

140
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIALECTICA JURIDICO - FILOSOFICA

DEL DELITO DE VIOLACION ENTRE CONYUGES

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO
DE LICENCIADO EN DERECHO.**

P R E S E N T A:

RICARDO CASTAÑOS MARROQUIN.



MEXICO, D. F.

**FACULTAD DE DERECHO 1987.
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

I N T R O D U C C I O N

C A P I T U L O I

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

I.1	ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO.	Pág. 1
I.2	MATRIMONIO COMO INSTITUCION.	" 21
I.3	MATRIMONIO COMO CONTRATO.	" 26
I.4	MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO Y ACTO JURIDICO CONDICION.	" 30
	NOTAS BIBLIOGRAFICAS.	" 38

C A P I T U L O II

DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL MATRIMONIO.

II.1	OBLIGACION DE CONTRIBUIR A LOS FINES DEL MATRIMONIO.	Pág. 41
II.2	DERECHO A DECIDIR DE COMUN ACUERDO EL NUMERO Y ESPACIAMIENTO DE LOS HIJOS.	" 48
II.3	DERECHO A LA VIDA EN COMUN CON LA OBLIGACION CORRELATIVA DE LA COHABITACION.	" 53

II.4	DERECHO A LA FIDELIDAD CON LA OBLIGACION CORRELATIVA IMPUESTA A CADA UNO DE LOS CONYUGES.	Pág. 60
	NOTAS BIBLIOGRAFICAS.	" 67

C A P I T U L O I I I

GENERALIDADES SOBRE EL DELITO DE VIOLACION.

III.1	ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION.	Pág. 69
III.2	CONCEPTO GENERAL DEL DELITO DE VIOLACION.	" 76
III.3	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE VIOLACION:	" 82
	a) C O P U L A.	" 84
	b) REALIZADA CON PERSONA DE CUALQUIER SEXO.	" 90
	c) EMPLEO DE LA VIOLENCIA FISICA O MORAL Y AUSENCIA O FALTA DE CONSENTIMIENTO.	" 93
III.4	EL DELITO DE VIOLACION A LA LUZ DEL ART. 267 FRACS. XI Y XVI DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.	" 101
	NOTAS BIBLIOGRAFICAS.	" 106

V.4	JUSTIFICACION JURIDICO - FILOSOFICA DE LA TESIS PROPUESTA.	Pág. 152
	NOTAS BIBLIOGRAFICAS.	" 159

C A P I T U L O V I

C O N C L U S I O N E S .	Pág. 161
---------------------------	----------

B I B L I O G R A F I A .

V.4	JUSTIFICACION JURIDICO - FILOSOFICA DE LA TESIS PROPUESTA.	Pág. 152
	NOTAS BIBLIOGRAFICAS.	" 159

C A P I T U L O VI

C O N C L U S I O N E S.	Pág. 161
--------------------------	----------

B I B L I O G R A F I A.

I N T R O D U C C I O N .

El delito de violación ha sido y sigue siendo uno de los temas de mayor controversia dentro del ámbito del Derecho Penal, se ha discutido si solamente es configurable entre personas de sexo diferente o si es posible su existencia entre personas del mismo sexo; si el sujeto pasivo de dicho delito lo puede ser el hombre o únicamente la mujer; si el bien jurídicamente tutelado es la sexualidad, el pudor, la honestidad o la libertad y seguridad sexuales; entre algunos otros puntos debatidos se ha cuestionado si la configuración del delito de violación es posible entre cónyuges.

Para obtener una respuesta a la interrogante en último término mencionada, es elemental determinar si en tal hipótesis concurren todos los elementos que establece el tipo legal, como son:

- a) Obtención de la cópula con persona de cualquier sexo.
- b) En ausencia del consentimiento del sujeto pasivo.
- c) Mediante el empleo de la violencia física o moral.

Justamente sobre la polémica suscitada en torno a este último punto, versará el presente trabajo.

Por otra parte sabemos que el bien jurídicamente tutelado por la ley en relación al delito de violación, es la LIBERTAD Y SEGURIDAD SEXUALES, y si tomamos en consideración que aun dentro del matrimonio la prestación sexual no es una obligación, sino una disposición LIBRE del propio cuerpo, ¿Podríamos llegar a la determinación de que el cónyuge que por

medio de la vis compulsiva o la vis absoluta lograra la cópula con el otro, atentaría contra la mencionada LIBERTAD Y SEGURIDAD SEXUALES ?.

Uno de los argumentos de quienes han sustentado la tesis de que no existe el delito de violación entre cónyuges, tiene como fundamento el hecho de que en tal circunstancia se estaría en presencia del "EJERCICIO DE UN DERECHO", derivado del matrimonio; sin embargo, al recurrir a la violencia se incurriría en el EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO, ya que, como lo establece el Artículo 17 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho.

Algunos tratadistas como Abarca, Maggiore, Manzini, entre otros, han abordado el problema desde el punto de vista de la legítima defensa, argumentando que ésta no se presenta en el caso de la mujer que rehusa el contacto sexual con el marido cuando éste lo hace por medio de la violencia, ya que le asiste un derecho, siempre y cuando se trate de cópula NORMAL, no así cuando se intentare "CONTRA NATURAM" o en condiciones que dañen la salud de la mujer o que la ofendan, pero...; acaso la cópula violenta, ¿ No es "contra naturam" ?; ¿ No es ofensiva ?; ¿ Es una realización en condiciones normales ?; ¿ No se trata de un desahogo indebido ?; ¿ No resulta una situación contraria a la dignidad humana y por demás un comportamiento ilícito ?.

Responder a estos cuestionamientos es el objetivo que nos hemos fijado y para tal fin expondremos una serie de argumentos que nos permitirán esclarecer los puntos controvertidos relacionados con el tema señalado.

C A P I T U L O I

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

- I.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO.
- I.2 MATRIMONIO COMO INSTITUCION.
- I.3 MATRIMONIO COMO CONTRATO.
- I.4 MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO Y ACTO JURIDICO CONDICION.

C A P I T U L O I

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

I.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO.

El matrimonio ha implicado siempre la existencia de un derecho a la unión sexual; la sociedad, en términos generales, considera admisible esa unión o intercambio y hasta opina que es el deber de los cónyuges satisfacer en cierto grado el apetito sexual o deseo de uno con respecto al otro; sin embargo, el intercambio sexual entre quienes se unen en matrimonio no debe ser considerado como un "derecho" o un "deber"; ya que, se presupone la existencia de un sentimiento que une a la pareja y con esto una libre predisposición de ambas partes en llevar una vida sexual placentera, recíprocamente deseada y aceptada.

En si mismo, el coito de dos individuos, de sexo opuesto, realizado por ambos con deliberado propósito, sin molestia ni daño de terceros, debe ser considerado como un asunto íntimo y particular, al igual que un abrazo, un apretón de manos o un beso sin que en ello tuviera ingerencia el Derecho Civil ni el Derecho Penal, de tal manera que la satisfacción del apetito sexual debe depender exclusivamente del libre consentimiento de ambos cónyuges, tomando como base que el matrimonio siempre ha sido considerado como la fuente principal, natural, "MORAL" y legal en que se sustenta la

familia, sin pasar por alto que de una Institución Natural - pasó a ser una INSTITUCION JURIDICA.

En cuanto a su origen, la institución del matrimonio surgió como un uso o hábito primitivo, en su esencia desarrollándose en el ambiente, en la época, la atmósfera social, - en la tradición de un pueblo, en sus costumbres, su cultura y aspectos económicos. Podemos afirmar que el contenido principal del matrimonio no está en la Ley, sino en el conjunto de elementos y factores antes citados.

Aun cuando el matrimonio es una de las partes fundamentales del derecho familiar, resultaría inexacto establecer que de él deriven todas las relaciones, derechos y potestades, ya que la base fundamental de dichas consecuencias jurídicas es la filiación, tomando en consideración los efectos que se producen también en relación a los hijos.

"Podemos señalar como grandes etapas en la evolución del matrimonio, las siguientes: a) Promiscuidad primitiva; - b) Matrimonio por grupos; c) Matrimonio por raptó; d) Matrimonio por compra y e) Matrimonio consensual." (1)

a) PROMISCUIDAD PRIMITIVA.- Durante esta etapa resultaba casi imposible determinar la paternidad, debido a que existían relaciones entre varios hombres con varias mujeres, prevaleciendo en alto grado una acentuada promiscuidad sexual, por lo que, las interrelaciones de familia fueron reguladas - tomando como referencia a la madre, surgiendo de esta manera la organización social denominada matriarcado, encontrándose

en esta primera etapa seguridad de la maternidad e inseguridad de la paternidad, razón por la cual el grupo familiar se fue formando en atención a la relación de madre e hijo, es por esto que además de matriarcado a este periodo se le conoció con el nombre de "Ginecocracia" (gobierno o dominio de la mujer), en este punto de desarrollo de lo único que se puede hablar es del nacimiento de la familia, considerada ésta como un grupo que básicamente está unido por lazos de sangre, mismo que surge de la necesidad biológica de la relación sexual y la procreación, determinándose así simultáneamente la existencia del hombre y de la familia.

b) MATRIMONIO POR GRUPOS.- Este periodo tiene la particularidad de que los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí, razón por la cual existe una promiscuidad relativa, tal sentimiento de hermandad se originó debido al totemismo, (creencia que los ligaba a un antepasado común) surgiendo así un impedimento para que miembros del mismo clan contrajeran nupcias, viéndose así en la necesidad de buscar la relación con miembros de otros grupos, con lo que se generó el llamado matrimonio por grupos, consistiendo éste en que ciertos hombres pertenecientes a una tribu determinada, contraían matrimonio con igual número de mujeres de un grupo diverso, persistiendo como consecuencia lógica de tal práctica el desconocimiento de la paternidad; ya que, durante esta etapa aún no se celebraba el matrimonio en forma individual, razón por la cual el régimen de matriarcado seguía prevaleciendo al igual que la determinación de la filiación tomando

en cuenta únicamente a la madre y en vista de la imposibilidad para determinar la paternidad, los hijos adquirirían la condición jurídica y social que poseían los miembros del clan materno; en algunos casos sí era permitida la unión entre miembros del mismo grupo, por lo que, se le llamaba endogamia, y cuando solamente se permitía la unión con miembros de un grupo diferente se le conocía con el nombre de exogamia.

