo absoluto.

La ruptura del vínculo conyugal, en los casos de ausencia o de presunción de muerte, sólo se produce si con base en la resolución judicial (presunción de ausencia o declaración de muerte) se intenta la acción de divorcio en un juicio que concluirá con una sentencia que declare expresamente la disolución del matrimonio.

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge por el otro; Comprende los malos tratos de palabra y de obra de uno de los cónyuges para el otro y toda palabra o actitud ultrajante de uno de los cónyuges para el otro y toda palabra o actitud ultrajante de uno de los esposos hacia su consorte que rompan el

mutuo respeto y la recíproca consideración a que están obligados en las relaciones mutuas, las cuales han de descansar sobre una sólida base de armonía, de comprensión y de consideración recíproca. La realización de los hechos que alude la fracción, no es causa absoluta de divorcio. Están sujetos a la apreciación del juez, quien deberá tomar en cuenta, la educación y cultura de los cónyuges y el medio social en que viven.

En este caso el Juez no sólo está autorizado par calificar la gravedad de la sevicia, las amenazas o las injurias, sino que está obligado a estudiar en su sentencia, si estos actos o palabras injuriosas, revelan una falta de consideración de un cónyuge hacia otro y por lo tanto, la ruptura efectiva de la armonía conyugal.

XII. La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 160 siempre que no puedan hacerse efectivos los derechos que les conceden los artículos 161 y 162;

La causal prevista en esta fracción comprende el caso de la negativa de uno de los consortes a ministrar alimentos a su consorte y a sus hijos.

La procedencia de la causal de divorcio, exige la demostración de dos requisitos fundamentales: en primer lugar la negativa injustificada del cónyuge demandado a cumplir con las obligaciones de contribución. Cooperación y asistencia que ordena el artículo 160 del mismo ordenamiento; y en segundo, que ese incumplimiento sea de tal gravedad, que revele en el cónyuge culpable una actitud de profundo desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a sus hijos, que haga imposible la vida conyugal. La gravedad del incumplimiento, que debe ser apreciada por el juez distingue la acción de divorcio de la que tiene por objeto la petición de alimentos entre los cónyuges.

XIII. La acusación calumniosa por delito mayor que merezca pena mayor de dos años de prisión, hecha por un cónyuge contra el otro;

Esta acusación por su carácter calumnioso, revela que entre los cónyuges ha desaparecido todo nexo de afección y estima, al punto que la acusación es el signo de que ha dejado de existir la *affectio maritalis*.

Esta situación sería gravísima para continuar formalmente el lazo conyugal, por que ha desaparecido aquella relación de mutuo afecto entre los consortes, que de existir habría impedido seguramente, que uno de ellos presentará la acusación;

aún en el supuesto de que no se tratara de una calumnia sino de un delito realmente cometido por el cónyuge acusado.

XIV. El hecho de que uno de los cónyuges cometa un delito no político, infamante y que merezca prisión mayor de dos años;

La naturaleza infamante del delito, es difícil de determinar.

En general por infamia se entiende el descrédito en el honor, la reputación, o el buen nombre de una persona. Desde un punto de vista amplio, toda condena penal produce descrédito.

Sin embargo debe tenerse presente para calificar la infamia del delito, si por su naturaleza, o por las circunstancias en que se cometió, ponen de manifiesto la notoria depravación o vileza del cónyuge a quien se le imputan hechos, como sucedería en el caso de un homicidio perpetrado con brutal ferocidad. No lo sería en el caso de un homicidio en riña, en que el homicida hubiera sido provocado.

Son delitos infamantes aquellos comprendidos dentro de la clasificación contra la integridad o el honor de la nación.

XV. El mutuo consentimiento;

El divorcio por mutuo consentimiento, en la vía judicial o en la administrativa, no se funda en la violación de los deberes conyugales, y por lo tanto no se plantea entre los cónyuges conflicto alguno. De allí que el legislador ha optado por simplificar en lo posible los procedimientos de esta clase de divorcio.

En los casos en que el divorcio por mutuo consentimiento puede ser decretado por el Juez del Registro civil, la intervención de dicho funcionario se limita a la comprobación de que se han llenado los requisitos que la ley establece, para que proceda esa vía de divorcio, se cerciorará de la identidad de los cónyuges y de que efectivamente es voluntad de ambos, divorciarse.

En el divorcio voluntario que se tramita en la vía judicial, la intervención del juez y del Ministerio Público, cuando haya hijos, aparte aquella función de comprobar la identidad de los consortes y la firmeza de su voluntad de divorciarse, cumple la función importante de garantizar el interés de los hijos de los que pretenden divorciarse y cerciorarse de que en la disolución de la sociedad conyugal, la distribución de los bienes que la constituyen no reporta ventajas o provechos injustificados para ninguno de los divorciados.

XVI. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso desmedido y persistente de drogas enervantes cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituir un motivo de desavenencia conyugal; y

Entendiéndose por el vocablo "ruina" no sólo la disminución considerable del patrimonio (concepto económico) sino principalmente la ruina moral que sufren los miembros de la familia, ocasionada por esos hábitos perniciosos.

El juez en este caso, es quien debe calificar si esos hábitos han perturbado tan gravemente la armonía matrimonial que hagan imposible la convivencia de los cónyuges.

Lo que esta fracción se desprende que el interés jurídico que se pretende garantizar en el matrimonio, es la seguridad de la vida del hogar, base indispensable para que esta institución pueda realizar cumplidamente la función social y moral que le está encomendada.

XVII. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratará de persona extraña, siempre que a tal acto señale la ley una pena mayor de un año de prisión.

Esta fracción debe entenderse simplemente en el sentido de que: es causa de divorcio cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, delito que tenga señalado como pena más de un año de prisión.

En este caso el juez civil debe examinar si tales hechos, han llegado a tipificar un delito, cuyo análisis no se llevará al cabo para aplicar sanción penal, sino para decretar el divorcio.

El cónyuge culpable, incurre en una sanción de naturaleza civil que consiste en la disolución del vínculo matrimonial; pero no es propiamente desde el punto de vista de la sanción, por lo que se ha declarado causa de divorcio la comisión de tales hechos, sino porque ha desaparecido en este caso, la posibilidad de que exista en la comunidad conyugal la debida protección entre los consortes, para la realización de los fines del matrimonio: la ayuda y colaboración recíproca de los esposos.

4.3. EL DELITO DE VIOLACION

4.3.1. NOCION GENERAL

La violación es la imposición de la cópula sin consentimiento, por medios violentos. El delito en estudio se caracteriza por la ausencia total de consentimiento del pasivo y la utilización de fuerza física o moral.

Se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo. La cópula en la violación se entiende en su sentido más amplio, esto es, no se limita a cópula por vía idónea entre varón y mujer, sino abarca cualquier tipo de copula, sea cual fuere el vaso por el que se produzca la introducción.

Respecto del sujeto pasivo, puede ser cualquier persona con independencia de sexo, edad, conducta o cualquier otra situación personal de manera que la violación puede cometerse en personas del sexo masculino o femenino, no menor de edad o adulto, púber o impúber, de conducta digna o indigna, cualquier sujeto.

La violencia puede ser física o moral, por violencia física se entiende la fuerza material que se aplica a una persona y la violencia moral consiste en la amenaza de amago que se hace a una persona de un mal grave presente o inmediato, capaz de producir intimidación. Debe existir una relación causal entre la violación aplicada y la cópula, para que pueda integrarse cuerpo del delito y probable responsabilidad.

El jurista Francisco González de la vega afirma que:

“La cópula sin consentimiento del ofendido por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la

esencia del verdadero delito sexual de violación. El bien jurídico objeto de tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (violencia física, *vis*), o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, *metus*). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica".²⁹

Es evidente que la violación constituye el más grave de los delitos sexuales porque, además de la brutal ofensa erótica que representan sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de las personas.

4.3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN

La historia legislativa del delito de violación propiamente dicha revela que sus sanciones se han caracterizado por su rigor.

En el Derecho Romano respecto a la unión sexual violenta, la *Lex Julia de vis pública* imponía la pena de muerte; en Egipto al agente se le castraba; en el pueblo Hebreo, se le imponía la muerte o multa, dependiendo si la víctima era casada o

²⁹ GONZALO DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Edit, Porrúa. 1986, P. 381,382

soltera; en el Código de *Manú*, se establecía la pena corporal, si la mujer no era de la misma clase social; en Grecia el violador debía pagar una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la ofendida si a sí lo deseaba ella, de no ser así merecía la pena de muerte; en la época de Teodorico, se impuso un edicto mediante el cual el agente debía casarse con la mujer atacada, otorgándosele la mitad de sus bienes, si era rico y noble.

En el Derecho Canónico, únicamente se consideró el *Stuprum Violentum*”, para el caso en que se realizara el desfloramiento de una mujer obteniendo contra o sin su consentimiento, no obstante se estipulaba que en mujer ya desflorada no se podía cometer el delito.

En el fuero Viejo de España, se Castigó en general, con la muerte o con la declaración de enemistad, con lo que los parientes de la víctima podían dar muerte al ofensor.

En el Fuero Real, las cuatro primeras leyes del lib IV Tít. X hacen referencia a la violación sin distinguirla del raptó y la sancionaban con la pena de muerte, cuando era cometida en la mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su condición social, o en religiosa profesa: igual pena se estableció en las leyes de Estilo.

En el Fuero Juzgo, ley XIV, Tít. V, se estatúa: “ *Si aun omne fiziere* por fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre: Si el *omne* es libre recibe 100 azotes, é sea dado por siervo a la mujer que *fizo* fuerza: é si es siervo, sea quemado en fuego”.

Así mismo, en la *Centena Partida*, Ley III, Tít. XX, Partida VII, expresaba “*Robando algún omne alguna muger* viuda de buena forma, o virgen, o casada, o religiosa, a yaciendo con alguna de ellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, debe morir por ende; é demás devén ser todos sus bienes de la mujer que *assí oviesses* robada o forzada... *E* la pena que *diximos de suso* que debe haber el que forzasse alguna de la mujer sobre dichas, *essa misma dever over* los que la

ayudaron a sabiendas a robarla o a forzarla; más así alguno sobre dichas, debe aver pena por ende, según albedrío del juzgador; *catando* quien es aquel *fizo* la fuerza, e la *muger* que forzó e él tiempo, e el lugar en que lo *fizo*". Esta partida, relaciona el rapto con la violación, dando con castigo la confiscación de sus bienes a favor de la víctima, sin perjuicio de saldar el hecho con su vida.

Más tarde, los Códigos Penales designaron para estos delitos la pena de muerte. En 1982, los Códigos optaron con sancionar al ilícito en estudio, con privación de la libertad. Ya el Código de 1894 fue más preciso en su definición, así como en el establecimiento de la pena, quedando en forma más parecida a los Códigos Españoles recientes.

- HISTORIA NACIONAL DEL DELITO

En nuestro país, durante la época prehispánica, encontramos al delito en estudio sancionado en el pueblo Maya, castigándolo con:

"Lapidación, con la participación del pueblo entero"³⁰. Es muy importante recordar que entre nuestros pueblos prehispánicos, a la mujer se le respetaba en gran forma, además de penalizar de manera muy severa a este ilícito, por lo cual no existía el índice de violación como nuestros días.

Durante la época colonial, debemos hacer memoria que se aplicaron algunas de las leyes que regían en España; por consiguiente, tenemos en México colonial las leyes de Indias, la Novísima Recopilación de Castilla, la Nueva Recopilación de Castilla así como las anteriormente mencionadas: El Fuero Real, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas.

³⁰ CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México, Ed. Porrúa, 1974, P42

“En los Códigos penales modernos, sin que la infracción haya perdido su acento de máxima gravedad dentro de los delitos sexuales, se ha abandonado la penalidad de muerte para los casos de violación en sí mismo considerados, sin perjuicio de extremar las sanciones, mediante agravaciones especiales o por acumulación, cuando con ella coinciden otros eventos delictuosos, como los de contagio venéreo, asalto, incesto, lesiones y homicidio”.³¹

- CÓDIGO DE 1871 Y 1929

Los Códigos Mexicanos, de 18771 (art. 795) y de 1929 (art. 860) reglamentaban por igual el delito en la siguiente forma: Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

En el ordenamiento penal de 1871, el ilícito de violación se encuentra el título sexto “Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbre”. En el capítulo III, agrupan con los de atentados al pudor y estupro, del Art. 795 al 802.

El Código penal de 1929 contempla la figura en cuestión dentro del título decimotercero “De los delitos contra la libertad sexual, en el capítulo I, del art. 806 al 807.

³¹ GONZALO DE LA VEGA, Francisco. Op. Cit. P. 376.

- CÓDIGO DE 1931

En el título decimoquinto “Delitos sexuales”, capítulo I, ordenamiento penal en examen, en esta el delito de violación, en los art. 265 y 266. El texto original estipulaba: “al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de éste, sea cual fuere su sexo, se le aplicará La pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de dos a ocho años. (Art. 265).

La cópula con persona privada de razón o sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistirla, eran equiparadas con violación (art. 266).

- REFORMAS AL CÓDIGO PENAL EN 1991

El código fue reformado mediante decreto publicado el 21 de enero de 1991 en el Diario Oficial, quedando para el caso del delito que nos ocupa, de la siguiente manera:

Se adiciona el segundo párrafo del Artículo 265: “Para los efectos de este Artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, u oral independientemente de su sexo”.

Se reforma el segundo párrafo del artículo 265, el cual pasa a ser el tercer párrafo: “Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.”

El artículo 266 se reforma de la siguiente manera: se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

- I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;
- II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.
Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará en una mitad.

Así mismo, se adicionó el artículo 266 bis, el cual textualmente expresa las circunstancias agravantes de la violación, de la siguiente manera:

Artículo 266 bis.- Las penas previstas para el abuso sexual y violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo cuando:

- I. El delito fuere con intervención directa o inmediata de dos personas;
- II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro.
Además de la pena de prisión el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que ejerciera sobre la víctima.
- III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que aquellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión.