Al dividirse un grupo en diferentes grupos o gens, - lo que sucedió fue que en una misma tribu no se permitía la unión entre los integrantes de una misma gens, había exogamia dentro de la gens pero endogamia por pertenecer a la misma tribu, sin embargo no dejaba de ser promiscuidad sexual.

c) MATRIMONIO POR RAPTO.- Aparece con posterioridad al matrimonio por grupos, aunque puede afirmarse que tuvieron una vigencia concomitante ya que uno se deriva del otro, pues al existir la prohibición de que hubiera relaciones sexuales entre los miembros de un mismo grupo, los varones buscaban a mujeres de otros grupos, por otra parte, dentro de estos dos periodos la mujer era considerada como un objeto, equiparándola a los bienes materiales y animales, tal situación se generó especialmente debido a los movimientos bélicos prevalecientes durante esa época en que la mujer era parte del conjunto de armas, provisiones y demás objetos que los vencedores lograban arrebatar a quienes sucumbían durante las batallas, sin embargo aún no era posible determinar la paternidad, pues quienes resultaban vencedores en una batalla, en otra ocasión podían ser vencidos, con la subsecuente pérdida

de las mujeres que anteriormente habían raptado y así sucesivamente, sin embargo, podemos hablar de un relativo desarrollo en virtud de que paulatinamente empieza a desaparecer la promiscuidad sexual tan acentuada en sus orígenes.

No fue sino hasta que las sociedades primitivas, por medio de la selección natural, principiaron a desplazar y a prohibir las relaciones sexuales de los padres con los hijos, excluyendo también aquellas habidas entre hermanos, cuando el hombre buscó compañera dentro o fuera de la tribu. Aparece en este período superior el matrimonio por raptó, y la compra de la mujer formándose las parejas conyugales para un tiempo más o menos largo. La poligamia prospera, el hombre puede tener varias mujeres según las posibilidades que tenga de retenerlas y mantenerlas.

La necesidad de una mujer favorita que mande y ordene el hogar, realiza la sumisión de la mujer respecto al hombre, naciendo los primeros indicios de la gens patriarcal.

- EVOLUCION DEL GRUPO FAMILIAR-: Al tratar los aspectos evolutivos del matrimonio, en este punto resultaría imposible pasar por alto el desarrollo experimentado por el grupo familiar; aun cuando hemos mencionado la palabra matrimonio, en este caso ha sido utilizada solamente como indicava de una unión, convivencia habida entre grupos de hombres y mujeres, sin que en ello encontremos las características y formalidades propias de dicho acto, las razones de esto son obvias, no obstante mencionaremos someramente la evolución -

que el grupo familiar experimentó durante estos períodos tan ligados y contemporáneos los unos de los otros.

-FAMILIA SINDIASMICA-: Es caracterizada porque se de terminaba quien era la madre, quien los hijos; y si era posible se determinaba quien era el padre, formándose el grupo familiar de padre, madre, hijos y sobrinos.

-FAMILIA CONSANGUINEA-: Se genera una organización para la relación sexual, seguían siendo grupos matrimoniales pero estableciéndose las diferentes generaciones, es decir, se evitaba la relación entre padres e hijos, una generación de abuelos se relacionaba entre sí, etc., es el principio del abandono de la promiscuidad sexual.

-FAMILIA PUNALUA-: Dentro de esta organización familiar y social, se restringe la relación sexual no solo de ge neración a generación sino también entre hermanos, así un -- grupo de hermanos tenía relación sexual con un grupo de hermanos de otra familia, con lo que se termina con la promiscuidad sexual habida entre consanguíneos; dándose un paso más hacia el grupo familiar que actualmente conocemos, siendo cada vez más factible determinar la paternidad, pero el matrimonio siguió evolucionando al igual que los grupos familiares, en realidad son instituciones que tanto en su historia como en su estructura se complementan, no se excluyen. Una vez explorada de forma muy sintética la evolución del grupo familiar continuaremos con nuestra exposición sobre la evolu ción del matrimonio.

d) MATRIMONIO POR COMPRA.- Aquí ya es posible determinar la paternidad ya que se establece de manera definitiva - el sistema monogámico, organizándose así la familia tanto jurídica como socialmente, reconociendo la supremacía y potestad del esposo a quien también le es atribuida la paternidad, estableciéndose igualmente la idea de dominación al adquirir el HOMBRE un derecho de propiedad sobre la mujer que compraba, admitiéndose con respecto a la patria potestad un poder total y sin ninguna limitación del "Pater Familias", quien lo ejercía sobre todos los miembros integrantes de su grupo familiar.

Dentro de esta etapa de evolución encontramos a la familia egipcia en donde los hijos llevaban el nombre del padre, la mujer se convierte en monógama y como consecuencia ya resulta posible determinar la paternidad, por lo que el adulterio de la esposa era fuertemente castigado, no así del hombre. Posteriormente se establece una ceremonia matrimonial civil y otra de tipo religioso, ya se estipulaban algunas condiciones con respecto a los bienes materiales, la patria potestad sobre los hijos solamente duraba mientras estos llegaban a la mayoría de edad.

e) MATRIMONIO CONSENSUAL.- Surge como el elemento constitutivo de un sistema de vida más estable y permanente bajo el cual se persigue la perpetuación de la especie, teniendo como base fundamental una manifestación libre de voluntades entre el hombre y la mujer, lo que constituye el concepto moderno de matrimonio, en cuya evolución han intervenido

diversos factores, especialmente los siguientes: "1.-) Concepto romano del matrimonio; 2.-) Concepto canónico del mismo; 3.-) El carácter laico del matrimonio." (2)

1.-) CONCEPTO ROMANO DEL MATRIMONIO: Resulta de suma importancia observar cuales son los puntos en que este concepto ha influido sobre la noción del matrimonio moderno, el aspecto de mayor relevancia a mi parecer, es que desde el matrimonio romano se empieza a concebir la relación marital como una unión o comunidad de vida y no simplemente como el enlace material de sexos, con lo que da principio la cohabitación, instante a partir del cual la mujer comparte la posición social del marido, quedando a su entera disposición; elemento éste que permite identificar tal relación en una situación de hecho que es la convivencia, sin embargo existía la posibilidad de que la cohabitación se interrumpiera, pero sin perderse en ningún momento la determinación de la mujer para ponerse a disposición del marido, quien tenía sobre ella un poder intenso como es el caso de la "manus", colocándola en situación de hija y no de esposa, o por el contrario podía prescindirse de dicho poder, constituyendo todo esto un elemento físico, es decir la unión de hombre y mujer, subsistiendo por otra parte el elemento intelectual o psíquico, integrado por el cariño, afecto o amor entre el marido y la mujer aunado a la voluntad de llevar a cabo una vida en común con la respectiva afinidad en la obtención y logro de los fines motivo de esa unión, actitud que no es un acto único, inicial, sino que debe perdurar durante el tiempo, ya que sin

dicha voluntad la unión física o elemento físico carecería de significado, por lo que se hace absolutamente necesaria - la concurrencia de ambos factores, resultando imposible la - concepción de un matrimonio en que falte uno de ellos, lle - gando por otra parte a lograr que existiera un equilibrio ple - no de derechos y deberes para cada uno de los cónyuges.

2.-) CONCEPTO CANONICO DEL MATRIMONIO: Dentro de este concepto se empieza a vislumbrar algunos matices que equiparan al matrimonio con un contrato, ya que, además de la idea religiosa y espiritual de que se ve impregnado, goza de un - contenido jurídico que está integrado por el "consensus", lo que equivale al "affectio maritalis" en el Derecho Romano; - constituyendo esto un acuerdo de voluntades, un contrato, - siendo este contenido lo que forma la base jurídica de dicha unión, la cual se pretende conciliar con una base teológica, misma que eleva al matrimonio a la categoría de sacramento - solemne, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la - Iglesia, mientras que los esposos son los ejecutores de la - voluntad de Dios, representando dicha unión la alianza de - Cristo con la Iglesia, razón por la cual dicho vínculo se - considera indisoluble, siendo el libre consentimiento de los esposos lo que da origen al enlace matrimonial, mismo que al ser sancionado por Dios solamente podrá ser disuelto por la muerte. Las características que dentro de este concepto en - contramos así como su evolución, se ven claramente influen - ciadas y determinadas por la lucha entre la Iglesia y el Es - tado para llegar a la conciliación de sus intereses respecti

-vos, representando esto un intento para determinar sus correspondientes campos de acción.

3.-) CARACTER LAICO DEL MATRIMONIO: Sobre este punto, Rafael Rojina Villegas, hace referencia al tratado de Derecho Civil de Enccerus Kipp y Wolff, en el que se establece que la creación de un concepto laico sobre el matrimonio, así como el hecho de que la jurisdicción en los casos matrimoniales y el derecho matrimonial se encontraran nuevamente dentro de la esfera de acción del Estado deriva de tres factores: 3.1) El Protestantismo; 3.2) Las Ideas de la Iglesia Galicana y 3.3) Las Ideas del Derecho Natural.