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

- REFORMAS AL CÓDIGO PENAL EN 1997

El código fue reformado mediante decreto publicado el 30 de diciembre de 1997 en el Diario Oficial. Se reformaron los artículos 30, fracciones I y II; 203, 260, primer párrafo; 261; 265; 266; y 300; se adiciona el artículo 265 bis; un párrafo segundo al artículo 282, pasando el actual segundo a ser tercero; un capítulo VIII al Título Decimonoveno; los artículos 343 bis; 343 ter; 343 quáter; un último párrafo y para toda la República en materia de fuero federal, quedando para el caso del delito que nos ocupa, de la siguiente manera:

Artículo 265. - Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 265 bis.- Si la víctima de la violencia fuere la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.

Artículo 266. - Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;

II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

III.- Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

Artículo 282.-...

I. y II...

Si el ofendido fuere alguno de los parientes o persona a que se refieren los artículos 343bis y 343 ter, en este último caso siempre y cuando habiten en el mismo domicilio, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo.

Artículo 300. - si la víctima fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 343 bis y 343 ter, en este último caso siempre y cuando habiten en el mismo domicilio, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo, con arreglo a los artículos que preceden, salvo que también se tipifique el delito de violencia familiar.

3.3. DEFINICIÓN LEGAL

Se encuentra estipulado en el Libro Segundo, Título decimoquinto "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", Capítulo I, del Artículo 265 al 266 bis, del Código Penal Federal.

Artículo 265. Al que por medio de violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Respecto al delito de violación la Suprema Corte de Justicia ha establecido las siguientes tesis:

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XXIV

Página: 132

VIOLACION. El delito se configura cuando el comportamiento del agente está adecuado a la conducta que describe el precepto que lo define. Así, tratándose del delito de violación sexual tipificado en el artículo 265 del Código Penal, el tipo delictivo está constituido por el hecho de que el agente imponga, por medio de la violencia física o moral, la cópula a una persona de cualquier sexo, por vía idónea o contra natura, sin el consentimiento de la víctima.

Amparo directo 3834/58. José Chávez Morales. 10 de junio de 1959. Cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 3832/58. Heriberto Argüelles Ibarra. 10 de junio de 1959. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XVIII

Página: 120

VIOLACION. El artículo 265 del Código Penal previene que hay violación cuando alguien por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin su voluntad, sea cual fuere su sexo. Y si la paciente del delito es mujer, no se requiere comprobar que está desflorada; basta comprobar por cualquier medio de prueba la existencia de la cópula, y según el Diccionario de la Lengua Castellana, copular, del latín "copulare", consiste en unirse o juntarse carnalmente.

Amparo directo 269/58. Raúl Mejía González. 8 de diciembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen XCIX, Segunda Parte, página 70, tesis de rubro "VIOLACION, COPULA COMO ELEMENTO DEL DELITO DE."

4.3.4 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Derivados de la definición legal del delito de violación se establecen los siguientes elementos:

- a) Cópula
- b) Cualquier sujeto
- c) Medios violentos

Se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo. La cópula en la violación se entiende en su sentido más amplio, esto es, no se limita a

cópula por vía idónea entre varón y mujer, sino abarca cualquier tipo de cópula, sea cual fuere por el que se produzca la introducción.

Respecto del sujeto pasivo, puede ser cualquier persona con independencia de sexo, edad, conducta o cualquier otra situación personal de manera que la violación puede cometerse en personas del sexo masculino o femenino, no menor de edad o adulto, púber o impúber, de conducta digna, o cualquier sujeto. Sin embargo para el tratadista Cesar Augusto Osorio y Nieto " el sujeto activo del delito de violación puede ser cualquier persona de sexo masculino, pues en su opinión la violación de mujer a varón no es factible de realizarse por la naturaleza propia de los hechos y la imposición de actos lésbicos por cualquier medio, aún violento, no integra cópula.

El sujeto del delito no requiere ninguna condición o cualidad especial, cualquier sujeto sea cual fuere su sexo, edad o cualquier situación, puede ser pasivo del delito de violación, por tanto, es un sujeto común no calificado".³²

"La violencia puede ser física o moral, por violencia física se entiende la fuerza material que se aplica a una persona y la violencia moral consiste en la amenaza de amago que se hace a una persona de un mal grave presente o inmediato, capaz de producir intimidación".³³

Debe existir una relación causal entre violación aplicada y la cópula, para que pueda integrarse cuerpo del delito y probable responsabilidad.

Para González de la Vega "los elementos que se desprenden del concepto de violación son:

- I. Una acción de cópula (normal o carnal);
- II. Que esa cópula se efectúe en persona de cualquier sexo;

³² OSORIO Y NIETO, César, Augusto, La Averiguación Previa. Ed. Porrúa, México, 1997, P. 203

³³ Ibidem

- III. Que se realice sin voluntad del ofendido y;
- IV. Empleo como medios para la cópula de: a) la violencia física, o b) la violencia moral.”³⁴

El Poder Judicial de la Federación ha expresado lo siguiente:

VIOLACIÓN, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. Los elementos que constituyen el delito de violación lo son: a) la cópula, que es cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella y sin importar el sexo; b) empleo de violencia física que es la fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, tales como golpes, heridas, ataduras o sujeción por terceros u otras acciones de tal ímpetu material que obligan a la víctima, contra su voluntad, a dejar copularse; o bien de violencia moral, que no es otra cosa más que el empleo de amenazas de males graves que, por la intimidación que produce, impide resistir el ayuntamiento; y c) Ausencia de voluntad del ofendido, es decir, la falta de consentimiento del agraviado por el ayuntamiento carnal.

(Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8° Época, Tomo VIII. Noviembre. Tesis VI. 2° 517 P. Página 333).

PROCEDENTES: Amparo en revisión 457/90. Ismael González Hernández. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettio Reyna.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXVI

Página: 817

VIOLACION, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). El artículo 249 del Código Penal del Estado de Tamaulipas, establece que comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona, sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo. De acuerdo con la definición que del delito incriminado establece el precepto que se transcribe, tiene como elementos constitutivos: a) cópula, entendida ésta como cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, en la inteligencia de que a diferencia del estupro, en la violación el acto puede ser normal o anormal; b) en persona de cualquier sexo, siendo el alcance de tal expresión el objeto de la tutela penal, no sólo a la mujer, sino a personas de sexo opuesto que pudieran ser víctimas de fornicación violenta; c) sin la voluntad del ofendido, debiendo entenderse por tal, la ausencia de consentimiento que es bien sabido constituye el elemento diferencial de la violación sexual, respecto

³⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. Cit. P.378

del estupro y d) violencia física o moral, refiriéndose aquélla a la fuerza material que se ejerce en el cuerpo del ofendido y que anula su resistencia; y ésta, que puede consistir en el empleo de amagos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen, impiden resistir el ayuntamiento: Como es de verse, de la descripción de la conducta antijurídica que establece el precitado artículo 249 del código represivo en estudio, los elementos principales están constituidos por la realización de la cópula sexual entre el sujeto activo y pasivo de la infracción y la violencia física o moral, de tal manera que cuando concurren dichos elementos, fácil resulta establecer por consecuencia, los demás elementos constitutivos.

Amparo directo 2687/52. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 26 de junio de 1954. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Luis G: Corona. Ponente: Luis Chico Goerne.

4.3.5. NÚCLEO DEL TIPO

El copular violentamente constituye el núcleo del tipo en este delito.

El significado de la palabra cópula dentro de nuestras instituciones jurídico-penales positivas, ofrece aparentemente algunas dificultades que deben aclararse. El problema se origina, principalmente, en que el legislador mexicano emplea la misma voz "cópula" en la descripción de dos delitos (violación y estupro) cuya composición jurídica es tan distinta que necesariamente ha de dársele a la citada palabra acepciones conceptuales diversas: extensa en la violación (ayuntamiento normal o anormal) y restrictivas en el estupro (coito normal).

Profesores de medicina legal afirman que por cópula debe entenderse en forma exclusiva el ayuntamiento sexual entre varón y mujer por vía vaginal, o sea el coito normal.

Partiendo de definiciones tomadas del Diccionario de la Academia, diremos que, en su sentido gramaticalmente amplísimo, la locución cópula

significa el ligamiento o atadura de una cosa con otra. En su acepción lógica indica el término que une al predicado con el sujeto. A su vez el verbo copular del latín *copulare*, en su carácter reflexivo, indica unirse o juntarse carnalmente limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o al modo como se opere.

En su acepción erótica general, "la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales (de varón a mujer precisamente por la vía vaginal) y a los anormales, sean éstos homosexuales masculinos o sea de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural. Intencionalmente se incluye amplísimo concepto de cópula el acto homosexual femenino (inversión efectuada de mujer a mujer) porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril"³⁵.

Con relación a la cópula, el Poder Judicial de la Federación ha indicado:

CÓPULA, CONCEPTO DE. L cópula es la conjunción sexual que se consuma en el momento mismo de la introducción del sexo masculino en el femenino, con independencia de que produzca desfloración, de que tal intromisión sea perfecta, de que exista agotamiento o de que resulte preñez. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 8° Época. Volumen CXVI. Página 26)

PRECEDENTES: Amparo directo 3945/766. Lorenzo Hau Couoh. 16 de febrero de 1957. 5 votos Ponente: José Luis Gutiérrez.

VIOLACIÓN, DELITO DE. CONCEPTO DE CÓPULA. Para que exista cópula en el delito de violación no es necesario la plena consumación del acto fisiológico, pues para que éste se dé, basta cualquier forma de ayuntamiento, normal o anormal, con eyaculación o sin ella. (Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8° Época. Tomo IX. Abril. Tesis VI. 2°. 612 p. Página 678)

³⁵ Ibidem

PRECEDENTES: Amparo directo. 468/91 Juan Ramón Sesma López 6 de febrero de 1991. Mayoría de votos. Disidente: Julio Cesar Vázquez Mellado García. Secretario: Isidro Pedro Alcántara Valdés.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VI, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1990

Página: 692

VIOLACION. ACEPCION DEL VOCABLO COPULA COMO ELEMENTO DEL DELITO. En el delito de violación, el elemento cópula es concebido por la ley penal en su más amplia acepción, o sea, cualquier unión, ayuntamiento o conjunción carnal, de ahí que por cópula debe entenderse la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, ya sea por vía vaginal (normal), oral o anal (anormal). Por ende, si se demuestra que el quejoso introdujo el pene en la boca del sujeto pasivo, ello es suficiente para tener por satisfecho ese extremo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 821/89. Alejandro Mondragón Fonseca. 31 de enero de 1990.

Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario: Santiago Felipe Rodríguez Hernández.

4.3.6. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico tutelado en el delito de violación es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado.

“El bien jurídico objeto de la tutela penal concierne primordialmente a la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido anulando así su

resistencia (violencia física, *vis*) o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que produce o por evitar otros daños, le impide resistir (violencia moral, *metus*). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica".³⁶

Autores como González Blanco, Carrancá y Trujillo y Porte Petit, concluyen en que el objeto jurídico del delito es la libertad sexual. Esa libertad es el bien jurídico protegido y cualquier ataque o menoscabo a esa libertad no se puede quedar liberado de sanción, mengua de sus propios designios, esa actitud del autor no puede asimilarse a impunidad, muy por el contrario, debe castigarse con una pena cuya severidad y rigorismo dependen de las características o particularidades del hecho; y si esa violación asume peculiares desproporciones que atacan a la esencia de la libertad misma, donde la propia sociedad aparece comprometida no cabe responder con la imposición de una pena, que sea réplica de la conducta aberrante. Es indudable que debe mediar en el evento la certeza de una consumación carnal, que caracteriza el acto de la violación.

Es prioritario el encasillamiento de la conducta del agente como generadora de violación, pues si ésta no puede determinarse fehaciente y concluyentemente, no se habrá producido el ataque al bien jurídico, de tal modo expuesto precedentemente; podrá colegir que se ha concretado la violación.

"La voluntad ha desaparecido y la víctima se ve sometida a los arbitrios del autor, ya que la resistencia opuesta en principio se ha resentido por imperio de la fuerza desplegada o coacción moral desarrollada, que totalizan el denominador de la violencia".³⁷ El despliegue de una energía física para

³⁶ Ibidem

³⁷ SPROVIERO, Juan H. Delito de Violación. Edit. Astred, Buenos Aires, 1996. P 7

vencer la resistencia que opone o puede oponer la víctima, se comprueba en virtud del testimonio que emane de daños físicos o en sus prendas que presente el sujeto pasivo.

“La violación en definitiva es el avasallamiento al derecho de la reserva sexual, que quita a la víctima la facultad de una disposición en la libertad para la práctica sexual; es incontrastable que el bien tutelado está centrado en ese ataque a la iniciativa personal que se ve acortada o anulada por el acto aberrante de la violación, ya que en el caso de la violencia es el factor determinante para ese trato sexual tan forzado como no querido por la víctima.”³⁸

El ultraje a una reserva natural fue destacado como acto contrario al derecho de decisión que la víctima tiene para la determinación sexual y ese atropello, selvático, agresivo y que puede generar consecuencias irreparables, como la muerte de la víctima o un embarazo no querido, son presupuestos sólidamente afianzados para atacarlos en su base mediante la adopción de la sanción más severa.

Con relación al bien jurídico protegido el Poder Judicial de la Federación dice lo siguiente:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: II, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1988

Página: 620

VIOLACION, BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE. Por la circunstancia de que la denunciante del delito de violación se dedique a la prostitución, no debe quedar fuera de la protección de la ley, porque el bien jurídico que tutela ese ilícito no es la castidad ni la honestidad, sino la libertad sexual.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

³⁸ Ibidem

Amparo directo 633/88. Arturo Alonso Cadena. 30 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretaria: María del Carmen Villanueva Zavala.