3.1) "PROTESTANTISMO: Los reformadores, aunque no sin vacilaciones, rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio; principalmente Lutero califica el matrimonio como una cosa externa, mundana, como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular...."(3).

3.2) "IDEAS DE LA IGLESIA GALICANA: En Francia durante el siglo XVI se difundió una teoría teológico jurídica que se paraba dentro del matrimonio el contrato del sacramento. La regulación del contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir la consagración del matrimonio o sacramento matrimonial." (4)

3.3) " IDEAS DEL DERECHO NATURAL: Los teóricos del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII niegan igual que Lutero, la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del Galicanismo la concepción del matrimonio como un "Contractus Civilis." (5)

De lo anteriormente expuesto puede percibirse la intención de desvincular totalmente el aspecto religioso del matrimonio para que quedase única y exclusivamente en un simple acuerdo de voluntades, libre de implicaciones religiosas, llegando inclusive al desconocimiento de su naturaleza secular; sin embargo aún durante la concepción de las ideas que dan un carácter laico al matrimonio, encontramos la posición de la Iglesia Galicana, mediante la cual una vez más se pretenden establecer los límites de acción tanto del Estado como de la Iglesia, reconociendo ésta el poder de aquel para que a su vez sea respetada el área de ingerencia única y exclusivamente religiosa, motivo por el cual surge la mencionada teoría teológico-jurídica.

Con motivo de tales discrepancias entre la Iglesia y el Estado se han suscitado diversas opiniones en cuanto a la aplicación del Derecho Canónico y de las leyes establecidas por el Estado, pudiendo en algunos casos utilizarse el derecho canónico en una forma supletoria cuando el derecho vigente en un determinado país presente diferencias en la regulación del matrimonio, o bien ha existido la posibilidad en algunos países de que los católicos se sujeten a las reglas del derecho canónico y los protestantes a las reglas establecidas por el Estado.

Por lo que toca a nuestra legislación podemos observar que a partir de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 la regulación del matrimonio quedó totalmente desvinculada del derecho canónico siendo la ley civil la que pasó a establecer:

las normas que lo rigen en su totalidad, incluyendo el divorcio, primero como separación de cuerpos y posteriormente como una forma de disolución del vínculo matrimonial; impedimentos para contraer matrimonio, casos en que podía ser declarada la nulidad, así como los efectos derivados de dicha unión.

Hablar de los antecedentes históricos del matrimonio resulta ser un tema demasiado amplio en que todas y cada una de las etapas por las que atraviesa son de gran importancia, debido a ello no podemos dejar de hacer una breve recapitulación de lo que dicha institución aportó a la evolución del grupo familiar, así como de la sociedad en general, tomando como base la evolución que observó dentro del Derecho Romano y de nuestro país.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.

En el pueblo romano para celebrar el matrimonio no fue preciso ninguna formalidad o ceremonia específicas, las que sí se llevaban a efecto era debido a las costumbres imperantes en cada época y servían únicamente para determinar su inicio; no era necesario para su validez el que hubiese habido cohabitación efectiva entre los esposos, lo único que se requería era que la mujer estuviese a disposición del marido e instalada como "uxor" en su casa, (título que adquiría la mujer en virtud del matrimonio). La forma más común empleada para este caso era la "deductio in domum mariti", pero no tenía nada de esencial y carecía de fuerza probatoria; como me

-dios de esta índole en relación al matrimonio se recurría - algunas veces a redactar un documento que se conocía con el nombre de "tabulae nupcialis"; otras se recurría al "instrumenta dotalia" que se utilizaba para determinar la constitución de la dote. Podía también servir como medio de prueba - el testimonio de amigos y vecinos. En último lugar si la cohabitación era entre personas honestas y de la misma condi - ción se presumía el matrimonio, en caso contrario la presun - ción era de concubinato.

Sólo en el matrimonio legítimo o "justae nuptias", - celebrado conforme a las reglas del derecho civil, se adquirían en Roma la patria postestad, el parentesco civil o agna - ción y los derechos de familia, y únicamente por él la mujer gozaba de la condición social del marido y podía participar del culto privado de él.

Si bien era necesaria la celebración de algún acto o ceremonia para llevar a cabo la realización del matrimonio - sí fue preciso que se cumplieran los requisitos que exigía - la ley para que dicha unión fuera válida y produjese todos - sus efectos.

Estos requisitos indispensables para que hubiera jus - tas nupcias, eran según Ulpiano, los siguientes: La pubertad; el consentimiento; y el connubiun. Estos requisitos debían - reunirse en conjunto si faltaba alguno de ellos no podían - llevarse a cabo las justas nupcias, teniendo cada uno de ellos elementales componentes como son:

- PUBERTAD-: Este requisito correspondía a la edad - para contraer matrimonio, siendo doce años para la mujer y - catorce para el hombre, aunque con anterioridad eran los jefes de familia quienes en cada caso dictaminaban cuando sus hijos podían contraer matrimonio.

- CONSENTIMIENTO-: En este caso debía de tratarse de una manifestación de voluntades absolutamente libre, ausente de todo tipo de constreñimientos, además si los contrayentes eran "alieni juris" y estaban por consiguiente sujetos a la patria potestad del jefe de familia, se requería también el consentimiento de éste y si el padre se hallaba sometido a - la del abuelo, era necesario el consentimiento de ambos, si el padre se negaba sin justo motivo el consentimiento podía ser dado por el Pretor; el hijo emancipado no necesitaba el consentimiento del padre, no así la hija menor de veinticinco años, que aún emancipada debía obtenerlo del padre o habiendo muerto éste de la madre y parientes más próximos. (6).

- CONNIBIUM-: Era la capacidad específica para poder se unir en matrimonio con determinada persona; así no bastaba que cada uno de los cónyuges fuera individualmente capaz para contraerlo sino que era necesario que fueran capaces de casarse el uno con el otro. (7)

En un principio el connibium fue un derecho civil - concedido únicamente a los ciudadanos romanos y sólo por excepción a ciertos extranjeros. Esta prohibición fue aligerándose con el tiempo y así vemos que las leyes "Papia Poppea y

Julia", autorizaron las nupcias entre ingenuos y emancipados en el año de 772 de la era romana. La ley "canuleia" dió autorización para que se celebrara entre patricios y plebeyos. Las constituciones de Justiniano le permitían entre senadores y emancipados, (8) es así como resultaban incapaces para contraer matrimonio quienes tuvieran lazos de parentesco, naturales o civiles, siendo en línea recta una prohibición sin límite de grado y en línea colateral sólo se prohibía el matrimonio entre hermanos, tíos y sobrinos.

EVOLUCION HISTORICA DEL MATRIMONIO EN MEXICO.

-EPOCA PREHISPANICA-: Los grupos indígenas prehispánicos eran en su totalidad pueblos religiosos, adoradores de la naturaleza y de sus elementos. Su vida transcurría con ritos, ceremonias y celebraciones propias del politeísmo. La institución matrimonial entre estos pueblos no podía salirse del sendero de la religión, ésta acompañada siempre de una serie de ritos que se celebran al realizarse la ceremonia nupcial.

El matrimonio entre los antiguos aztecas, estaba siempre fundado en la potestad del padre y naturalmente daba a la familia un tipo patriarcal.(9) El matrimonio era poligámico, entre las clases sociales superiores se podían tener - cuantas esposas se pudieran mantener, pero dentro de este harem había una esposa principal cuyo hijo gozaba de los derechos del padre al morir éste. La esposa principal recibía el

nombre de "Cihuatlanti", recibiendo las demás la denominación de " Cihuapil-li "; (damas distinguidas) estas esposas eran de dos clases: Las dadas por sus padres a solicitud del marido, que recibían el nombre de " Cihuanemactli "; y las mujeres que habían sido robadas a sus padres por los grandes señores, que recibían el nombre de " Tlacihuaantin ". (10)

Los Aztecas hacían casar a los jóvenes varones entre veinte y veintidos años y a las mujeres entre los diez y los dieciocho años de edad. El casamiento a estas edades era un deber social y a quien no se casaba en este tiempo, se le cortaba el cabello y era expulsado de la sociedad juvenil, incluso en ocasiones el que no se casaba en el año indicado no se casaba jamás ni podía tener contacto sexual con ninguna mujer. (11)

El antiguo mexicano podía tener además de sus esposas, las mancebas y concubinas que quisiera, siempre y cuando estas mujeres estuvieran libres del lazo prohibitivo del matrimonio así como consanguíneo. (12)

La ceremonia del matrimonio entre Aztecas se iniciaba con la reunión de toda la familia, convocada por el padre para discutir el matrimonio del hijo, después se llamaba al joven para que diera su consentimiento de contraer nupcias con una determinada mujer y si aceptaba se formaba una comitiva que se dirigía al hogar del padre de la novia para pedirle su consentimiento. (13)

Era costumbre que el padre siempre se negara a entre

gar a la hija en la primera solicitud. La segunda solicitud se hacía ofreciendo algunos regalos como la dote que llevaba el novio al matrimonio. En esta ocasión el padre daba su consentimiento fijando la fecha para la unión. (14)

Llegando el día elegido, en la noche los parientes de la novia se encargaban de conducirla al hogar conyugal a la luz de las antorchas, el novio y la novia se purificaban con humo, se sentaban en un tapete y el sacerdote tomaba los vestidos de los consortes, los ataba, bendecía la unión y el lugar en donde estaban; celebrado el enlace los consortes ayunaban durante cuatro días, no se lavaban y se abstendían de cualquier acto carnal. En la cuarta noche, después de bendecir el lecho y de hacer un sacrificio se arañaban con una espina de maguey la lengua y una oreja, llevándose a cabo su unión sexual. Al quinto día los contrayentes eran bañados y la sábana del lecho conyugal era llevada al templo en testimonio de la virginidad de la contrayente, quedando así concluido el enlace matrimonial. (15)

Entre los Aztecas también existía el llamado matrimonio temporal, en el que el hombre se unía en matrimonio hasta que él quisiera disolverlo, caso en el que la mujer volvía con sus padres. En esta clase de ceremonias no se celebraba ningún rito, pues sólo era preciso el consentimiento del padre de la joven; a la esposa temporal se le llamaba "Temecauh" o "Tlacallalcanuil-li", pasado un tiempo esta esposa podía exigir al marido para que se convirtiera en esposa definitiva o bien fuera entregada a sus padres. (16)

Entre los Toltecas solamente se consentía tener una sola mujer, ni el mismo Rey (jefe de todos) podía tener más de una. Este Jefe Político, al morir su esposa, no podía contraer nupcias otra vez y la tradición nos cuenta que los antiguos Chichimecas y entre los Otomíes, Mazatecas y Pínoles, el Príncipe sólo podía tener una esposa. (17)

-EPOCA DE LA COLONIA-: El primer brote de mestizaje en México como en toda la América Española, apareció en la unión concubinaría. Raros fueron los matrimonios de españoles con indígenas y si acaso esto sucedió, fue solamente como pacto de paz entre los altos jefes militares y las hijas de indios de alta jerarquía social; en un principio la Iglesia aceptaba el matrimonio consensual y no fue sino hasta el siglo XVI cuando por medio del Concilio de Trento, se establecieron los matrimonios con ceremonias y requisitos, siendo una de las principales preocupaciones de los misioneros suprimir a toda costa la poligamia y adaptar el matrimonio indígena prehispánico al matrimonio cristiano.

Realizada la conquista a fines del siglo XVI aparecieron los postulados establecidos en el Concilio de Trento, con esto los matrimonios de los indígenas que no se efectuaban con todas las ceremonias que exigía o establecía la Iglesia, eran considerados como uniones concubinarias. Así el matrimonio religioso se convirtió en la época de la Colonia en la única forma que daba legitimidad a las uniones. La Iglesia atacó siempre de manera violenta y quiso hacer desaparecer las uniones libres, pero nunca trató de resolver el problema.

-MEXICO INDEPENDIENTE-: Durante esta etapa en la Ley del Registro Civil de 1857, se aprecia que el derecho canónico y el derecho secular seguían un paralelismo en materia matrimonial. El matrimonio religioso era aceptado con el único requisito establecido por la Ley del Registro Civil de 1857 de que los cónyuges o el sacerdote registraran dicho acontecimiento en la oficialía correspondiente, posteriormente al cobrar vigor las teorías o ideas reformistas se intenta borrar la influencia de la Iglesia en la personalidad jurídica del Estado, argumentando que el matrimonio es una sociedad emanada de la voluntad de los que quieren unirse. Esta voluntad y esta sociedad deben ser regulados por el Derecho Secular, independientemente de la voluntad eclesiástica. (19)

La vieja rivalidad en torno a la competencia matrimonial volvería a surgir en el año de 1859, en el que se segregó a la Iglesia del Estado y los actos que le correspondían a esta pasan a ser competencia exclusiva del Registro Civil, por primera vez establecido en México; sin embargo, el matrimonio eclesiástico fue una de las instituciones que ya habían sido reconocidas y penetrado en el espíritu del mexicano. El mestizo, el indígena y el criollo habían tomado como bandera religiosa a la católica y consideraron como único y legítimo matrimonio al realizado de acuerdo a los cánones. Las uniones realizadas fuera de esta religión eran consideradas ilegítimas y concubinarias. (20)

De esta manera al llegar el año de 1860, Benito Juárez decreta la libertad de cultos y con posterioridad en 1870 ex

- pide un nuevo Código Civil que en su Art. 159 define al matrimonio diciendo: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con el vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Y en su Art. 161 hacía mención de que; "El matrimonio debía celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige"; contemplándose además que en éste Código se le da al matrimonio la categoría de contrato al determinarlo así el Art. 2029; "El contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad...", además contempló el divorcio única y exclusivamente como separación de cuerpos y no como disolución del vínculo, más adelante surge el Código Civil de 1884, en el que se transcribe literalmente la definición de matrimonio dada por el Código Civil de 1870, y una vez terminados los conflictos políticos revolucionarios, el Congreso Constituyente de 1917 estampa en la Carta Magna la separación de la Iglesia y el Estado en todos los actos referentes al matrimonio; --- en ese mismo año aparece la Ley de Relaciones Familiares, en la que se pretende establecer que las viejas ideas romanas y canónicas estaban fuera de la realidad de nuestro pueblo, afirmando que el cristianismo no influyó de manera directa sobre la organización de la familia, pues el Derecho Canónico aceptó las relaciones familiares establecidas por el Derecho Romano en todo aquello que no fue influido por el carácter de sacramento que se dió al matrimonio. Sin embargo aceptar que las ideas romano-canónicas estaban fuera de la reali

-dad de nuestro pueblo es una aseveración falsa, ya que en particular México es un país religioso conforme a las ideas cristianas, es la religión misma la que ha formado un concepto de vivir en nuestro pueblo, además la familia es por naturaleza tradicional, prefiere la seguridad y mejoramiento de sus elementos, sin recurrir a cambios bruscos, evoluciona según las circunstancias. La reforma de mayor importancia que se observa con esta Ley de Relaciones Familiares es sin lugar a dudas el que se contemple al matrimonio como un vínculo "DISOLUBLE" y asimismo es desde esta ley que se estableció como edad mínima para contraer matrimonio la de catorce años en la mujer y dieciseis en el hombre. (21)

I.2.- MATRIMONIO COMO INSTITUCION.

Para entender el concepto de matrimonio desde este punto de vista, resulta necesario en primera instancia determinar lo que se entiende por Institución Jurídica y al decir de Rafael Rojina Villegas, "una Institución Jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad." (22)

Asimismo, Rojina Villegas cita en su obra a Hauriou quien contempla el matrimonio como una idea de obra, que pretende la consecución de una finalidad recíproca, consistente en la realización de un estado de vida permanente entre los consortes para constituir una familia, entendiéndose que ambos cónyuges podrán obtener un grado de autoridad equivalente

o por el contrario determinar que el mando sea depositado únicamente en el marido. (23)

Ahora bien, en este punto surgiría la pregunta de ¿ Por qué el matrimonio puede ser considerado una institución jurídica ?. Para responder a tal interrogante podríamos hacer un breve análisis del concepto citado de Institución Jurídica, así en primer lugar tendríamos: 1.- Conjunto de normas de igual naturaleza. El conjunto de normas que regulan el matrimonio son de igual naturaleza ya que se trata de normas jurídicas que regulan tanto su celebración como sus efectos; y 2.- Regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Todas estas normas están enfocadas hacia el matrimonio y su finalidad es que la familia sea constituida sobre una base legal para proteger a sus integrantes.

Para Bonnecase es una Institución Jurídica porque existe un conjunto de reglas imperativas para reglamentar la unión de los sexos de acuerdo a la naturaleza permanente del hombre y siguiendo las aspiraciones del momento. (24)

También es sostenido por los representantes de esta teoría que el matrimonio sí puede ser considerado como una institución ya que tal carácter cobra mayor evidencia si tomamos en cuenta que los cónyuges al casarse no adquieren derechos que no puedan ser modificados por una ley posterior que organice al matrimonio en términos distintos a los de la ley que regía en el momento de efectuarse el matrimonio.

Pablo Roubier enfoca el problema desde otro punto de

vista, para llegar a una solución del mismo divide el estudio de la Institución Jurídica de la siguiente manera: Contempla tanto la existencia de instituciones jurídicas privadas como de instituciones jurídicas públicas, señalando como ejemplo de las mencionadas en primer término la familia, el matrimonio, la propiedad, etc., y ejemplifica las segundas con los municipios, las cámaras de comercio, las oficinas de beneficencia, etc. y para finalizar propone un concepto de Institución Jurídica diciendo que "Es un conjunto orgánico que contiene la reglamentación de un dato concreto y durable de la vida social y que está constituido por un nudo de reglas jurídicas dirigidas hacia un fin común." (25) Hay en toda institución, -continúan diciendo- dos elementos principales que son; en primer término un carácter de duración que le es impreso por hechos concretos que le sirven de base y por la otra parte el carácter orgánico que tiende a la creación de un conjunto jurídico, mismo que recibe del derecho en si y no de los hechos. (26)

Por otra parte Julien Bonnacase define a la institución jurídica, como "el conjunto de reglas de derecho que constituye un todo orgánico y que comprende una serie indefinida de relaciones derivadas todas de un hecho único, fundamental, considerado como punto de partida y como fase." (27)

Al igual que Pablo Roubier, Calogero Gangi se cuestiona sobre si el matrimonio debe de ser considerado como una institución de derecho privado o de derecho público, determinación que según Calogero se inclina plenamente y sin lugar

a duda hacia la consideración de que estamos en presencia de una institución de derecho privado. (28) Llega a tal afirmación argumentando que no debemos de perder de vista que el derecho público regula la organización y la actividad del Estado y sus entes así como las relaciones de los particulares y éste, en tanto en tales relaciones el Estado no se despoja de su investidura de imperio, es decir mientras se encuentre ejerciendo las funciones de su poder soberano. Por el contrario el Derecho Privado es el que regula las relaciones de los particulares entre sí y de los particulares con el Estado y sus entes cuando éste se despoja de su investidura de imperio, actuando fuera del ejercicio de su poder soberano.