Amparo directo 635/88. José, Muñoz Garrido. 30 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretaria: María del Carmen Villanueva Zavala.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XIII

Página: 170

VIOLACION. El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de violación, está constituido por la libertad sexual, y no por la honestidad y la castidad, que son elementos constitutivos del de estupro, pero no del de violación, y estando demostrado que tanto el acusado como el coacusado, realizaron el acto sexual en ausencia del consentimiento de la ofendida, la circunstancia de que ésta se hubiera encontrado bajo los efectos del licor ingerido, no desvirtúa la culpabilidad jurídico penal en que incurrieron, ya que, en todo caso, la situación de hecho relativa a la pretendida ebriedad, sólo daría posibilidad para que la autoridad responsable y el agente del Ministerio Público, en su caso, hubieran hecho el encuadramiento del delito, equiparando a la violación la circunstancia de que la ofendida se hubiera encontrado privada de sentido; pero de todas formas, su conducta antijurídica sería constitutiva del delito de violación sexual, que, como se dijo, se caracteriza porque el sujeto activo del delito realiza una agresión contra la libertad sexual de la parte ofendida.

Amparo directo 1416/57. José de la Cruz Jerónimo. 16 de julio de 1958. Cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 1414/57. Antonio García Almeida. 16 de julio de 1958. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

4.3.7. SUJETOS

Se estima que el sujeto activo del delito de violación puede ser cualquier persona del sexo masculino, pues en opinión de Osorio y Nieto, “la violación de mujer a varón no es factible de realizarse por la naturaleza propia de los hechos y la imposición de actos lésbicos por cualquier medio, aún violento, no integra cópula.”³⁹

Nuestra legislación no establece en cuanto al posible sujeto pasivo pudiendo, por tanto serlo hombre o mujer. El sujeto pasivo del delito no requiere ninguna condición o cualidad especial, cualquier sujeto sea cual fuere su sexo, edad o cualquier situación, puede ser pasivo del delito de violación, por tanto, son posibles víctimas de la violación todos los seres humanos: varones o mujeres; vírgenes o no; en edad infantil; juvenil; o adultas; ligadas o no por matrimonio; de vida sexual honesta o impúdica.

CLASIFICACION DE LOS SUJETOS

1. Sujeto Activo.- Es el individuo ejecutante de la acción criminosa, es decir, quien con violencia física o moral efectúa el coito con otra persona.
2. Sujeto Pasivo.- Es el titular del bien jurídico tutelado, quien sufre el ataque, con violencia física o moral. Puede ser tanto una mujer como un hombre.
3. Ofendido.- Es quien resiente el resultado del delito, en este caso coincide con el sujeto pasivo.

Con relación al número de sujetos se puede decir que es unisubjetivo, porque el texto legal así nos lo expone al mencionar las palabras “Al que por medio de

³⁹ OSORIO Y NIETO. Op. Cit. P 203

la violencia física o moral..." con lo cual entendemos que basta la participación de un solo sujeto para que se integre el tipo penal.

Respecto a lo anterior el Poder Judicial de la Federación dice lo siguiente:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII, Agosto de 1993

Página: 601

VIOLACION, DELITO DE. AGRAVANTE ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 281 DEL CODIGO PENAL. CASO EN QUE DEBE ESTABLECERSE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO). El artículo 281 del Código Penal para el Estado de México, establece una pena agravada para el caso de que en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas mediante la violencia física o moral; encuadrando la conducta en el numeral mencionado si los delincuentes se introducen en una casa habitación y bajo amago de armas de fuego someten a sus habitantes y después cada uno de los asaltantes lleva a la víctima de la violación a una habitación del inmueble para llevar a cabo el acto sexual, pues en tales condiciones existe una presión física y moral que orilla a la pasivo a evitar un enfrentamiento con sus agresores y en consecuencia a no impedir la cúpula, aun cuando no hubiese existido entre los delincuentes un acuerdo de voluntades para cometer el delito de violación, y que no se hubieran encontrado presentes en la misma habitación en ese momento.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 847/92. José, Cruz Peña García y otro. 7 de enero de 1993.

Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Pérez González. Secretario: Fernando Ceja Cuevas.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: II, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1988

Página: 620

VIOLACION CON PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS. Se integra el delito de "violación con pluralidad de sujetos activos", aun cuando sólo uno de ellos haya tenido cópula con el ofendido, si sus acompañantes participaron de manera directa o indirecta en el ilícito.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 670/88. Humberto Nájera Pérez. 26 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Martha García Gutiérrez.

4.3.8. FORMAS DE CULPABILIDAD

El delito de violación es un ilícito doloso, porque el agente tiene la plena voluntad de realizarlo; es decir, al efectuar la cópula por medio de la violencia física o moral, es evidente que desea el resultado del hecho delictivo.

4.3.9. CONSUMACIÓN

La consumación se produce en el momento en que el sujeto activo efectúa la cópula por medio de la violencia física o moral, ya sea por vía vaginal, u oral; o introduce un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal de su víctima.

El momento consumativo del delito de violación, es el de él acceso carnal, la simple introducción del órgano sexual del activo en el cuerpo del pasivo por vía idónea, independientemente del agotamiento del acto, de la eyaculación; no es necesario tampoco que la cópula produzca embarazo o cualquier otra consecuencia, la sola penetración sexual consume el delito.

4.3.10 TENTATIVA

Es factible que se desarrollan actos idóneos directos o inmediatamente encaminados a producir el delito de violación y que éste no se llegue a consumar por causas ajenas al sujeto activo, en este caso no estará ante una tentativa de violación, la cual es punible. Es necesario, como en toda tentativa, verificar la idoneidad; por otra parte, es necesario establecer claramente que los hechos materia de la averiguación sea efectivamente constitutivos de tentativa de violación y no de abuso sexual, esta situación se puede precisar mediante la observación de las circunstancias en que acontecieran los hechos, principalmente en cuanto a tiempo y lugar. El jurista "Eduardo López Betancurt"⁴⁰ hace referencia a tres teorías en cuanto a la sanción del ilícito:

1. De la acción.- Es cuando el delito se sanciona en el lugar donde se produjo la acción, sin importar donde se produjo el resultado.
2. Del Resultado.- Se castigará el ilícito en el lugar donde se produzca el resultado, no interesando donde se efectuó la acción que lo ocasionó.
3. De la ubicuidad.- Para esta teoría lo importante es que el hecho criminoso no quede impune; manifiesta la posibilidad de sancionarse, tanto en el lugar donde se produjo la acción, como en donde se realizó el resultado.

En la tentativa del tipo penal en estudio, se presenta la tentativa acabada como la inacabada. "López Betancurt hace referencia a Estas".⁴¹

1. Tentativa acabada.- Se da cuando el agente prepara todos los actos para la ejecución de la violación, pero por causas ajenas a él no se cumple su objetivo. Verbigracia, cuando el agente ha realizado la violencia física o

⁴⁰ LÓPEZ, BETANCURT, Eduardo, delitos Especiales. Edit. Porrúa, México, 1998. P. 196

⁴¹ Idem. P. 202

moral y momentos antes de efectuar la cópula, es descubierto por la policía, sin lograr su objetivo.

Respecto al Particular el Poder Judicial de la Federación ha expresado lo siguiente:

VIOLACIÓN, DELITO DE, Y NO TENTATIVA PUNIBLE. Estando acreditado que el quejoso no se limitó a ejecutar hechos encaminados directa e inmediatamente a realizar el acto sexual con la ofendida, mismo que no alcanzó a consumar por causas ajenas a su voluntad; si no que llegó a imponerle la cópula, es obvio que no se está en presencia de un ilícito inacabado y en esas condiciones, debe estimarse tipificado el delito de violación y no la tentativa punible.- (Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8° Época. Tomo V Segunda parte-1. Tesis 55. Página 528).

PRECEDENTE: Amparo directo 64/90 Tiburcio Díaz Gómez- 8 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Enrique Castillo Morales. Secretario: José Gutiérrez Verduco.

Quinta Época

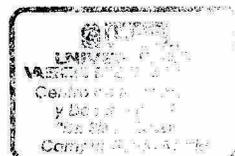
Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LI

Página: 150

VIOLACION, DELITO DE, EN GRADO DE TENTATIVA. Conforme a los artículos 265 y 266 del Código Penal, vigente en el Distrito Federal, comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona, sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, y se equipara a la violencia, la cópula efectuada con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa, no pudiera resistir; y de conformidad con el artículo 12 del propio código, hay tentativa punible, cuando se ejecuten hechos encaminados directamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Ahora bien, si se comprueba que el acusado ejecutó actos que tendieron a verificar la cópula con una niña menor de nueve años, la violencia se desprende del hecho que la ofendida, dada su edad, no podía resistir a los actos ejecutados en ella, y si del dictamen médico legal consta que la ofendida presentaba equimosis en los órganos genitales e igualmente se justifica que el acusado no logró llegar al final de sus deseos, por causas ajenas a su voluntad, como lo es la de haber sido sorprendido en el momento de consumar los hechos, aquél es reo del delito de violación en grado de tentativa, y la sentencia que así lo declara, no es violatoria de garantías.



Amparo penal directo 46/36. Carrasco Rojas Eduardo. 9 de enero de 1937. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

2. - Tentativa inacabada.- Se presentará la tentativa inacabada cuando el sujeto omite algún acto para la realización del ilícito. Por ejemplo, cuando el agente que va a introducir algún elemento o instrumento distinto al miembro viril, por vía vaginal o anal, olvida traerlo consigo.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

Tesis: II.2o.P.A.27 P

Página: 499

VIOLACION. TENTATIVA DE, INEXISTENTE. Si la violación dejó de producirse no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por propio y espontáneo desistimiento, de conformidad con el artículo 10 del Código Penal para el Estado de México que establece que si la ejecución del delito queda interrumpida por desistimiento propio y espontáneo del inculpado, sólo se castigará a éste con la pena señalada a los actos ejecutados que constituyan por sí mismos delitos, se desprende que la tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del agente y si aparece demostrado que los actos ejecutados por éste no dieron origen a la consumación total del aludido ilícito por causas meramente voluntarias del sujeto activo su conducta no puede ser sancionada por aquél sino por los actos ejecutados que trajeron consigo la perpetración del otro ilícito.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 587/95. Rogelio Ricardo Murillo Mendoza. 11 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretaria: Angélica Marina Díaz Pérez.

Quinta Epoca
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LI
Página: 2126

VIOLACION, TENTATIVA DEL DELITO DE. El delito de violación requiere, en los términos del artículo 265 del Código Penal, vigente en el Distrito Federal, la verificación de la cópula con otra persona, en ausencia de la voluntad de ésta y mediante la violencia. La tentativa de dicho delito existe, en consecuencia, cuando habiendo el propósito determinado de verificar dicho acto, en las expresadas condiciones, no se realiza por causas ajenas a la voluntad del infractor o cuando no confesando expresamente dicho propósito, la situación en que se sorprenda al presunto violador, y la misma mecánica de los hechos, lo evidencien sin lugar a duda; y cuando el agente esté remiso a aceptar dicho propósito, se debe comprobar en forma plena e indubitable, por un conjunto de indicios que lleven al convencimiento judicial, la certeza de que el infractor se proponía practicar la cópula. Ahora bien, no existe la tentativa, si el acusado niega haber tenido el citado propósito y las únicas pruebas que existen, es el dicho de testigos que vieron cuando el acusado hacia maniobras obscenas con una menor, a quien tenía sentada a las piernas, así como el dicho de ésta última, en el sentido de que había sido objeto de tocamientos íntimos, si en el dictamen pericial se asienta que la menor no presenta huellas exteriores de violencia, conservándose doncella; los indicios derivados de la declaración de los testigos no conducen a concluir que existía el propósito de practicar la cópula; pues, como pudo haberlo, pudo simplemente reducirse al deseo de realizar actos erótico sexuales que pudieran clasificarse como atentados al pudor, y la sentencia que impone pena en tales condiciones, es violatoria de garantías.

Amparo penal directo 7008/36. Torres Michúa Mauro. 6 de marzo de 1937. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Hermilo López Sánchez. La publicación no menciona el nombre del ponente.

4.3.10. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

El requisito de procedibilidad es la denuncia, de manera que cualquier persona puede hacer del conocimiento del Ministerio Público la probable comisión de este delito y el órgano investigador debe iniciar la averiguación.

Por su forma de persecución es de oficio, por lo cual la autoridad tiene la obligación de perseguirlo aún en contra de la voluntad del ofendido; No opera el perdón del agraviado.

4.3.11. DILIGENCIAS BASICAS Y CONSIGNACIÓN

Las diligencias que básicamente debe practicar el Ministerio Público para estar en aptitud de resolver una averiguación previa iniciada por el delito de violación, son las siguientes:

- a) Inicio de la averiguación;
- b) Síntesis de los hechos que motivan la averiguación previa;
- c) Declaración de quien proporciona la noticia del delito;
- d) Inspección ministerial del sujeto pasivo, para describir detalladamente su estado y circunstancias, principalmente respecto a su estado, ginecológico o protocológico, según el caso y presencia o ausencia de lesiones y estado psicofísico;
- e) Intervención a Policía Judicial;
- f) Examen pericial médico del sujeto pasivo para efectos de dictaminar acerca del estado ginecológico, de acuerdo con el caso concreto, presencia o ausencia de lesiones y estado psicofísico;
- g) Incorporación del dictamen a la averiguación previa;
- h) Inspección ministerial y fe de ropas que vista el sujeto pasivo;
- i) Declaración del sujeto pasivo, si no fue quien proporcionó la noticia del delito;
- j) Inspección ministerial del lugar de los hechos, cuando fuere posible ubicarlo;

- k) Inspección ministerial y fe de los hechos, cuando fuere posible ubicarlo
- l) Declaración, en su caso, de testigos;
- m) En el evento de que el posible sujeto activo se encuentre presente, se practicará inspección ministerial para describir estado andrológico del sujeto, presencia o falta de lesiones y estado psicofísico;
- n) Incorporación a la averiguación previa del dictamen que produzca el perito médico;
- o) Inspección ministerial y fe de ropas que vista el posible sujeto activo;
- p) Declaración del posible sujeto activo;
- q) Determinación de la averiguación previa; y
- r) Consignación.