En relación a esto, Calogero Gangi opina que por una parte debe admitirse que las normas bajo las cuales surge y se rige el matrimonio, aun siendo de Derecho Privado, van más encaminadas hacia el interés público, ya que su objetivo principal es el interés de la familia, dentro del cual se encuentra el de la sociedad y el Estado y por lo mismo no pueden ser modificadas por los contrayentes, sin embargo esto no es motivo suficiente para afirmar que dichas normas sean de Derecho Público ya que de cualquier forma la constitución del vínculo matrimonial queda supeditado a la voluntad y consentimiento de los contrayentes. (29)

En términos generales la voluntad de los contrayentes en la mayoría de los países ha sido considerada como un requisito esencial, ya que de no existir dicha manifestación no podrían unirse en matrimonio, por lo que la opinión general

-zada ha calificado al matrimonio como una institución rígida, además se debe de tomar en consideración que el Estado ha procurado proteger la institución matrimonial estableciendo una serie de lineamientos que determinarán la forma en que deben desarrollarse las relaciones conyugales, estableciéndose así unilateralmente los derechos y obligaciones que surgen de los cónyuges entre sí al igual que las responsabilidades y deberes que contraen con los hijos.

Lo anterior se ve fortalecido con el concepto que Julien Bonnecase nos proporciona del matrimonio, tomando como punto de partida la tesis de Hauriou: "El matrimonio es una institución formada por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de sexos, y por lo mismo a la familia, una organización social y moral que a la vez corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de Derecho ." (30)-continuando su argumentación afirma- que dicha institución es consecuencia de la naturaleza misma de las cosas, siendo totalmente imperativa en todas sus partes, ya que se impone externamente a los interesados y se hace exigible para poder ser aplicada en forma de un acto jurídico, no admitiendo modificación o discusión alguna, exigiendo únicamente la manifestación de voluntad de los contrayentes, - misma que carece de valor si dicha unión no es declarada por el Oficial del Registro Civil.

En resumen, consideramos que no es posible negar que las normas por las cuales el matrimonio se ve regido tienen la misma naturaleza jerárquica y son dirigidas hacia la obtención de una misma finalidad, por lo tanto, es posible sostener que desde el punto de vista normativo la naturaleza jurídica del matrimonio cae dentro de la estructura de una Institución Jurídica.

I.3.- MATRIMONIO COMO CONTRATO.

Para los romanos el matrimonio no solamente era considerado como una institución de hecho perfeccionada por la intención espiritual o "affectio maritalis", el matrimonio romano era más que esto, ya que, se requería para su perfeccionamiento además del consentimiento de las partes, la tradición de la mujer, o sea que ésta hubiese sido puesta a disposición del marido por cualquiera de las formas que el derecho había instituido para la "tradictio". (31)

Como puede observarse, el matrimonio desde el punto de vista histórico ha sido considerado como un verdadero contrato hablando incluso del perfeccionamiento del mismo con la tradición de la cosa, sobre este particular el maestro Julien Bonnecase nos dice: "Dos concepciones son susceptibles de dominar la reglamentación del matrimonio; la concepción del matrimonio como contrato y la del matrimonio como institución, su conjunto contribuye a aclarar el estado actual del derecho matrimonial". (32) De esta manera remitiéndose a su

obra titulada "La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia, expresa que el Código de Napoleón, - considerado en sus reglas positivas no califica al matrimonio como un contrato; sin embargo, en el siglo XIX y en parte de éste no se ha sabido deducir la tesis del matrimonio como - institución, debido al culto que se le profesó al acto jurídico y al espejismo maravilloso del contrato. Esta confusión se debe también en parte al término técnico de matrimonio.

Para quienes opinan que el matrimonio sí puede ser - considerado como un contrato, la fórmula básica parte del - concepto mismo de contrato, entendiéndolo éste como el acuerdo de voluntades para hacer producir un efecto de derecho, ya - que, en el matrimonio es elemento esencial el acuerdo de voluntades y también se busca la finalidad de producir un efecto de derecho, aun cuando esta no sea la única meta deseada.

Desde este punto de vista podemos decir que el acuerdo de voluntades lleva la intención de que se produzcan los efectos de derecho a que hacíamos referencia, además desde - el Código Civil de 1870 al matrimonio se le ha considerado - como un contrato civil y actualmente muestra Carta Magna así lo estatuye en su Artículo 130 párrafo tercero y por otra - parte debemos reconocer que acto jurídico es un acuerdo de - voluntades que crea derechos y obligaciones, sin embargo la diferencia fundamental existente entre un contrato civil y el matrimonio es que, en el primero son las partes las que - fijan los efectos y condiciones a que se sujetarán en virtud de la realización de dicho acto, no así en el segundo que es

la misma ley que establece esa serie de efectos y condiciones a las cuales deben sujetarse los contrayentes, por lo tanto, denominar al matrimonio tajantemente como un contrato civil resultaría inexacto y por demás restringido.

Por otra parte Calogero Gangi establece que la doctrina formada y desarrollada durante la vigencia del Código Civil Italiano de 1865 sostenía que el matrimonio debía ser considerado como un contrato de naturaleza especial, como un contrato de Derecho Familiar, reconociendo al mismo tiempo - que el objeto y los fines del contrato, la constitución, el mantenimiento y la disolución del vínculo; los derechos y obligaciones de las partes están regulados por la ley de una manera indiscutible y permanente, pues la familia es de suma importancia no sólo para los esposos sino también para la sociedad y el Estado, por tal razón se suscitaron algunas opiniones considerando al matrimonio como un contrato de Derecho Familiar, distinguiéndolo así del resto de los contratos y algunos otros estudiosos del tema intentaron distinguir al matrimonio como un contrato de Derecho Privado, en tanto se atendiera el interés de los esposos y un contrato de Derecho Público dando prioridad al interés de la sociedad y el Estado. (33)

En contraposición a lo anterior algunos autores afirmaron, por una parte, que el matrimonio debía considerarse como un acto de poder del Estado, en donde el consentimiento de los esposos solamente tendría el valor de presupuesto, o bien; se sostuvo que se trataba de un acto jurídico complejo.

En torno a esto Calogero Gangi dice: "Las partes no siempre podían regular el contrato patrimonial como querían y hacerle producir los efectos que querían. Había normas inderogables que limitaban su libertad; pues bien, si esto se admitía para los contratos de derecho patrimonial, con mayor razón se debía admitir para el contrato de matrimonio, que es un contrato de Derecho Familiar, que atañe más que a los bienes a las personas y cuyos efectos sobrepasan a las personas de los esposos y se extienden a toda la familia, a la sociedad y al Estado. Por otra parte no se podía decir que la autonomía privada estaba suprimida en el contrato de matrimonio, ya que, las partes eran libres de contraer o no contraer matrimonio, y en esa libertad consistía precisamente el reconocimiento de su autonomía." (34)

Dentro de esta corriente contractualista encontramos tratadistas que piensan que el matrimonio no debe ser considerado un contrato civil, así Rafael de Pina nos dice: " El matrimonio civil se constituye mediante un acto de un órgano estatal, (administrativo o judicial) que crea entre los contrayentes una relación jurídica de tipo permanente que no encaja exactamente en la figura del contrato civil." (35)

Por su parte Julien Bonnecase afirma que el matrimonio no debe ser considerado como un contrato en virtud de que la reglamentación de los contratos "está absolutamente dominada por la regla de la autonomía de la voluntad", siendo esta voluntad soberana en la formación, efectos y disolución de los contratos. Dentro de la crítica que al respecto hace

Bonnecase, esgrime que mientras en todo contrato ordinario la regla de la autonomía de la voluntad es la base, en el matrimonio, dicha voluntad se encuentra reprimida pues los cónyuges no pueden disolver el vínculo matrimonial por su sola voluntad, ya que dichas causas de disolución se encuentran reglamentadas en la ley y aun cuando se contempla el divorcio por mutuo consentimiento, no puede decirse que el matrimonio se pueda disolver por el solo acuerdo de los cónyuges. (36)

De la misma manera Julien Bonnecase, en su obra La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia, expresa que el matrimonio también adolece de la calidad de contrato ya que; "El Oficial del Registro Civil es el que une a los esposos y hay matrimonio hasta que éste pronuncia la fórmula de unión." (37) Por otra parte el objeto del matrimonio difiere del de un contrato ordinario civil, ya que el matrimonio no tiende esencialmente al aprovechamiento de las riquezas ni al aprovechamiento de servicios susceptibles de valoración pecuniaria.

El objeto del matrimonio es unir a la mujer y al hombre en su más alta expresión, no solamente engloba la unión física sino aun la espiritual y total.

I.4.- MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO Y ACTO JURIDICO CONDICION.

A) Matrimonio Como Acto Jurídico Mixto.- Esta teoría encuentra la explicación de la naturaleza jurídica del matrimonio

monio haciendo la distinción de los actos jurídicos en: 1) Actos jurídicos privados; 2) Actos jurídicos públicos; y 3) Actos jurídicos mixtos.

Los actos jurídicos privados son celebrados con la intervención única de los particulares; en la realización de los actos jurídicos públicos la intervención corresponde al Estado; y los actos jurídicos mixtos se llevan a cabo con la injerencia tanto del Estado como de los particulares, en donde cada uno hace la manifestación de voluntad respectiva, quienes sostienen esta teoría tratan de resolver así el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio, entre sus argumentos encontramos que además del consentimiento de los esposos, es de naturaleza esencial la intervención del Oficial del Registro Civil, quien en este caso está representando al Estado, desempeñando un papel constitutivo, ya que sin la declaración de esta representación estatal en el sentido de que queda constituido el vínculo conyugal, dicho matrimonio sería desde el punto de vista jurídico considerado como inexistente.

El multicitado Rafael Rojina Villegas, en relación a este punto manifiesta que debe desecharse la tesis contractual del matrimonio por las razones que expone Bonnacase, pues "debe reconocerse que en el Derecho de Familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto, en el cual participa en forma constitutiva el Oficial del Registro Civil." (38) Aunado a esto en nuestro derecho se considera al matrimonio como un contrato solemn

-ne , de tal manera que para que tenga validez jurídica es necesario que se levante el acta matrimonial en el libro respectivo, de acuerdo con las formalidades que establece la ley.

Queda demostrado pues, que la intervención del Oficial del Registro Civil no es sólo declarar unidos en matrimonio a los contrayentes, ya que, además es de vital importancia - que se levante el acta respectiva.

Es importante en la exposición de esta teoría la distinción existente entre actos jurídicos privados, actos jurídicos públicos y actos jurídicos mixtos, cuya formación ha sido ya explicada, sin embargo en relación a los actos jurídicos mixtos que son en los que intervienen tanto los particulares como el Estado, la opinión de quienes defienden esta posición es que la intervención del Oficial del Registro Civil, no se queda simplemente en una función declarativa, sino que va mucho más lejos, es decir, no declara simplemente unidos en matrimonio a los cónyuges, pues su intervención en realidad es constitutiva del vínculo matrimonial, y desde este punto de vista podría pensarse que en realidad se trata de un acto de poder del Estado, pero de esta manera se dejaría fuera la intervención de los cónyuges y no debemos olvidar - que si bien es cierto que sin la declaración del Oficial del Registro Civil no quedaría constituido el vínculo matrimonial también lo es que dicha declaración sería totalmente nula si los cónyuges no manifestaran su consentimiento en ese sentido.

B) Matrimonio Como Acto Jurídico Condición.- El acto jurídico condición ha sido explicado como la forma en la cual se crea una situación jurídica que depende de la realización o celebración de un acto determinado que es la "condición" - necesaria para la producción de los efectos de derecho deseados.

Leon Duguit, principal exponente de esta teoría, define el acto jurídico condición como "El acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o 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 permiten su renovación continua." (39)

De tal manera y debido a la celebración del matrimonio la vida de los cónyuges se regirá en forma permanente por la aplicación condicionada de un estatuto jurídico anteriormente establecido.

Con el objeto de facilitar la explicación de esta teoría, el citado Leon Duguit hace una división de los actos jurídicos en razón al efecto que producen; situandolos en las siguientes categorías: 1) Actos regla; 2) Actos subjetivos; y 3) Actos condición. (40)

1) Actos Regla: Dentro de esta categoría se encuentran clasificados los que crean, modifican o extinguen una situación jurídica general y se constituyen através de un conjunto

de normas jurídicas de carácter general y abstracto que forman el derecho.

2) Actos Subjetivos: Son contrarios a los actos jurídicos regla, ya que, mientras aquellos se ocupan de situaciones jurídicas generales, los actos subjetivos son aquellos que modifican o extinguen una situación jurídica individual, por ejemplo los contratos en los que las partes fijan de común acuerdo y concretamente los términos y condiciones del contrato, así la voluntad de los contratantes es lo que determinará el objeto y alcance de la obligación contraída, sin perjuicio de que habrá normas supletorias en caso de que se omitan condiciones que debiera contener el contrato realizado.

3) Actos Condición: Algunos autores consideran que el matrimonio forma parte de la naturaleza jurídica que adquieren estos actos. El acto jurídico condición tiene como efecto condicionar la aplicación de una situación jurídica general a un caso concreto.

Gabino Fraga señala que hay un gran número de casos en que la norma jurídica no puede ser aplicada de pleno derecho a un caso individual, y para que lo sea se requiere la realización de un acto jurídico intermedio. Dicho acto produce una modificación o mutación en el orden jurídico, en virtud de que debido a su realización el individuo queda colocado dentro de la regla general. (41) Quienes son partidarios de esta tesis citan como ejemplo al matrimonio en el que es necesario que los contrayentes realicen el acto jurídico que

está condicionado a que se aplique el conjunto de preceptos que en forma objetiva existen en el derecho positivo; también se señala como ejemplo a la tutela, esto por lo que hace al derecho privado y en lo que se refiere al derecho público, - concuerdan con tales características los estatutos u ordenamientos que se aplican a los funcionarios cuando han sido designados para desempeñar algún cargo.

Asimismo Leon Duguit, citado por Rojina Villegas afirma que por el matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que regula la vida de los cónyuges en forma permanente. El derecho es puesto en movimiento en virtud del acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes. (42)

Por su parte Gabino Fraga, citado por Raúl Ortiz Urquidí, al explicar el mecanismo de los actos jurídicos con condición lo hace diciendo que la situación de hijo adoptivo o de casado no se aplica de pleno derecho a todos los individuos, se requiere para el primer caso el acto de la adopción y para el segundo el acto del matrimonio...- y termina diciendo- que esos actos necesarios para que una situación jurídica general se aplique a un caso individual, se designan con el nombre de actos condición, significándose con esta expresión la aplicación de la norma general. (43)

- OPINIÓN PERSONAL SOBRE LAS TESIS EXPUESTAS -

Intentar determinar cual es la naturaleza jurídica -

del matrimonio resulta un tanto complicado ya que dicho acto posee una amplia gama de aspectos a analizar; en mi concepto por lo que hace a la teoría contractual es la que más se aleja de la realidad, sin embargo la celebración del matrimonio no deja de tener ciertos matices que lo hacen parecer como un contrato ordinario, por una parte el acuerdo de voluntades lleva la intención de que se produzcan los efectos de derecho, además nuestra Carta Magna le atribuye tal carácter en su Art. 130 párrafo tercero y desde el Código Civil de 1870 así se le consideró, sin embargo la diferencia fundamental entre los contratos y el matrimonio es que en los primeros son las partes quienes fijan los efectos deseados y en el matrimonio es la ley la que los fija.

En lo que se refiere al matrimonio como Institución podemos decir que sí puede ser considerado con tal naturaleza cien por ciento, ya que, un conjunto de normas lo regulan específicamente.

Sí es un acto jurídico mixto ya que interviene tanto el Estado, representado por el Oficial del Registro Civil, como los particulares que son los contrayentes, y tanto la declaración de constitución del vínculo conyugal como la manifestación de voluntad en unirse en matrimonio, respectivamente de uno y otros, carecerían de validez total si se presentaran en forma independiente.

Por último podemos afirmar que sí se trata de un acto jurídico condición en virtud de que si no se realizan las formalidades a que se condiciona la creación de dicha rela -

ción no se producirían los efectos previstos por la ley.

En resumen, las tesis antes expuestas no se excluyen unas con otras, sino por el contrario si sumáramos todas estas teorías tendríamos como resultado que el matrimonio es un acto jurídico complejo, ya que cada una de ellas comprende alguno de los aspectos de dicho acto, complementándose unas con otras.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

C A P I T U L O I.

- (1) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL (Introducción, Personas y Familia), 14a. Ed. Porrúa, S.A., México 1977, Tomo I, Págs. 276 y 277.
- (2) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. Cit., Pág. 278.
- (3), (4) y (5).
ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. Cit., Págs. 279 y 280.
- (6) PEFET, EUGENE HENRI JOSEPH. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, Traducción de José Fernández, - Prólogo de José Ma. Rizzi, 1a. Ed., Porrúa, S.A., México 1984, Págs. 104 y 105.
- (7) ORTOLAN. JOSEPH LOUIS EZEAR. EXPLICACION HISTORICA DE LAS INSTITUCIONES DEL EMPERADOR JUSTINIANO, Traducción de Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Leocadio López, Editor, Madrid 1879, Primera Parte Capítulo II, Págs. 27 y 28.
- (8) PEFET, EUGENE HENRI JOSEPH. Ob. Cit., Pág. 106
- (9) KOHLER, JOSEF. EL DERECHO DE LOS AZTECAS, Traducción del Alemán por Carlos Rovalo y Fernandez, Edición de la Revista Jurídica de la Escuela - Libre de Derecho, Compañía Editora Latino Americana, México 1924, Pág. 40.
- (10) KOHLER, JOSEF. Ob. Cit., Pág. 41
- (11) KOHLER, JOSEF. Ob. Cit., Pág. 39
- (12) KOHLER, JOSEF. Ob. Cit., Págs. 39 y 42.
- (13) KOHLER, JOSEF. Ob. Cit., Pág. 42.

- (14) y (15) KOHLER, JOSEF. Ob. Cit., Pág. 43
- (16) KOHLER, JOSEF. Ob. Cit., Págs. 41 y 42.
- (17) KOHLER, JOSEF. Ob. Cit., Pág. 41.
- (18) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. LA FAMILIA EN EL DERECHO, Porrúa, S.A., México, 1984, Págs. 46 y 47.
- (19) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Págs. 48 y 49.
- (20) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Págs. 50 y 52.
- (21) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Págs. 52, 56 a 58, 60 y 61.
- (22) y (23) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. Cit., Págs. 281 y 282.
- (24) BONNECASE, JULIEN. LA FILOSOFIA DEL CODIGO DE NAPOLEON, APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA, Traducción por José Ma. Cajica Jr., José Ma. Cajica Jr., Editor, Puebla, Puebla, 1945, Vol.II, Pág. 219.
- (25) ROUBIER, PABLO. TEORIA GENERAL DEL DERECHO, HISTORIA DE LAS DOCTRINAS JURIDICAS Y FILOSOFIA DE LOS VALORES SOCIALES, Traducción del Lic. José Má. Cajica Jr., Editorial José Ma. Cajica Jr., S.A., Puebla, Puebla, Pág. 24.
- (26) ROUBIER, PABLO. Ob. Cit., Pág. 25.
- (27) BONNECASE, JULIEN. Ob. Cit., Pág. 214.
- (28) GANGI, CALOGERO. DERECHO MATRIMONIAL, Traducción del Italiano de Miguel Moreno Hernández, Editorial Aguilar, Madrid, 1960, Pág. 37.
- (29) GANGI, CALOGERO. Ob. Cit., Pág. 38
- (30) BONNECASE, JULIEN. Ob. Cit., Págs. 218 y 219.