Efectuadas las diligencias citadas, se estará en aptitud de poder formular la consignación por encontrarse reunidos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

La consignación se formulará conforme a lo señalado anteriormente y los fundamentos legales de ésta, en el delito a examen serán los artículos 265 del Código Penal con relación al 8° y 9° hipótesis correspondientes, del mismo ordenamiento y en su caso 94 y 97 del mismo ordenamiento procedimental.

Los elementos del tipo penal se comprobarán con las siguientes pruebas:

- a) Declaración imputativa del ofendido;
- b) Testimoniales, en su caso;
- c) Inspección ministerial del estado ginecológico o proctológico del pasivo;
- d) Examen pericial médico respecto del estado ginecológico del posible sujeto activo;
- e) Confesional, en su caso;

- f) Inspección ministerial del estado andrológico del sujeto activo;
- g) Examen pericial médico del probable responsable respecto del estado andrológico;
- h) En caso de violencia física, inspección ministerial de lesiones o de ropas del pasivo o del probable activo, según el caso y examen pericial médico de lesiones.

La probable responsabilidad se acreditará con las mismas pruebas utilizadas para integrar los elementos del tipo penal, en especial con testimoniales, confesionales y periciales, según el caso.

4.4. LA VIOLACIÓN DENTRO DEL MATRIMONIO

4.4.1. SINTESIS DE LA POSTURA DEL DERECHO CIVIL.

En los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio se encuentra el de “él débito carnal y éste es el principal y el más importante efecto para la perpetuación de la especie, considerada por nuestro Código Civil como uno de los fines primordiales del matrimonio”.⁴² Así cualquier pacto en contrario al respecto se tendrá por no puesto.

En el cumplimiento al débito carnal se trata de una forma subgéneris que sólo pueden existir, como es evidente en este tipo de relación intersubjetiva, ya que uno de los sujetos está facultado para interferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima, que impone la relación sexual, no sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una relación jurídica, dado que cabe determinar en qué términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad. Evidentemente que como en todos los problemas del derecho familiar, debe prevalecer el interés siempre superior de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no solo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines.

Desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación se ha considerado como injuria grave que es sancionada con el divorcio.

⁴² CHÁVEZ, Asencio. Ob. Cit. P 52

En relación con ese deber, se establece como impedimento dirimente para contraer matrimonio, la impotencia incurable para la cópula; pero si la nulidad del vínculo no se demanda dentro de los sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio, ya no habrá sanción al incumplimiento del débito carnal, pues el divorcio sólo procederá si la impotencia sobreviene a la celebración del matrimonio.

Se ha sostenido que no puede reputarse violación al acceso carnal practicado con violencia o con disconformidad de la cónyuge, por el marido ya que éste ha ejercido un derecho que le otorga tal calidad y la defensa que opondría la mujer no tendría significación para disminuir la legitimidad del acto por parte del marido. Pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada. Lo que sus defensores han debido demostrar necesariamente es que contra todos los principios el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho cuando le es negado por la fuerza. Por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia (física o moral) tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación.

En conclusión, el derecho a la relación carnal existente entre aquellos que se han unido en matrimonio, no es ilimitado, pues que en ocasiones uno de los cónyuges puede oponerse a la misma, como sería el caso de que su pareja estuviera en estado de ebriedad o drogadicción, pues no sólo se advierte el natural rechazo para quien actúe en esas condiciones, sino que reviste mayor trascendencia el peligro que implica la posibilidad de engendrar un ser en esos momentos; lo que funda la oposición del pasivo, quien protege la sanidad de su estirpe, por lo que sí es sometido a realizar la cópula violentamente; aunque ésta sea normal, sin duda estaremos en presencia del ilícito de violación.

4.4.2. SÍNTESIS DE LA POSTURA DEL DERECHO PENAL

El problema de la posibilidad del delito de violación entre cónyuges en la opinión de González de la Vega “ se reduce a determinar: a) si el ayuntamiento constituye débito matrimonial y por ende derecho marital a su exigencia; y b) si el ejercicio de ese derecho por medios violentos elimina el delito de violación por ausencia de antijuricidad de la conducta.”⁴³

a) Planiol, al señalar que la relación sexual es el objeto primordial del matrimonio, indica: lo que equivoca a quienes sostienen lo contrario, es que el matrimonio se realiza a veces cuando la procreación de niños no es ya posible, no viéndose en él otro objeto que la vida común. Más este hecho es muy excepcional para alterar el carácter normal del matrimonio. Sucede frecuentemente que una situación jurídica establecida con un objeto determinado encuentra enseguida en la práctica otras utilidades secundarias en vista de las cuales no han sido establecidas... En el fondo, el matrimonio no es otra cosa que la unión sexual del hombre y la mujer elevada a dignidad de contrato por la ley o de sacramento por la religión.

El Derecho canónico, más cercano que nuestras leyes a los orígenes históricos de la institución, siempre ha tenido por máxima que la consumación del matrimonio (cópula *carialis*) es su esencia; un matrimonio no seguido de consumación es nulo.

El objeto del connubio establecido por la historia y la doctrina jurídica fue reconocida por el antiguo Código Civil Mexicano de 1884 (art.155) al establecer: El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una

⁴³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. Cit. P. 401

sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Aún cuando nuestro Código Civil suprimió la anterior definición del matrimonio, en su reglamentación se contienen diversas disposiciones de las que se desprende que la relación sexual es derecho y correlativo deber entre los cónyuges. Así se establece: cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua se tendrá por no-puesta (art. 147 del Código Civil), entre los impedimentos no dispensables para contraer matrimonio y que son causa de nulidad se menciona la impotencia incurable para la cópula (art. 156, fracs VIII; 236 Y 267), para hacer posibles los objetos de los artículos 276 Y 279; Es causa de divorcio la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio (art. 267, fracs. VI). En consecuencia, existe entre los cónyuges la obligación del concubito y por tanto derecho a su cumplimiento.

- b) Reconocida la licitud de la cópula matrimonial y aceptado el derecho legal a su realización, puede pensarse que el marido que por la fuerza impone su cumplimiento a la esposa renuente no comete el delito de violación por ausencia de antijuricidad de su conducta y porque le asiste la excluyente de responsabilidad de obrar en el ejercicio de un derecho reconocido en la ley (art. 15, fracs. V, del Código Penal).

No obstante que reconocemos el derecho al fornicio matrimonial, estimo que su exigencia por medios violentos no puede quedar amparado por la excluyente. Ciertamente que esta es una causa de justificación de la conducta o de eliminación de lo injusto; pero como los derechos individuales están condicionados de terceros, en la estimativa de la eximente, se hace necesaria la valoración jurídica de las acciones efectuadas por el sujeto al exigir o imponer el cumplimiento de su derecho y recordar los casos de abuso del derecho.

La cópula en si misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio, es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos (art. 17 de la Constitución). Proclamar el derecho marital a la cópula aún por medios violentos no consentidos por la esposa parece de tipo medieval.

Pero aún suponiendo que, por el ejercicio de un derecho, el marido forzador de la negativa de su mujer para el concubito no fuera responsable del delito de violación, de todas maneras su conducta seria punible por las infracciones y sanciones penales que la violencia en si misma integre (amenazas, golpes, lesiones, homicidio, etc.). Además civilmente quedará expuesto a las acciones y sanciones privadas de divorcio y sus consecuencias legales por las sevicias, amenazas o injurias graves que sus procedimientos de violencia entrañen y por haber cometido en la persona del otro cónyuge un acto (fracs.)XI y XIV del art. 267 del Código Civil).

Si se aceptara la supuesta juridicidad de la cópula material impuesta por la fuerza, al menos tendría que reconocerse que la justificación no podría cubrir los casos en que se forzase a la esposa a ayuntamiento ilícitos, contrarios a los fines del matrimonio o en si mismos delictuosos, tales como: el forzamiento contra el orden natural (ilícito por contrario al objeto del matrimonio o en sí mismos delictuosos, tales como: forzamiento contra el orden natural), o cuando el marido violentador esté enfermo de males venéreos o de dolencias serias en periodo infectante (por peligro de contagio que seria constitutivo de delito), o en forma de exhibicionismo obsceno (por ser delictuoso de acuerdo con el artículo 200 del CPF).

4.4.3. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Este concepto constitucional (supremacía constitucional) establece que no puede existir ninguna ley o reglamento sobre la Constitución ya que esta es la norma suprema y fundamental.

El artículo 17 Constitucional consagra uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho, consistente en la prerrogativa que todos los gobernados tienen para recibir los beneficios de la impartición de justicia.

“... Artículo 17. - Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho...”

Una de las garantías que consagra el precepto Constitucional antes mencionado es el de Libertad, mismo que “consiste en la facultad del hombre de proponerse y procurar el logro de fines en la realización de su existencia, utilizando los medios idóneos para lograrlo, siempre que sean lícitos y no interfieran en la libertad de los demás”.⁴⁴

El segundo párrafo del artículo 4° Constitucional establece la igualdad de derechos del hombre y la mujer. La disposición pretende extinguir las discriminaciones que se producen en la sociedad en perjuicio de las mujeres por el simple hecho de pertenecer a ese género. En consecuencia, todas las normas constituidas del orden jurídico nacional deben respetar este principio y evitar el establecimiento de privilegios para los varones.

⁴⁴ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Ob. Cit. P. 436

El artículo 133 Constitucional establece: Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, las leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueden haber en la Constitución o leyes de los Estados.

Del contenido del precepto constitucional antes mencionado podemos concluir que cualquier ordenamiento jurídico que no se apegue a lo establecido en la constitución, es un ordenamiento antijurídico porque no está apegado a la ley y por lo tanto al derecho ya que un Estado de Derecho es aquél que expide sus propias leyes y las respeta.

Por otra parte es bien sabido que cuando entran en pugna dos derechos debe prevalecer el de mayor jerarquía y en este caso debe prevalecer la garantía constitucional de libertad e igualdad de los seres humanos y en especial el de la mujer por ser el tema en estudio.

4.4.4. EJERCICIO DE UN DERECHO

La hipótesis de que el marido imponga a su cónyuge el coito por medio de la violencia ha dado lugar en la doctrina a distintas opiniones.

Algunos niegan que en este supuesto exista el delito de violación.

Para Chauvea y Hélie: "Es necesario que la cópula sea ilícita; por tanto, el marido que se sirviera de la fuerza de su mujer no comentaría el crimen de violación, porque, según la Glosa, *in eam habet manus injectionem*; y la misma decisión debe ser tomada aún en el caso de separación de cuerpos, porque ésta debilita las ligas del matrimonio sin disolverlo, autoriza a la mujer a no permanecer en el domicilio del marido, pero no rompe los deberes que resultan del matrimonio. Esta solución no podría, sin embargo; aplicarse al marido sino *post perfectum matrimonium*; El prometido en esponsales que aún en la víspera del matrimonio, empleara la violencia en su prometida, sería sin duda alguna acreedor a la pena".⁴⁵

José Vicente Concha afirma que: "No constituye violación el acto del marido que fuerza a su mujer a la cohabitación, que no es en ese caso ilícito". Jiménez de Asúa y Oneca, al tratar la legítima defensa, manifiesta que "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 su mujer, concebidos por el matrimonio.

No obstante lo anterior considero que la violación entre cónyuges puede existir, porque el ejercicio del derecho a copular no puede obtenerse mediante la violencia ya que en el delito de violación, el bien jurídico protegido es la libertad sexual y el consentimiento que los cónyuges convienen al contraer matrimonio, en particular la mujer para cohabitar con su marido, no es un consentimiento absoluto sin posterior libertad de elección sexual en cuanto al momento, sino un consentimiento primero para la elección de esposo, y consumada la unión matrimonial, esta no la priva de su libertad frente al marido, de acceder o de negarse a la copulación cuando su cuerpo o ánimo no lo desea, resulta pues que cada cooptación matrimonial debe de ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito; y, vencer por la violencia la voluntad contraria de la esposa en un momento dado es incidir en una conducta lesiva de su constante interés

⁴⁵ Théorie du Code Pénal. Tomo IV, P. 1579.

jurídico a la libertad sexual y dicha conducta no puede ser considerada como el ejercicio de un derecho, pues el artículo 17 de la Constitución establece que "ninguna persona podrá hacerse justicia por si mismo, ni ejercer violencia para reclamar un derecho", por lo que el acceso carnal violento aun dentro del matrimonio es ilícito y constituye una violencia, ya que la esposa tiene derecho a la abstinencia cuando no desee la cúpula.

Respecto al tema en estudio existen diferentes criterios fijados por el Poder Judicial de la Federación en los que se contempla como ejercicio de un derecho y otras como violación entre cónyuges.

Octava Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 77, Mayo de 1994

Tesis: 1a./J. 12/94

Página: 19

EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACION, DELITO DE. La cúpula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del de ejercicio indebido de un derecho, previsto en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal; pero si tal comportamiento se presentara en una diversa entidad federativa cuya legislación penal no prevea esa figura, únicamente podría sancionarse por el ilícito que se integre derivado de la violencia ejercida para copular.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutierrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Mal. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 12/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Gres, Simule Alba Leva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 142, p g. 80.