- (31) ORTOLAN, JOSEPH LOUIS EZEAR. Ob. Cit., Pág. 28
PEPET, EUGENE HENRI JOSEPH. Ob. Cit., Pág. 107.
- (32) BONNECASE, JULIEN. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL,
Traducción de José Ma. Cajica Jr., Cárdenas -
Editor, Tijuana, B.C., 1985, Tomo I, Págs. 537
y 538.
- (33) GANGI, CALOGERO. Ob. Cit., Pág. 28
- (34) GANGI, CALOGERO. Ob. Cit., Págs. 30 y 31.
- (35) PINA, RAFAEL DE. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL
MEXICANO, 8a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1977,
Vol. I, Pág. 315.
- (36) BONNECASE, JULIEN. Ob. Cit., Págs. 538 y 542.
- (37) BONNECASE, JULIEN, Ob. Cit., Pág. 300.
- (38) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. Cit., Pág. 265
- (39) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. Cit., Pág. 282.
- (40) DUGUIT, LEON. TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
3a. Ed., Librería Fontemoing, Paris, 1927, - -
Primer Tomo, Págs. 327 a 329.
- (41) FRAGA, GABINO. DERECHO ADMINISTRATIVO, 17a. -
Ed., Revisada y Actualizada por Manuel Fraga,
Porrúa, S.A., México, 1985, Pág. 34.
- (42) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. Cit., Pág. 282.
- (43) ORTIZ URQUIDI, RAUL. MATRIMONIO POR COMPOR-
TAMIENTO, Tesis Doctoral Aprobada con Mención
Honorífica, Editorial STYLO, México, 1955, -
Pág. 55.

C A P I T U L O I I

DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL MATRIMONIO.

- II.1 OBLIGACION DE CONTRIBUIR A LOS FINES DEL
 MATRIMONIO.

- II.2 DERECHO A DECIDIR DE COMUN ACUERDO EL NUMERO
 Y ESPACIAMIENTO DE LOS HIJOS.

- II.3 DERECHO A LA VIDA EN COMUN CON LA OBLIGACION
 CORRELATIVA DE LA COHABITACION.

- II.4 DERECHO A LA FIDELIDAD CON LA OBLIGACION
 CORRELATIVA IMPUESTA A CADA UNO DE LOS
 CONYUGES.

C A P I T U L O I I

DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL MATRIMONIO.

II.1.- OBLIGACION DE CONTRIBUIR A LOS FINES DEL MATRIMONIO.

Como en toda relación jurídica, por virtud del matrimonio nacen una serie de derechos y obligaciones de los cuales son titulares tanto los cónyuges en primera instancia, - como los hijos así tenemos que, los efectos del matrimonio - abarcan tres aspectos como son: a).- Prerrogativas y deberes que surgen entre consortes; b).- Efectos en relación a los hijos; y c).- Con respecto a los bienes. En el caso que nos ocupa el aspecto de mayor importancia es el relativo a los - derechos y obligaciones que surgen entre los cónyuges, ya que al determinar el alcance de tales efectos estaremos en aptitud de decidir hasta qué punto es posible llevar un cabal - cumplimiento de los mismos, siendo tales obligaciones y dere - chos de carácter eminentemente jurídico pero con un fundamen - to ético; así dentro de este orden de ideas, podemos decir - que "el vínculo formado entre los cónyuges origina el naci - miento de derechos y "DEBERES" iguales para ambos esposos, - siendo estos recíprocos, es decir, que todo "DERECHO" de un cónyuge es "OBLIGACION" en el otro, que es el sujeto pasivo de aquel derecho y existirá siempre otro derecho en el otro cónyuge con idéntico contenido, cuyo sujeto pasivo a su vez será el primero. Por ejemplo, nos dice Alberto Pacheco - -

Escobedo; el esposo tiene la obligación de guardar fidelidad a la esposa, que para este efecto es sujeto activo, pues tiene derecho a la fidelidad del esposo, y la esposa a su vez es sujeto pasivo pues tiene el deber de fidelidad a la cual tiene derecho su marido". (1)

Por otra parte, a este respecto Manuel F. Chávez Asencio, refiere que los deberes jurídicos familiares son difícilmente coercibles. Es decir, es sumamente difícil exigir un deber jurídico familiar, aunque teóricamente y haciendo una abstracción pudiéramos imaginar la posibilidad de acudir a los tribunales para exigir, por ejemplo el cumplimiento del deber de fidelidad. Pero en la práctica, vemos la dificultad evidente de no poder cuantificar el grado de fidelidad que exigiremos ni lograr su cumplimiento. Esto no quiere decir que al no haber posibilidad de exigencia forzada, no puedan ser materia del derecho los deberes, pues estimamos que no necesariamente una de las características del derecho es su coercibilidad, pues ésta se da como consecuencia de la violación del derecho". (2)

Tomando como base la enunciación anterior podríamos establecer que los deberes jurídicos generalmente se ven relacionados con los morales y religiosos, así Manuel F. Chavez Asencio, al abordar este tema hace referencia a Rafael de Pina, quien establece que "en el sentido gramatical la palabra "DEBER", significa aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas". (3)

Desde este punto de vista, los "DEBERES", al decir de Manuel F. Chavez Asencio, "más que potestades o poderes, son servicios que se prestan, donaciones que se hacen, entregas que se efectúan. La relación familiar se funda en deberes más que en obligaciones. Ciertamente es que teóricamente los "DEBERES" se pueden exigir y como servicio se pueden demandar, pero no se requiere su exigencia o demanda para que se otorguen".(4) Apreciación esta con la que estamos totalmente de acuerdo, ya que si las relaciones familiares se basaran en "OBLIGACIONES" estrictamente dichas, no tendríamos un comportamiento espontáneo dentro del grupo familiar o del matrimonio ya que se vería condicionado a una forma de actuar forzada reaccionando conforme a lo exigido y no conforme a lo deseado, es decir, dentro de las relaciones familiares para que observemos cierto comportamiento no es necesario que quien tenga derecho a ello así lo exija, ya que su cumplimiento se encuentra implícito dentro de la relación misma. Así los deberes que en el matrimonio encontramos al incorporarse en el derecho positivo y considerarse "DEBERES JURIDICOS", no dejan de ser de contenido moral y religioso; conservando así una doble característica.

Por su parte Alberto Pacheco Escobedo dice que "El matrimonio es una institución que no puede ser modificada -- por las partes en sus aspectos esenciales en virtud de que -- al derivar ésta de la naturaleza humana, el pretender cambiarlas por voluntad de los contrayentes equivaldría a una -- negativa de llegar a conseguir los fines que la misma natura

-leza busca a través del matrimonio, ya que sólo se alcanzan los fines cuando se respetan los aspectos esenciales" (5). De esta manera, el autor citado claramente demuestra que no acepta la existencia de un matrimonio en el cual se pueda elegir la finalidad del mismo, ya que considera que dentro de dicha institución no deben admitirse cambios, y si tomamos como punto de partida que dentro del matrimonio se ha señalado a la procreación como su fin principal, al tratar de buscar la consecución de un fin diverso incurriríamos en la negativa a que Alberto Pacheco Escobedo hace referencia, sin embargo debemos tener en cuenta que el matrimonio es una comunidad de dos vidas, en donde tanto la mujer como el hombre tienen derecho a buscar el logro de los fines que persiguen, siempre y cuando sean lícitos, por lo cual Antonio de Ibarrola con respecto a la mujer dice, "Más que nadie tiene la mujer la necesidad de que en el amor sea respetada, tiene derecho a que en la unión estable del matrimonio se unan dos vidas, no solo dos fantasías pasajeras". (6)

El mismo Ibarrola hace referencia a las palabras de Ahrens que a este respecto dice: "El matrimonio es la unión formada entre dos personas de sexo diferente, a fin de producir una comunidad "PERFECTA" de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia". (7)

En base a los criterios antes expuestos, podemos considerar que el matrimonio establece una comunidad de vida que hace posible la satisfacción de las necesidades que la

sociabilidad y la sexualidad plantean al hombre, existiendo esta comunidad de vida no sólo en relación al cónyuge sino - con los hijos en el caso de que los hubiera. No hay para los hombres mayor intimidad que la que se establece en el plano humano entre marido y mujer.