Octava Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 77, Mayo de 1994

Tesis: 1a./J. 7/94

Página: 17

VIOLACION EQUIPARADA ENTRE CONYUGES, DELITO DE. El artículo 266 del Código Penal del Distrito Federal, establece las hipótesis del delito de violación equiparada, previéndose en una de ellas, que se incurre en ,esta, cuando se impone la cúpula a persona que por cualquier causa no pueda resistirlo; por lo que sí se tratara de una mujer imposibilitada para sostener relaciones sexuales, como sería el caso de quien sufra parálisis, a la que se someta con ese fin en contra de su voluntad, indudablemente se integrara el tipo precisado, no obstante que fuera su propio cónyuge el sujeto activo, en virtud de que la disposición penal citada protege ampliamente a los que se encuentran en las hipótesis señaladas.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clemencia Gis de Leste, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 7/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Gres, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 382, p g. 211.

Octava Epoca
Instancia: Primera Sala
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 77, Mayo de 1994
Tesis: 1a./J. 10/94
Página: 18

VIOLACION ENTRE CONYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACION DEL DELITO DE. El que uno de los cónyuges imponga al otro la cúpula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta sé adecuar a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercitar indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no está decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cúpula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venerea, síndrome de inmuno deficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, más no limitativo.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 10/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 381, p g. 210.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII, Julio de 1993

Página: 328

VIOLACION ENTRE CONYUGES. PUEDE EXISTIR, PORQUE EL EJERCICIO DEL DERECHO A COPULAR NO PUEDE OBTENERSE MEDIANTE LA VIOLENCIA. En el delito de violación, el bien jurídico tutelado es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo en un momento determinado o por circunstancias específicas personales o con quien no fuere su voluntad, resultando de lo anterior que el objeto jurídico protegido es la libertad sexual y el consentimiento que los cónyuges convienen al contraer matrimonio, en particular la mujer para cohabitar con su marido, no es un consentimiento absoluto sin posterior libertad de elección sexual en cuanto al momento, sino un consentimiento primero para la elección de esposo, y consumada la unión matrimonial, esta no la priva de su libertad frente al marido, de acceder o de negarse a la copulación cuando su cuerpo o ánimo no lo desea, resulta pues que cada cooptación matrimonial debe de ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito; y, vencer por la violencia la voluntad contraria de la esposa en un momento dado es incidir en una conducta lesiva de su constante interés jurídico a la libertad sexual y dicha conducta no puede ser considerada como el ejercicio de un derecho, pues el artículo 17 de la Constitución establece que "ninguna persona podrá hacerse justicia por si mismo, ni ejercer violencia para reclamar un derecho", por lo que el acceso carnal violento aun dentro del matrimonio es ilícito y constituye una violencia, ya que la esposa tiene derecho a la abstinencia cuando no desee la cúpula. Debe señalarse además que el delito analizado no hace distinciones sobre la relación jurídica contractual existente entre los cónyuges, por lo que el ilícito puede coexistir en el matrimonio, dado que dicha institución no puede autorizar los actos violentos entre los cónyuges, máxime que la violencia entre, estos va en contra de los fines primordiales del matrimonio.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1104/92. Angel Alises Mendoza Tocar. 16 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretaria: María Amparo Castilla Hernández.

4.4.5 VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES.

La violación no se produce y se provoca por la negativa de acceder a los reclamos de yacimiento carnal, sino que éste debe ser consecuencia de un despliegue de oposición de resistencia.

El cónyuge que reclame el acoplamiento y se valga, ante la negativa de la mujer; de medios que conlleven a la peligrosidad para la propia vida de ésta, como sería el empleo de amenazas y concreción en los hechos; o cuando la imposibilidad de la cónyuge sea imperativa para el acto sexual y tropiece con la tenacidad del otro, empeñado en el logro de su pretensión obrarán a modo de antecedente para la determinación de encasillamiento de violación.

La violación entre cónyuges se torna realizable, al pretender un acceso carnal violento cuando se interpone una oposición cierta por parte de la mujer, que resultaría en tales circunstancias sujeto prioritario en la protección jurídica cuando se ha producido el evento considerado violación.

La negativa de la cónyuge es el impedimento para el pretendido yacimiento; la recurrencia a la violencia o la intimidación representada ésta por amenazas, autoriza a tipificar la conducta del autor como transgresora de la norma y, por ende, debe darse cabida a la punición establecida para el delito.

Respecto al tema en estudio existen diferentes criterios fijados por el Poder Judicial de la Federación en los que se contempla como ejercicio de un derecho y otras como violación entre cónyuges.

En un principio la violación entre cónyuges no era considerada como un delito por la Suprema corte de justicia de la Nación, posteriormente aceptó que en aquellos

casos en que el ejercicio indebido de un derecho estuviese tipificado, podría configurarse este delito, más no el de violación, como lo expresa la siguiente tesis:

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO.- El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto por el artículo 265 del código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observarse tal conducta se adecuaría a lo establecido en el artículo 266 del ordenamiento en cita, al ejercicio indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; así mismo si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, más no limitativo. Octava Epoca.- Primera Sala.- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.- Tomo: 77, mayo de 1994.- Tesis: 1ª. /J. 10/94.- Página: 18.- Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Gree, en contra de los emitidos por los ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Sin embargo, en las entidades en que no existiera el tipo penal correspondiente al delito de ejercicio indebido del propio derecho, no existiría sanción alguna, y la conducta de violación estará permitida.

Como lo expresa la siguiente interpretación jurisprudencial:

EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACIÓN, DELITO DE.- La cópula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del de ejercicio indebido de un derecho, previsto en el artículo 266 del código Penal

para el distrito Federal; pero si tal comportamiento se presentará en una diversa entidad federativa cuya legislación penal no prevea tarea en una diversa entidad federativa cuya legislación penal no prevea esa figura, únicamente podría sancionarse por el ilícito que se integre derivado de la violencia ejercida para copular. Octava Época.- Primera Sala.- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.- Tomo: 77, mayo de 1994.- Tesis 1°/J. 12/94.- Página: 19.- Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los ministros Clementina Gil Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Conforme a nuestro más alto tribunal sólo debería sancionarse como violación, cuando además de que el cónyuge impusiera la cópula por medio de la violencia física o moral, ésta fuera anormal.

Esta interpretación considera que el ejercicio de la libertad sexual dependerá exclusivamente del vaso corporal por el que se perpetre el delito.

Por vía normal se entiende la penetración del órgano sexual masculino en el orificio vulvar existiendo o no la *seminatio intra vas*.

Es decir que la cópula por vía vaginal, no constituía delito alguno, aun cuando fuera impuesta por medio de la violencia física o moral.

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.- La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades, la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la moral y la libertad sexual de su pareja, que en ningún momento consistió tales prácticas, y por ende, se configurará el delito de violación. Octava Época.- Primera Sala.- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.- Tomo: 77, mayo de 1994. - Tesis: 1°. /J. 9/94. - Página: 18. - Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en

contra de los emitidos por los ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Posteriormente se admitió la violación entre cónyuges únicamente cuando el acto sexual era impuesto en público, equivocando por concepto el bien jurídicamente tutelado, ya que si la libertad sexual de la persona no le importaba al juzgador, que más le daba desocuparse de la moral y el derecho a la intimidad, bienes jurídicos de mucho menor entidad que la libertad sexual.

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.- Al haber contraído matrimonio, los cónyuges adquieren el derecho al mutuo débito carnal, pero si el acto sexual se lleva a cabo en público, en contra de la voluntad del pasivo, ofendiendo gravemente su moral y el derecho a la intimidad, se integra el delito de violación, pues no hay duda de que el cónyuge ofendido, puede negarse a la práctica de la relación en tales condiciones. Octava Época.- Primera Sala.- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.- Tomo: 77, mayo de 1994. - tesis: 1ª. /J. 8/94. - Página: 17 contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Todas estas jurisprudencias no constituyen sino una aberrante e indignante interpretación restrictiva de nuestro más alto tribunal.

Es sabido que donde la ley no distingue no debemos de distinguir, y el artículo 265 de nuestro Código Penal, no excluía a los cónyuges como sujetos del delito, sin embargo, inexplicablemente la Suprema Corte de Justicia así lo hizo, basándose en el baladí argumento de que no existía una causa de justificación, pues los cónyuges tienen la obligación legal de copular.

Esta cuestión realmente rebasa los límites de toda lógica, pues si bien es cierto, el matrimonio dentro de una amplia gama de derechos y obligaciones, reconoce el derecho de copular de la pareja, también es cierto que este derecho no puede ser más importante que la libertad que tiene el ser

humano de decidir en cada ocasión, con quién, en donde y qué tiempo copular.

Así cuando dos intereses legítimos entran en pugna, debe prevalecer el de mayor jerarquía, que sin duda es la libertad.

“No cabe duda de que el interés general y la salvación de un valor social superior a través de la lesión de un bien de menor jerarquía coinciden”.

Así resulta que nadie está obligado a tolerar lo injusto, ni una disminución de sus derechos, por lo que mantiene un derecho a defenderse los intereses propios cuando son legítimos, en el caso la libertad sexual, frente a los del agente que los afecta, aunque éste actúe ejercitando otros derechos que son de jerarquía inferior, máxime si los quiere ejercitar mediante el uso de la violencia física o moral.

Aunque el tipo penal, no requiere más explicaciones y fue diseñado con la idea de incluir en su supuesto a la violación interconyugal, la desafortunada interpretación del Poder Judicial, orilló al legislador a crear un artículo expreso en donde da a conocer su punto de vista, que coincide con el nuestro, en el sentido de que la esposa o concubina, pueden ser víctimas del delito a de violación, imponiendo sólo como requisito de procedibilidad la querrela.

Así, el artículo 265 bis del Código Penal Federal, textualmente lo expresa:

Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se le impondrá la pena prevista en el artículo anterior.

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.

En esta forma el legislador terminó con esta bizarra discusión, adoptando un criterio más conforme con nuestra realidad, respetando la supremacía de la libertad sobre otros bienes jurídicos de menor valía como la satisfacción

sexual derivada de un contrato, y también tomó en cuenta la posibilidad de una reconciliación familiar, permitiendo el perdón de la ofendida como medio para extinguir la acción penal.

4.4.6. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN LA VIOLACION ENTRE CÓNYUGES

Los requisitos de procedibilidad son condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma determinada de derecho penal. Los requisitos de procedibilidad son: La querrella, la Excitativa y la autorización. En este caso nos abocaremos a estudiar únicamente la querrella.

La querrella se puede definir, como la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el Órgano Investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito. Así, se determinan delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, quien puede hacerlo por si o por legitimo representante tal como lo establece el artículo 16 Constitucional, 113 y 114 del Código Federal de Procedimientos Penales.

De la definición anterior se desprenden los siguientes elementos:

1. Que sea realizada por el ofendido directamente,
2. Por su Representante Legítimo y,
3. Por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial. (fundamento artículos 118, 119 y 120 del CFPP)

La querrella contiene como primer elemento una relación de los actos delictuosos hecha ante el Ministerio Público en forma verbal o escrita. Así

pues, la querrela no es únicamente el acusar a una persona determinada, o sea, señalar el nombre de una persona que ha cometido un delito y pedir que se castigue, exige una exposición de los hechos que vienen a integrar el acto u omisión sancionado por la ley penal.

Es requisito indispensable que la querrela sea hecha por la parte ofendida, pues "en los delitos que se persiguen por querrela necesaria, se ha estimado que entra en juego un interés particular, cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad con la comisión de estos delitos especiales"⁴⁶. No obstante lo anterior nos encontramos con que el lesionado puede ser representado en la formulación de la querrela, ofreciéndose estas dos situaciones: cuando el ofendido es menor de edad y cuando no lo es.

El tercer elemento de la querrela exige la manifestación de la queja. Por otra parte, "si en los delitos de querrela necesaria cabe el perdón del ofendido, es natural que para que se persiga al inculpado se debe hacer patente que no hay perdón, o en otras palabras, se acuse, pues con la acusación claramente se pone de relieve que no hay perdón ni expreso ni tácito"⁴⁷. El perdón judicial es la manifestación expresa de voluntad en virtud de la cual se hace patente el propósito del ofendido de que no se castigue al infractor.

Nuestra ley sustantiva manifiesta que el perdón extingue la acción penal, debiéndose entender por tal afirmación, que cesa el derecho de persecución en el caso concreto, así como también la acción procesal penal, porque el Ministerio público no puede continuar excitando al órgano jurisdiccional.

Formas de extinción de la querrela:

⁴⁶ RIVERA, SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, Edit. Porrúa, México, 1984, P 109

⁴⁷ *Ibidem*

- A) La muerte del agraviado
- B) Por Perdón
- C) Por consentimiento
- D) Por muerte del responsable y
- E) Por prescripción.

El Código Penal Federal establece como requisito de procedibilidad para la violación entre cónyuges la Querrela por la parte ofendida, de manera que sólo la persona afectada puede hacer del conocimiento del Ministerio Público la probable comisión de este delito y el órgano investigador debe iniciar la averiguación.

Coincido con la idea de Colín Sánchez en que no deben existir delitos perseguibles por querrela necesaria, debido a que el derecho Penal tan sólo debe tomar en cuenta intereses sociales y no abrazar situaciones que importan intereses de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse, independientemente de que lo quiera o no la ofendida y si el acto, por cualquier razón, vulnera únicamente intereses particulares, este acto debe desaparecer del catálogo de los delitos, para ubicarse en otra área del Derecho. No se puede decir que es posible se presente un situación mixta en la que se quebranten intereses particulares e intereses sociales, por que, firmes en nuestra idea, en tanto haya intereses sociales de por medio, nunca se debe dejar a la potestad de la parte ofendida la administración de la justicia. Si el interés social es tan tenue que casi desaparece ante la presencia del interés particular, entonces el acto debe desterrarse de la órbita del Derecho penal.

4.4.7 PERITOS AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO DURANTE LA INTEGRACION DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA DEL DELITO DE VIOLACION

El Ministerio Público es una institución que depende del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social, en aquellos casos que le asignen las leyes.

En el ámbito general de nuestra legislación, el Ministerio Público se constituye en una institución jurídica polifacética, según la diversidad de facultades que se le otorgan por la legislación secundaria, por eso en el cumplimiento de sus funciones actúa como:

1. Autoridad Administrativa
2. Colabora con la función jurisdiccional,
3. Es "parte" en la relación procesal,
4. Representa a los menores, a los ausentes, al estado, a la sociedad, etc.

El artículo 21 Constitucional, instituye al Ministerio Público y precisa su atribución esencial: la titularidad de la acción penal y preservar el grupo del delito.

En la Averiguación Previa el ministerio Público en Ejercicio de la facultad investigadora, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar para esos fines el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad penal.

El estudio de la Averiguación previa abarca:

- a) La denuncia
- b) Los requisitos de procedibilidad: querrela, excitativa y autorización.
- c) La función investigadora
- d) La consignación

El Ministerio público puede tener conocimiento de un hecho delictuoso: en forma directa e inmediata; por conducto de los particulares; por la policía o por quienes estén encargados de un servicio público; por la autoridad judicial al ejercer sus funciones, cuando aparezca la probable comisión de un hecho delictuoso en la secuela procesal (civil o penal); y por denuncia y querrela.

En el transcurso de la integración de la indagatoria, la pericia estará a cargo de personas que laboren en el área de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Estado.

Los peritos que coadyuvan de forma directa con el Ministerio público durante la Averiguación Previa por el delito violación son: Médico, Trabajadora Social y Psicóloga, el informe de los mismos dará la base para la determinación de su actuación.

Se aplicó un cuestionario a los peritos antes mencionados con la finalidad de conocer como se concibe la violación desde cada disciplina y pudimos saber que se piensa de la siguiente manera:

MEDICO: Para el médico la violación es la penetración del miembro eréctil (pene), en la vagina, así como cualquier objeto que sea introducido en vagina o recto.

Para que el médico pueda confirmar el diagnóstico de violación debe encontrarse en el paciente: lesiones, externas (extragenitales) paragenitales, (pubis, hipogastri, cara interna de los muslos y glúteos).

En las extragenitales se incluyen, equimosis (moretones) escoriaciones (raspones) heridas, sugilaciones (chupetones) etc.

Las genitales comprende lesiones, desgarros a nivel de himen, desgarros en el ano.

El procedimiento se inicia con la historia clínica completa de la persona en estudio y comprende antecedentes heredo familiares, antecedentes personales no patológicos y patológicos, antecedentes ginecoostetricos, exploración física en general.

Se preguntó si era posible determinar desde el punto de vista biológico si una persona casada había sido violada y esto solamente es posible si existen lesiones externas y si han pasado menos de 48 horas se toma un estudio de toma de muestra de exudado vaginal para estudio de espermatobioscopia y fosfatasa ácida.

TRABAJO SOCIAL: Para la Trabajadora Social no tiene una connotación específica ya que toman en cuenta lo establecido en el capítulo I del título decimocuarto del código Penal del Estado.

La forma en que interviene la trabajadora social en el área forense dentro de la Averiguación Previa en el delito de violación es enfocada al aspecto social ya que se encarga de realizar Estudios Socioeconómicos con la finalidad de determinar el medio ambiente y las condiciones de vida en que se desarrolla la persona motivo de estudio; dicho estudio es realizado a petición del ministerio Público o del Juez.

La familia y amistades pueden contribuir a la reintegración de las actividades cotidianas, a una persona que ha sido agredida sexualmente esto incorporando a la persona al núcleo familiar, invitándola a que participe activamente en las tareas cotidianas, así como actividades de recreo con la

finalidad de que no se encuentre a solas y que ello le provoque recordar el evento, se le debe mostrar abiertamente afecto y apoyo durante este lapso.

Es importante tratar de no recordarle el evento y pedirle a amigos y familiares que tampoco lo hagan, de ser posible no comentar a nadie externo a la familia lo sucedido. Y Finalmente la familia debe buscar apoyo psicológico con la finalidad de encontrarse en mejores condiciones de apoyar a la persona motivo de estudio.

PSICOLOGÍA: Los Psicólogos consideran que la violación se caracteriza por ser un delito que degrada, deshumaniza y viola el "yo" de la víctima, constituye una crisis de inmensas proporciones, dando como resultado un rompimiento del equilibrio físico, emocional y sexual.

Los instrumentos de que se apoya la Psicología es entrevista abierta, directa y personal, aplicación de pruebas psicológicas y en algunos casos intervención en crisis.

Respecto a los efectos postraumaticos de una violación se consideran variables ya que dependen de varios factores como: edad, sexo, estructura de su personalidad, las redes de apoyo con las que cuenta tanto social como familiar, como se suscitó el abuso sexual etc. Las personas agredidas son canalizadas a centros o instituciones donde se cuenta con apoyo profesional, en este caso de médicos, psicólogos etc.

Como podemos ver, es interesante el enfoque que cada perito le da al tema motivo de estudio.

Es importante mencionar que los especialistas entrevistados no pudieron precisar con exactitud el porcentaje de víctimas por violación entre cónyuges sin embargo coinciden en que se presenta aunque no con mucha frecuencia.

4.4.8 ESTADOS DE LA REPUBLICA QUE CUENTAN CON LA LEGISLACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES.

CÓDIGO PENAL DE CHIHUAHUA LIBRO SEGUNDO.

TITULO DECIMO CUARTO. Delitos contra la libertad y seguridad sexuales. CAPITULO I. Violación.

Artículo 239. Al que por medio de la violencia física o moral tenga copula anal, vaginal u oral con una persona sin la voluntad de esta, se le aplicara prisión de cuatro a doce años y multa de cincuenta a cien veces el salario.

Artículo 240. La violación será sancionada con prisión de seis a veinte años y multa de ochenta a doscientas veces el salario, cuando se cometa:

- I. Con la intervención directa e inmediata de dos o m s personas.
- II. Quebrantando la fe o seguridad que expresa o tácitamente hacen de cualquier relación que inspire confianza o respeto.
- III. Utilizando los medios que proporcionen un empleo público, docente, oficio o profesión.

En este último caso además de la pena privativa de la libertad que se aplique, se sancionara con destitución del empleo público y la suspensión por el término de cinco años en el ejercicio de la docencia, oficio o profesión.

Artículo 240 bis. Si la víctima de la violación fuera esposa o concubina se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida.

Artículo 241. Se sancionara con las mismas penas señaladas en el artículo anterior, al que tenga cúpula:

I. Con persona menor de catorce años.

II. Con persona privada de razón, de sentido, o que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse voluntariamente en dicha cúpula o de resistirla.

Artículo 242. Si la conducta del sujeto activo, consiste en la introducción por vía vaginal o anal de cualquier objeto o instrumento distinto del miembro viril, la pena de prisión ser de tres a doce años. Si concurren cualesquiera de las hipótesis a que se refiere el artículo 240 la pena de prisión ser de cuatro a quince años y multa de cincuenta a cien veces el salario.

Artículo 242 bis. Al sentenciado por el delito de violación además de las sanciones establecidas en los artículos anteriores, se le decretara:

I. Declararlo sujeto a la vigilancia de la autoridad.

II. Prohibirle ir a una circunscripción territorial determinada o residir en ella.

Artículo 242. Al sentenciado por delito de violación no se le otorgara el indulto de gracia.

**CÓDIGO PENAL DE COAHUILA
LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL
TITULO TERCERO DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD SEXUAL
CAPÍTULO PRIMERO VIOLACIÓN.**

Artículo 384. sanciones y figura típica de violación. Se aplicara prisión de siete a catorce años y multa: a quien por medio de la violencia física o moral tenga copula con una persona sin su voluntad, cualquiera que sea su sexo.

para los efectos de este código se entiende por copula la introducción total o parcial del pene por vía vaginal, anal u oral, independientemente del sexo

Artículo 385. sanciones y figura típica de violación conyugal. Se aplicara prisión de tres a seis años y multa: a quien por medio de la violencia física o moral tenga copula con su cónyuge sin la voluntad de este

Artículo 386. sanciones y figuras típicas equiparadas a la violación. Se aplicara prisión de siete a catorce años y multa a quien tenga copula:

I. Persona sin capacidad. Con persona sin capacidad para comprender la naturaleza de la relación sexual o de decidir de acuerdo a esa comprensión; o de resistir la conducta delictuosa.

II. Persona menor de doce años. Con persona de hasta doce años de edad.

Artículo 387. circunstancias calificativas de las figuras típicas de violación o de la equiparada a la violación. Se incrementaran en una mitad los mínimos y máximos de las sanciones que señalan los dos artículos anteriores; según corresponda; cuando en el delito de violación o equiparado a la violación, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

I. Violación por dos o más personas. Se realice por dos o más personas.

II. Violación prepotente. Se realice por el ascendiente en contra del descendiente; por el adoptante en contra del adoptado o adoptada; el tutor en contra de su pupilo o pupila; el padrastro en contra del hijastro o hijastra; o el amasio en contra del hijo o hija de la amasia.

III. Violación con abuso de autoridad o confianza. Se realice por quien se aprovecha de las circunstancias que su posición le proporciona como servidor publico; profesional o patrono; o abuse de la hospitalidad que brinde o que reciba.

IV. Violencia en la violación equiparada. Cuando el sujeto pasivo sea cualquiera de las personas que contempla el artículo anterior y se ejerza violencia sobre ellas.

Los supuestos de la fracción II se sancionaran, además, con la perdida de la patria potestad o tutela; o de los derechos del adoptante.

Los supuestos de la fracción III, motivaran, además, la suspensión hasta por un termino de cinco años para desempeñar el cargo o empleo publico; o ejercer la profesión.

Artículo 388. sanciones y figura típica de violación impropia por instrumento o elemento distinto al natural. Se aplicara prisión de tres a ocho años y multa: a quien con o sin animo lubrico, por medio de la violencia física o moral introduzca en forma total o parcial por la vía anal o vaginal cualquier instrumento no corporal o elemento corporal distinto al pene, sin el consentimiento de la persona, sea cual fuere su sexo.

Las mismas sanciones se aplicaran: a quien ilícitamente introduzca en forma total o parcial cualquier elemento o instrumento distinto al pene, por la vía anal o vaginal de persona de hasta doce años de edad o menor a esa edad; o que por cualquier causa no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho o posibilidad de resistir la conducta delictuosa.

se incrementara en un tercio el mínimo y el máximo de las sanciones de los párrafos anteriores, cuando concorra cualquiera de las circunstancias calificativas del artículo anterior

CÓDIGO PENAL DE COLIMA

LIBRO SEGUNDO. Sección cuarta. Delitos contra las personas.

TITULO QUINTO. Delitos contra la libertad y seguridad sexual.

CAPITULO I. Violación.

Artículo 206. Comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral tenga cúpula con una persona, sea cual fuere su sexo.

Al responsable del delito de violación se le impondrán de dos a diez años de prisión y multa hasta por 100 unidades, si el sujeto pasivo es mayor de 18 años de edad, o de cuatro a doce años de prisión, cuando el pasivo tenga entre 12 y 18 años de edad.

Artículo 207. Cuando entre el activo y pasivo de la violación exista parentesco por consanguinidad en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, por afinidad en primer grado o civil, la pena aplicable será de seis a catorce años de prisión.

Igual pena se impondrá cuando el delito se cometa por el tutor contra su pupilo o por este contra aquél; por el padrastro contra el hijastro o viceversa.

La misma pena se impondrá cuando la violación se cometa utilizando los medios o circunstancias que al responsable le proporcionen su empleo, cargo o profesión.

Artículo 208. Cuando en la violación intervengan dos o mas personas se les aplicará la pena prevista en el Artículo anterior.

Artículo 209. Al que tenga cúpula con persona menor de 12 años de edad o que no tenga capacidad de comprender o que por cualquier causa no pueda resistir, se le impondrán de seis a catorce años de prisión.

Artículo 210. Según el caso, se impondrán las penas señaladas en los Artículos anteriores, cuando se produzca un resultado análogo al de la violación, utilizando un instrumento no idóneo, si el activo tuvo el propósito de copular.

CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

LIBRO SEGUNDO

TITULO DECIMOQUINTO. Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

CAPITULO I. Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación.

Artículo 260. Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cúpula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

Artículo 261. Al que sin el propósito de llegar a la cúpula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de

comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de dos a cinco años de prisión.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

Artículo 262. Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.

Artículo 263. En el caso del artículo anterior, no se procederá contra el sujeto activo, sino por queja del ofendido o de sus representantes.

Artículo 264. (Derogado).

Artículo 265. Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 265 bis. Si la víctima de la violación fuera **la esposa o concubina**, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.

Artículo 266. Se equipará a la violación y se sancionará con la misma pena:

- I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;
- II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; y
- III. Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

Artículo 266 bis. Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, este contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perder la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado ser destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión; y

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

**CÓDIGO PENAL DE GUANAJUATO
LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL
TITULO TERCERO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL
CAPITULO I VIOLACIÓN.**

Artículo 180. - A quien por medio de la violencia imponga copula a otra persona, se le impondrá de ocho a quince años de prisión y de cien a doscientos cincuenta días multa. Si la persona ofendida fuere impúber, se aplicara prisión de diez a diecisiete años y de ciento cincuenta a trescientos días multa.

Artículo 181. - Las mismas sanciones, según que el ofendido sea púber o impúber, se impondrán a quien tenga copula con persona que por cualquier causa no este en posibilidad de conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

Se presume que la persona es impúber si fuere menor de doce años.

Artículo 182. - Se aplicaran las mismas penas, según que la persona ofendida sea púber o impúber, a quien por medio de la violencia introduzca por vía anal o vaginal cualquier objeto o un componente orgánico que no sea él

Artículo 183. - La violación entre cónyuges o concubinos se perseguirá por querrela miembro viril.

Artículo 184. - La violación se considerara calificada cuando:

- I.- en su ejecución intervengan dos o más personas.
- II.- en su ejecución se allane la morada en la que se encuentre el pasivo.
- III.- se cometa entre hermanos.
- IV.- se cometa entre ascendiente y descendiente; padrastro o madrastra e hijastro; adoptante y adoptado o tutor y pupilo.
- V.- se cometa por el superior jerárquico contra su inferior.
- Vi.- se cometa por quien tenga a la persona ofendida bajo su guarda, custodia, educación o internado.

En estos casos la punibilidad se incrementara de un cincuenta por ciento del mínimo a un cincuenta por ciento del máximo de la señalada en el artículo 180, según que la persona ofendida sea púber o impúber.

Cuando el activo ejerza sobre el ofendido la guarda, custodia, tutela o patria potestad, se le privara de esta.

CÓDIGO PENAL DE QUERETARO

TITULO OCTAVO DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INEXPERIENCIA SEXUALES.

CAPITULO II VIOLACIÓN.

ARTÍCULO 160

Artículo 160. Al que por medio de la violencia realice copula con una persona sin el consentimiento de esta, se le impondrá pena de 3 a 10 años de prisión.

Se impondrán las mismas penas señaladas en el párrafo anterior, al que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier objeto o instrumento distinto del órgano sexual masculino, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 161. Cuando las conductas previstas en el artículo anterior se realicen sin emplear violencia con persona impúber o que no tenga capacidad para comprender o que por cualquier causa no pueda resistir la conducta delictuosa se le impondrá al agente prisión de 3 a 10 años.

Cuando las conductas se realicen por medio de la violencia en los casos del párrafo anterior, la pena se aumentará hasta en una mitad más.

Artículo 162. Cuando la violación se realice aprovechando la autoridad que se ejerza legalmente sobre la víctima, la pena prevista en el artículo anterior podrá aumentarse conforme a lo señalado en el segundo párrafo del mismo precepto, y será privado además del ejercicio de la patria potestad, de la tutela o custodia y, en su caso, de los derechos sucesorios con respecto del ofendido.

Si la violación es cometida aprovechando los medios o circunstancias que le proporcione el empleo, cargo o profesión que se ejerce, se aplicara la misma pena de prisión señalada en el párrafo que antecede y se le privara del cargo o empleo o se le suspenderá del ejercicio del empleo, cargo o profesión por el termino de cinco años.

Articulo 163. Cuando la violación sea cometida por dos o más personas se impondrá prisión de ocho a veinte años.

Articulo 164. la violación **entre cónyuges** sólo se perseguirá por querrela.

CÓDIGO PENAL DE SAN LUIS POTOSI

PARTE ESPECIAL

TITULO TERCERO DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL

CAPITULO III VIOLACION

ARTICULO 150

Articulo 150. comete el delito de violación quien, por medio de la violencia física o moral, realice copula con una persona de cualquier sexo.

Este delito se sancionara con una pena de ocho a dieciséis años de prisión y sanción pecuniaria de ciento sesenta a trescientos veinte días de salario mínimo, mas la reparación del daño.

Articulo 151. la pena a que se refiere el artículo anterior se aplicara si la violación fuere **entre cónyuges o concubinas**. Este delito se perseguirá por querrela necesaria.

Articulo 152. Se sancionará con las mismas penas que establece el artículo 150 de este código a quien:

- I. Sin violencia realice copula con persona menor de doce años de edad;
- II. sin violencia realice copula con persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima, o
- III. Sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril en persona menor de doce años o

persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Si se ejerciere violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentara hasta en una mitad.

Artículo 153. Se considera también como violación y se sancionara con pena de ocho a dieciséis años de prisión y sanción pecuniaria de ciento sesenta a trescientos veinte días de salario mínimo, a quien por la vía vaginal o anal introduzca cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuera el sexo del ofendido.

Artículo 154. Si en la violación intervienen dos o más personas se les impondrá una pena de diez a dieciocho años de prisión y sanción pecuniaria de doscientos a trescientos sesenta días de salario mínimo, mas la reparación del daño.

Artículo 155. Las penas previstas para la violación a que se refieren los artículos 150, 152, 153 y 154 de este código, se aumentaran de uno a cuatro años de prisión en los siguientes casos:

I. Cuando el delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, este contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el esposo, amasio o concubinario de la madre del ofendido. Además de la pena de prisión y sanción económica que corresponda, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

II. Cuando el delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo publico, o utilice los medios que su profesión le proporcione; además de la pena de prisión el sentenciado será destituido del cargo o empleo o suspendido por él termino de cinco años en el ejercicio de su profesión, y

III. Cuando el delito fuere cometido por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda, educación, o aproveche, para cometer el delito, la confianza en el depositada.

Artículo 156. Para los efectos de este titulo se entiende por copula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral.

CÓDIGO PENAL DE TAMAULIPAS
LIBRO SEGUNDO. PARTE ESPECIAL.
TITULO DECIMO SEGUNDO. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y LIBERTAD
SEXUALES.
CAPITULO III. VIOLACION.

Artículo 273. Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tenga cùpula con una persona sin la voluntad de, esta, sea cual fuere su sexo.

Artículo 274. Al responsable del delito de violación se le impondrá una sanción de diez a dieciocho años de prisión. Si la víctima **fuere la esposa o concubina**, sólo se perseguir por querrela de la parte ofendida.

Para los efectos de este capítulo, se entiende por cùpula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se impondrá la misma sanción y se considerar como violación al que introduzca por vía vaginal o anal, cualquier elemento, instrumento o parte del cuerpo distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Si la violación fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones o se cometiere cualquier otro hecho delictuoso, se observar n las reglas del concurso real.

Artículo 275. Se equipar a la violación y se impondrá sanción de diez a veinte años de prisión:

- I. Al que sin violencia realice cùpula con persona menor de doce años de edad;
- II. Al que sin violencia realice cùpula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; y,
- III. Al que sin violencia introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o parte del cuerpo distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Artículo 276. Si la violación fuere cometida con participación de dos o m s personas, la sanción se agravar hasta una mitad m s de la sanción a imponer.

CÓDIGO PENAL DE VERACRUZ
LIBRO SEGUNDO.
TITULO IV. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD SEXUAL.
CAPÍTULO I. VIOLACIÓN.

Artículo 152. A quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se impondrán de seis a doce años de prisión y multa hasta de doscientas veces el salario mínimo.

Si la víctima es cónyuge o mantiene relaciones de concubinato con quien lo agrede, además de las sanciones establecidas en el párrafo anterior, este perder el derecho de percibir alimentos de aquella.

Para los efectos de este artículo se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por la vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Artículo 153. Al que tenga cópula con persona menor de catorce años o que no tenga capacidad de comprender o que por cualquier causa no pueda resistir, se le impondrán de seis a trece años de prisión y multa hasta de doscientas veces el salario mínima.

Cuando se tenga cópula con persona mayor de doce y menor de catorce años de edad, con su consentimiento y el responsable sea menor de veintiún años y contraiga matrimonio con la persona ofendida, previa autorización de sus padres o quien deba otorgarla, la sanción ser de dos a ocho años de prisión y multa hasta cien veces el salario mínimo.

Sé considerar también como violación y sé sancionar de igual manera, al que introduzca por la vía vaginal o anal cualquier cosa distinta al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo de víctima.

Si la introducción referida en el párrafo anterior se hace sin violencia en una persona menor de catorce años, o en alguna incapacitada para comprender el alcance de tal hecho, o que por cualquier causa no pueda resistirse, se considerar como violación y se sancionar como tal; Pero si se hace uso de ,esta, sea física o moral, el mínimo y el máximo de las penas se aumentar hasta en una mitad.

Artículo 154. Cuando la violación sea cometida por dos o más personas, la prisión ser de seis a quince años y la multa hasta de trescientas veces el salario mínimo.

Artículo 155. Cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por ,este contra aquel, por parientes colaterales hasta el cuarto grado, por quien ejerce la tutela contra su pupilo, por el padrastro o la madrastra de la víctima, el concubinario o la concubina de la madre o del padre, además de las sanciones ya indicadas, la pena corporal podrá aumentarse hasta en cinco años y el responsable perder la patria potestad o la tutela según el caso, y el derecho de percibir alimentos y el de heredar al ofendido.

Cuando el violador hubiere cometido el delito utilizando los medios o circunstancias que le proporcionen el cargo o empleo públicos que desempeñe o la profesión que ejerza, ser destituido definitivamente del cargo o empleo y suspendido por el término

de cinco años en el ejercicio de su profesión, independientemente de las sanciones que conforme a los artículos anteriores le correspondan.

CÓDIGO PENAL DE YUCATÁN

LIBRO SEGUNDO DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

TÍTULO DECIMOCTAVO DELITOS SEXUALES

CAPITULO IV VIOLACIÓN.

Artículo 313. a quien por medio de la violencia física o moral realice copula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a veinte años y de doscientos a quinientos días multa.

Para los efectos de este capítulo se entiende por copula la introducción de miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o anal, independientemente de su sexo.

Se aplicara la misma sanción al que introduzca por la vía vaginal o anal cualquier objeto o instrumento distinto del miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 314. la violación entre cónyuges o entre concubina o concubinario únicamente se perseguirá por querrela.

Artículo 315. se equipara a la violencia y se sancionara con prisión de ocho a veinticinco años, y de doscientos a quinientos días multa, a quien tenga copula o introduzca por la vía vaginal o anal cualquier objeto o instrumento distinto del miembro viril, a una persona privada de razón o sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir, así como la copula con persona de doce años de edad o menos.

Si además se ejerciere violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la sanción se aumentarán en una mitad.

Como se puede observar desafortunadamente solo diez Estados de los treinta y uno cuentan con la legislación del tema en estudio y nuestro Estado de Michoacán no se encuentra dentro de los primeros, situación que merece ser

estudiada minuciosamente ya que no se puede hablar de un estado de derecho donde no se vive bajo un régimen de legalidad, seguridad jurídica, justicia e igualdad.

4.4.9 PORCENTAJE DE VICTIMAS VIOLENTADAS EN EL ESTADO DE MICHOACÁN.

Como se expreso en la introducción del presente, no es posible hablar de cifras o porcentajes exactos ya que como se trata de un hecho atípico no se encuentra registros oficiales, no obstante lo anterior la Secretaria de Salud del Estado de Michoacán indica que cuatro de cinco mujeres sufren del mal denominado violencia intrafamiliar y dentro de esta se considera la violencia física, violencia sexual, psicológica y verbal. Debido a que la violencia es clasificada y generalizada dentro de una denominación especial no se puede determinar de forma precisa el porcentaje exacto del número de víctimas que cotidianamente son violentadas sexualmente.

Por otra parte la Fiscalía Especial para la atención de Delitos De Violencia Familiar entró en funciones el 15 de julio de 2002 y desde entonces al 5 de noviembre de 2003 tienen un total de 2399 averiguaciones en trámite sin embargo volvemos a lo mismo en estas averiguaciones no se especifica a que tipo de violencia se refiere debido a que se concentra en un solo grupo generalizado.

Finalmente hablaremos de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Michoacán, en donde se dice que únicamente del 2002 a la fecha se han consignado

5 averiguaciones previas por el delito de violación, provocadas por el cónyuge. Con lo anterior queda demostrado que no es posible hablar de cifras oficiales ya que mientras no exista un precepto legal que sancione el ilícito de violación entre cónyuges, las víctimas del mismo seguirán callando y soportando en silencio su sufrimiento.

Por muchos años en nuestro país, los actos de violencia intrafamiliar han quedado impunes, esto obedece a que no existía un tipo penal que describiese tan aberrante conducta, por lo que no podría seguirse empleando como excusa inexistencia de una ley penal que la sancione. Sin embargo desde el 30 de diciembre de 1998, el Distrito Federal cuenta con un cuerpo legal que sanciona lo anterior pero para ello fue necesario que el 30 de diciembre de 1997 se considerará por vez primera la consideración y existencia de violación entre cónyuges. Nuestro Estado de Michoacán, no puede permanecer como espectador, viendo como es ignorado una de las garantías individuales del ser humano como lo es la libertad.

5. TESIS.

En el presente trabajo sustentamos la posición de que en nuestro sistema jurídico, la violación sexual entre cónyuges (matrimonio, concubinato) es perfectamente posible de configurarse como hecho delictivo, para lo cual nos basamos en apuntes doctrinarios y en la propia legislación.

Si bien la doctrina mayoritariamente está de acuerdo en lo referente a que es posible la configuración del delito de violación sexual entre cónyuges, en algunos claustros, se es renuente aún a aceptar esta posición.

El principal fundamento que se esgrime para ello es que la institución del matrimonio, trae consigo entre otros deberes, el referido al deber de cohabitación (o de hacer vida en común), por el cual los cónyuges, tienen la obligación de tener ayuntamiento carnal, no pudiendo configurarse en consecuencia, el delito de violación sexual.

Sin embargo, debemos manifestar que la institución del matrimonio, si bien trae consigo un deber de cohabitación, éste no puede otorgar facultades omnipotentes a cualquiera de los cónyuges (comúnmente el marido) para obligar al otro (mediante violencia o amenaza) a la práctica del acto sexual.

Aceptar que uno de los cónyuges puede obligar al otro a practicar el acto sexual, sería justificar que con el matrimonio, se pasa de un estado en el cual se es titular de derechos y deberes, a un estado, en el que sólo se tiene deberes, más no derechos. En un extremo, significaría pasar de ser un sujeto de derecho, a ser un objeto, situación atentatoria a todas luces de la dignidad personal. Tal postura, no concuerda tampoco con lo estipulado en el artículo 163 del Código Civil del Estado de Michoacán, en el que se establece que: "El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales"

El varón y la mujer son iguales ante la ley..."El hombre y la mujer se encuentran en la misma situación frente a cualquier ordenamiento legal, por disposición constitucional".

Es importante mencionar que aún cuando en la Constitución se reconoce la igualdad de la mujer ante la ley, podemos sin embargo comentar que, en la praxis, la observancia del artículo 4º, es minimizado, por lo que se debe hacer respetar cabalmente nuestra Constitución en este aspecto, dando certidumbre en los derechos a las mujeres.

El hecho de que con el matrimonio los cónyuges adquieran el derecho al mutuo débito carnal, no faculta al sujeto activo para obtener las relaciones sexuales de su cónyuge, valiéndose de la violencia, y menos aún sin el consentimiento previo de la parte pasiva. No obstante, este delito sólo se llega a configurar en casos particulares, tal y como lo resolvió la primera sala.

El Código Penal para el Distrito Federal contempla la violación entre cónyuges o concubinos de la siguiente manera:

"Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo se le impondrá prisión de 8 a 14 años. Se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo. Así mismo, se considera violación al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. Si la víctima de la violación fuera esposa o concubina, también se impondrá pena de ocho a catorce años de prisión. Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida."

El legislador ha manifestado su intención de tipificar como delito, la violencia sexual entre consortes, protegiéndose el bien jurídico libertad sexual del cónyuge.

El Código Penal del Estado de Michoacán de Ocampo habla del delito de violación en el Título Decimocuarto denominado delitos contra la libertad y seguridad social. El artículo 240 nos habla de la violación en general sin embargo no hace la mínima alusión al tema en cuestión.

La Ley de Michoacán en materia Penal presenta ciertos rezagos en relación con la Federal que establece en su artículo 265 bis. Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior (prisión de ocho a catorce años).

Es completamente incomprensible que no exista una regulación normativa en la que se sancione el delito de violación por el cónyuge ya que al no hacerlo se deja en completo estado de indefensión a las víctimas de este ilícito, debido a que al no existir el tipo establecido se convierte en un hecho atípico y antijurídico y se deja también sin efecto alguno a la reciente Ley de Prevención de la Violencia Familiar, publicada en el Periódico Oficial, del lunes 11 de febrero del 2002.

Los artículos 2° y 3° establecen los objetivos y fines de la misma sin embargo al no existir un precepto que sea reglamentario de dicha ley esta queda sin legitimidad.

Artículo 2°. - Los bienes jurídicos tutelados por ésta ley, son la integridad física, psicológica y sexual; así como el sano desarrollo psicoemocional de los integrantes de la familia.

Artículo 3°. - Para los efectos de esta ley, se entiende por:

I. Violencia familiar: Las conductas de acción u omisión, intencionales dirigidas a dominar, someter controlar, agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia, dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan como finalidad causar daño.

La relación familiar deberá entenderse por el parentesco consanguíneo, civil por afinidad, así como todo vínculo por razón de matrimonio, concubinato o por relaciones familiares de hecho;

II. **Generadores de violencia familiar:** Quienes realicen conductas de maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual hacia las personas con las que tienen vínculo familiar; y,

III. **Receptores de violencia familiar:** Los grupos vulnerables o individuos a quienes se afecta su esfera biopsicosocial.

Dicha afectación puede darse por cualquiera de las siguientes clases de maltrato:

a). **Maltrato físico:** Todo acto de agresión intencional, en la que se utilice cualquier parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado hacia su sometimiento o control;

b). **Maltrato psicoemocional:** Al patrón de conducta tanto de acción como de omisión repetitivo, consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias o de abandono que provoquen en quien las recibe deterioro o disminución de la autoestima y una afectación a su estructura de personalidad.

Las conductas mencionadas serán consideradas maltrato psicoemocional, aunque se argumente como justificación la educación y formación del menor; y,

c). **Maltrato sexual:** Al patrón de conducta consistente en actos u omisiones que infrinjan burla y humillación de la sexualidad, la inducción a la realización de prácticas sexuales no deseadas, practicar celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja. Así como los delitos contra la libertad y el normal desarrollo biopsicosocial, respecto de los cuales esta ley sólo surte efectos en el ámbito asistencial y preventivo.

El artículo 4° de Constitucional, consagra como prerrogativa ciudadana la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, cuestión bastante rebatible y controvertida por los estudios realizados en el presente trabajo, ya que son diversos los ordenamientos y cuerpos legales que contravienen tal disposición de máxima jerarquía, motivo por el cual no deberían operar. No están exentos de esta situación las leyes de orden Penal.

las bases para ello además de los artículos Constitucionales ampliamente expuestos en el desarrollo de este trabajo.

Se demostró que existen los requisitos legales en la violación perpetuada por el cónyuge, tales como:

- Penetración vaginal (coito)
- Fuerza o amenaza de fuerza
- No-consentimiento de la víctima.

Con lo que se queda acreditado que la Violación entre cónyuges es perfectamente posible y que no puede esgrimirse el ejercicio legítimo de un derecho. Ya que el llamado débito conyugal se opone radicalmente a la dignidad y libertad de la víctima y no puede alegarse un error de prohibición en el pensamiento de que la mujer debe prestarse a una relación sexual no querida.

Finalmente diremos que la institución del matrimonio tiene entre sus finalidades la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la moral y la libertad sexual de su pareja, que en ningún momento consintió tales prácticas y, por ende, se configurará el delito de violación.

En conclusión, según nuestro sistema jurídico es posible la configuración del delito de violación sexual entre cónyuges. Es tema diferente si en la práctica es factible de probarse fácilmente o no su comisión.

6. CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente trabajo sustentamos la posición de que en nuestro sistema jurídico, la violación sexual entre cónyuges es perfectamente posible de configurarse como hecho delictivo.

El objetivo principal planteado al iniciar esta investigación fue el demostrar que se podía dar la violación entre cónyuges; también se pretendió despertar la valoración de los derechos del ser humano y en especial el respeto a los derechos de la mujer, y de esta forma, el respeto a las garantías individuales, sin embargo esto no es posible si antes no existe un marco jurídico que de certeza jurídica a los particulares, motivo por el cual es de gran importancia que se tipifique como delito en el estado de Michoacán la Violación entre Cónyuges ya que de esta forma se puede contribuir en la dignificación del ser humano y en especial en la revalorización de la mujer.

No podemos dejar de pensar que en cualquier Estado que se precie de ser democrático, es objetable la vulneración de los derechos de la mujer, ya que para que exista un verdadero progreso humano se debe de sustituir tal situación por el principio perfecto de la igualdad, sin admitir privilegio o poder alguno a favor de un sexo, ni discapacidad a otro.

Es de gran importancia para la dignificación del ser humano, que nuestro Estado de Michoacán, establezca la pauta tipificando el delito de violación entre cónyuges ya que es letra muerta la supuesta Ley de Protección para la Violencia Intrafamiliar porque el Código Penal del Estado no tipifica este hecho ilícito que se comete por medio de la violencia, con lo cual se cae en una laguna de la misma ley.

Es necesario pues, que tanto los miembros del H. Congreso, como la sociedad entera nos concientizemos de la trascendencia de una ley que responda a las necesidades reales de la población ya que existe un precepto penal federal que da

7. ANEXOS

GLOSARIO DE SIGLAS:

1. **Cónyuge.**- Cada uno de los esposos con relación al otro
2. **Cópula.**- Se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, si independientemente de su sexo. La cópula en la violación se entiende en su sentido más amplio, esto es, no se limita a cópula por vía idónea entre varón y mujer, sino abarca cualquier tipo de cópula, sea cual fuere por el que se produzca la introducción.
3. **Coito.**- Momento en el que se realiza el acto sexual
4. **Delito.**- Acto ilícito cometido por cualquier persona
5. **Garantías Individuales.** Derechos naturales que todo ser humano posee, consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecidos en la parte dogmática, consta de 29 artículos.
6. **Libertad sexual.**- Libre determinación para disponer de tu sexualidad
7. **Relación familiar.**- Comprende el parentesco consanguíneo, civil por afinidad, así como todo vínculo por razón de matrimonio, concubinato o por relaciones familiares de hecho.
8. **Sanción.** Medida coactiva impuesta por una autoridad judicial
9. **Violación sexual.**- Es el acto sexual en el que por medio de la violencia física o moral una persona realiza cópula con otra de cualquier sexo.
10. **Violencia física.**- Por violencia física se entiende la fuerza material que se aplica a una persona
11. **Violencia moral.**- Consiste en la amenaza de amago que se hace a una persona de un mal grave presente o inmediato, capaz de producir intimidación.
12. **Violencia familiar.**- Las conductas de acción u omisión, intencionales dirigidas a dominar, someter controlar, agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia, dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan como finalidad causar daño.
- 13.- **CPF.**- Código penal federal
- 14.- **CFPP.**- Código Federal de Procedimientos Penales

15.- C.C.F. - Código Civil Federal

16.- CFPC.- Código Federal de procedimientos Civiles.

7.1 BIBLIOGRAFIA CITADA

1. ATIAS, CHRITIAN, *Les personnes*. París, 1985, p, 14
2. ANDA, GUTIERREZ, Cuauhtémoc, *Introducción a las Ciencias Sociales*, Edit. Limusa, 1994, p. 27
3. BAQUEIRO, ROJAS, Edgar, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Edit. Harla, 1994, p. 39
4. BECERRA, RAMIREZ, Manuel, *Serie Jurídica*, Ed. Mmcggrohe Hill, México 1998
5. BORJA, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, Ed. Fondo de cultura económica, México 1992.
6. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México*, Ed. Porrúa, 1974, P42
7. CARRANCA, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México 1982
8. CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales del Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México 1994
9. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
10. *Código Penal Federal*
11. *Código Federal de Procedimiento Penales*
12. *Código Penal del Estado de Michoacán de Ocampo*
13. *Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán de Ocampo*
14. HERRERIA, SORDO, María del Mar, *El concubinato*, Edit. Porrúa, México 1998

15. CHÁVEZ, ASECIO, Manuel, *Matrimonio, compromiso jurídico*, Mcgrohw Hill, 1990, p. 45
16. GONZALO DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Edit. Porrúa. 1986, P. 381,382
17. GALINDO, GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Edit. Porrúa, 1997, P. 493
18. Información vía internet
19. JIMENEZ, HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa.
20. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia
21. KVITKO, Luis, Alberto, *La Violación*, Ed. Trillas, México 1988
22. LÓPEZ, BETANCURT, Eduardo, *delitos Especiales*. Ed. Porrúa, México, 1998. P. 196
23. MALO, CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México 1997
24. MOLINA, MELIA, Antonio, *Los matrimonios que nunca existieron*, Edit. Instituto mexicano de doctrina social cristiana, México 1998
25. NEUMAN, Elías, *Victimología*, Ed. Cardenas, México, 1984
26. OSORIO Y NIETO, Cesar, Augusto, *La Averiguación Previa*. Ed. Porrúa, México, 1997, P. 203
27. ORTIZ, ALNFS, Loretta, *Derecho Comparado*, Ed. Porrúa, México 1999
28. PAVON, VASCONSELOS, Francisco, *Concurso Aparente de Normas*, Ed. Porrúa, México 1994
29. PAVON, VASCONSELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México 1997
30. PAVON, VASCONSELOS, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa,
31. ROJINA, VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, Edit. Porúa, Méxco 1997, p537
32. RIVERA, SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, Ed. Porrúa, méxico 1984
33. SANCHEZ, BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, Edit. Porúa, 1998, p. 606

34. SICHES, Recasens, *Sociología*, Edit. Porrúa, México, 1963, p. 123
35. SPROVIERO, Juan H. *Delito de Violación*. Ed. Astred, Buenos Aires, 1996. P 7
1991
36. TENA, RAMIREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, Edit. Porrúa, México
1994
37. VID, MAGALLÓN, Jorge, *El Matrimoni, Sacrament*, Edit. Editora Mexicana, 1965,
p. 128
38. VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México 1990

7.2. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. ATIAS, CHRITIAN, *Les personnes*. París, 1985, p, 14
2. ANDA, GUTIERREZ, Cuauhtémoc, *Introducción a las Ciencias Sociales*, Edit.
Limusa, 1994, p. 27
3. BAQUEIRO, ROJAS, Edgar, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Edit. Harla, 1994,
p. 39
4. BORJA, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, Ed. Fondo de cultura
económica, México 1992.
5. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México*,
Ed. Porrúa, 1974, P42
6. CHÁVEZ, ASECIO, Manuel, *Matrimonio, compromiso jurídico*, Mcgrohw Hill,
1990, p. 45
7. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
8. Código Penal Federal

9. Código Federal de Procedimiento Penales
10. Código Penal del Estado de Michoacán de Ocampo
11. Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán de Ocampo
12. Diario Oficial de la Federación
13. GALINDO, GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Edit. Porrúa, 1997, P. 493
14. GONZALO DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Edit, Porrúa. 1986, P. 381,382
15. Información vía internet
16. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia
17. LÓPEZ, BETANCURT, Eduardo, *delitos Especiales*. Ed. Porrúa, México, 1998. P. 196
18. *Ley para la Atención y Prevención de la Violencia Familiar*
19. MOLINA, MELIA, Antonio, *Los matrimonios que nunca existieron*, Edit. Instituto mexicano de doctrina social cristiana, México 1998
20. NEUMAN, Elías, *Victimología*, Edit. Cárdenas, México, 1984
21. OSORIO Y NIETO, César, Augusto, *La Averiguación Previa*. Ed. Porrúa, México, 1997, P. 203
22. RIVERA, SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, Edit. Porrúa, México 1984
23. ROJINA, VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, Edit. Porrúa, México 1997, p537
24. SANCHEZ, BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, Edit. Porrúa, 1998, p. 606
25. SICHES, Recasens, *Sociología*, Edit. Porrúa, México, 1963, p. 123
26. SPROVIERO, Juan H. *Delito de Violación*. Ed. Astred, Buenos Aires, 1996. P 7
27. TENA, RAMIREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, Edit. Porrúa, México 1994
28. VID, MAGALLÓN, Jorge, *El Matrimoni, Sacrament*, Edit. Editora Mexicana, 1965, p. 128.