Alberto Pacheco Escobedo, insistiendo en que la procreación es el principal fin del matrimonio, manifiesta que - "dentro de dicha institución la complementariedad de ambos - sexos logra su mayor integración mutua, enfocándose hacia una reproducción conciente y educadora".(8)

Criterio este último con el que no estamos de acuerdo ya que actualmente resultaría contradictorio hablar de que la procreación sea el principal fin del matrimonio, en virtud de que las campañas de planificación familiar carecerían de objeto, aun cuando la planificación familiar no significa no procrear, en la actualidad existen muchas parejas que deciden no tener hijos y no por ello los fines que persigan en su unión matrimonial se verán desvirtuados; el mismo Alberto Pacheco Escobedo reconoce que cada pareja puede tener sus fines específicos, estableciendo cada uno los que desee alcanzar, existiendo tantos intereses como diversa es la especie humana, y a este respecto el autor citado nos dice que "En el matrimonio, no es abstracto, sino en cada matrimonio, hay intereses de toda la especie humana y de ambos cónyuges. Esta realidad tiene una correspondencia muy clara en el terreno jurídico que podríamos expresar diciendo que todo matrimonio interesa a la sociedad y a los cónyuges; en todo matrimo

-nio hay interés público y de los esposos; sin plantear cual de los dos intereses sea superior, pues existiendo ambos, deben ser protegidos y considerados, ya que sólo en el perfecto equilibrio de ambos se logrará el sano desarrollo de la institución matrimonial". (9)

De esta manera entre los fines del matrimonio encontramos la relación sexual y la procreación, sin embargo el matrimonio celebrado sin el fin de la procreación también sería completamente válido. Como objeto general del matrimonio podemos señalar que busca una vida en común entre un sólo hombre y una sola mujer, así el objeto directo del mismo sería el originar los derechos y obligaciones que la ley establece para los consortes; el objeto indirecto esta conformado por la vida en común, ayuda mutua, fidelidad, etc., incorporándose a estos el amor conyugal, base principal para el logro de cualquier fin dentro de la relación marital, elemento que resulta ser de carácter imprescindible. Como podemos observar, los objetivos que se atribuyen al matrimonio son múltiples; además de los señalados se encuentran la moralización del amor, educación de la prole, auxilio recíproco de los cónyuges, felicidad mutua, vida en común, perfeccionamiento, complemento sexual y otros más. Un punto ampliamente discutido es si lo principal en el matrimonio es la procreación o el mutuo auxilio, entendido este como la complementación o plena realización de los cónyuges, sin embargo no existe oposición, ya que, los sexos se unen para complementarse y ello se logra reproduciéndose o si no se desea la reproduc

-ción, el matrimonio será en sí mismo un medio que en el campo sentimental y profundamente íntimo nos proporcionará la complementación a que hacíamos referencia, pues en la familia como unidad orgánica no puede haber desarmonía entre sus fines. El propósito indiscutible de esta unión es la integración sexual humana realizada en todos los ordenes; es decir, que el matrimonio sea al mismo tiempo un medio para el mejoramiento y la felicidad de los individuos, así como para la realización de los fines legítimos de la sociedad y el Estado.

Uno de los criterios que robustecen lo antes dicho, es el sustentado por Marcela Olavarrieta, quien establece que "en relación a la pareja se va proliferando cada vez más una elección libre de dos personas que se necesitan "COMO COMPLEMENTARIAS". La actitud del varón debe de ir cambiando, aceptando la verdad de que el hombre y la mujer se complementan "FISICA, PSIQUICA, Y FUNCIONALMENTE". El sentimiento creciente de libertad personal va llevando a la pareja hacia un trato de no posesión;-continúa diciendo- por último, un elemento definitivo es que la procreación "YA NO ES EL FIN PRIMORDIAL DE LA PAREJA", está en igual rango de los otros". (10)

Además de esto, la propia ley y en concreto el Artículo 162 del Código Civil vigente para el Distrito Federal - en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal, no establece de manera expresa que la procreación sea el fin principal del matrimonio, por el contrario, se emplea una redacción que deja abierta la posibilidad de la existencia de fines múltiples dentro de esta institución

al establecer: "Los Cónyuges están obligados a contribuir a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente..." De esta manera, podríamos pensar incluso que se le da mayor importancia a la complementariedad o plena realización de los cónyuges, ya que se establece de manera expresa el socorro o ayuda mutua.

II.2.- DERECHO A DECIDIR DE COMUN ACUERDO EL NUMERO Y ESPACIAMIENTO DE LOS HIJOS.

Durante muchos años se ha tenido la idea de que el fin primordial del matrimonio es la procreación como medio de la preservación de la especie humana; sin embargo, actualmente podemos darnos cuenta de que el matrimonio persigue otro tipo de finalidades tan importantes como ésta, inclusive algunas parejas no sólo han relegado a segundo término tal finalidad; sino que, la han descartado, lo cual no significa que sea lo ideal ni el común denominador en las parejas jóvenes, pero es innegable que ha dejado de tener la importancia vital que anteriormente se le atribuía, llegando al grado de establecer que el matrimonio estaba hecho para engendrar, asignando un mínimo de importancia a la complementariedad o plena realización de la pareja.

Hoy día antes de pensar en procrear se intenta el logro de fines diversos, tales como obtener una mayor integración de los consortes, la consecución de metas personales que por la naturaleza de las mismas sería muy difícil obtener

existiendo hijos, una mayor preparación en cuanto a la responsabilidad de ser padres, un nivel económico más o menos estable, etc, y por otra parte ha cobrado mayor importancia la planificación familiar, en base a la cual los matrimonios actuales programan el número de hijos que desean tener, tomando en consideración diversos aspectos como son: ingreso o nivel económico, tiempo disponible para la educación de los hijos, espacio habitacional, etc.

Por otra parte, aun cuando en nuestro país nunca se ha coartado la libertad de tener los hijos que se deseen ni el espaciamiento entre los mismos, "en el año de 1974, por decreto congresional de 27 de diciembre, publicado en el Díario Oficial de la Federación, correspondiente al día 31 del mismo mes y año, el Artículo 4° Constitucional cambió su texto relacionado con la libertad de trabajo, por el de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer". (11)

Así el texto de dicho artículo quedó de la siguiente manera: Art. 4° "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos..."

No será materia del presente trabajo el determinar si la redacción de dicho artículo fue elaborada o no con una buena técnica legislativa en materia constitucional o si era o no necesaria dicha reforma o proclamación tanto de la igual

-dad ante la ley entre varón y mujer así como el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número y espaciamiento de los hijos, simple y sencillamente nos concretaremos a decir que por lógica y razones naturales quien va a mantener y educar a los hijos es la única persona legítima para determinar cuántos y en qué momento desea tenerlos. Es importante dada la naturaleza del problema que nos ocupa, reconocer que la reforma en cuestión fue la consecuencia de un profundo cambio social estrechamente vinculado con la institución matrimonial y sus fines; con anterioridad a la reforma constitucional en cuestión, se originó un cambio en el ámbito del derecho civil, respecto del cual Alberto Pacheco Escobedo comenta: "La reforma hecha al Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, en el año de 1972 es de considerarse desafortunada, -ya que según él- se interpretó erróneamente el fin o el ideal buscado por el movimiento de la liberación femenina." (12)

El segundo párrafo de dicho artículo dice: ... "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."

Reiterando nuestra posición respecto de este problema, resulta importante en este punto hacer notar que actualmente los fines del matrimonio ya no pueden ser determinados

tajantemente; es más, me atrevería a decir que nunca han sido determinados en tal forma, ya que estos varían de acuerdo a los intereses y manera de pensar de cada pareja, pero independientemente de esto, suponiendo que la procreación sea un fin imprescindible dentro del matrimonio, y tomando en cuenta las opiniones de quienes dicen que el fin lícito de las relaciones sexuales dentro del matrimonio es la procreación, ¿Llegaríamos al extremo de afirmar que cada acto sexual realizado dentro del matrimonio tendría que perseguir como fin la procreación?; creemos que de aplicar este criterio, volveríamos a los tiempos en que la mujer era considerada únicamente como una fábrica de hijos, es por esto que dicha reforma viene a dar un sentido más amplio a la institución matrimonial, dejando a los cónyuges en libertad absoluta de decidir y además de común acuerdo si desean tener o no hijos, ya que aún cuando no se establece expresamente que podrán decidir no tener hijos, al señalar que determinarán el número y espaciamiento de ellos, la resolución de común acuerdo puede ser cero, y no por ello dejarán de cumplir con los fines del matrimonio.

Como podemos observar, en nuestra legislación se garantiza el derecho a decidir de manera libre y responsable - en el ámbito personal el número de hijos y el derecho de los cónyuges en caso de matrimonio. Esta prerrogativa, como lo dice Manuel F. Chávez Asencio, "queda situada en lo que conocemos como paternidad responsable, que comprende también lo relativo al ejercicio de la patria potestad. La paternidad

responsable no se limita a decidir el número o espaciamiento de los hijos, sino, además todo lo relativo a la formación y educación de los hijos como responsabilidad en el ejercicio de la patria potestad." (13)

La Ley General de Población también se ocupa de esta materia en su Artículo 3º, Fracción Segunda, en el que se establecen como fines de la ley que la Secretaría de Gobernación elabore programas de planificación familiar, por conducto de los servicios educativos y de salud pública, vigilando de la misma manera que se realicen con absoluto respeto a los derechos fundamentales del hombre y se preserve la dignidad de las familias, con el objeto de regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el mejor aprovechamiento de los recursos humanos del país, la misma ley define la planeación familiar como "el derecho que toda persona tiene a decidir de manera libre, responsable o informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, y obtener información especializada y los servicios idóneos".

El citado Chávez Asencio asevera que "también dentro de este derecho se encuentra incorporado el derecho a la integridad corporal, pues ninguna persona podrá ser esterilizada contra su voluntad o a cambio de alguna contraprestación, ni tampoco podrá ser utilizada o forzada para probar medios anticonceptivos. Toda persona tiene derecho a su integridad física, que es un derecho natural y en el área familiar la violación va en contra de la función natural procreativa del hombre y la mujer". (14)

II.3.- DERECHO A LA VIDA EN COMUN CON LA OBLIGACION CORRELATIVA DE LA COHABITACION.

Esta prerrogativa o derecho implica el deber de vivir bajo el mismo techo; los cónyuges deben de vivir en el mismo domicilio, así lo establece el Art. 163 del Código Civil vigente antes citado y a la letra dice: Art. 163.- " Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales...", en este punto se ve un gran avance en nuestra legislación, ya que antiguamente, nos refiere Alberto Pacheco Escobedo, "el domicilio conyugal era señalado por el marido como una consecuencia de la obligación que este tenía de mantener a la familia y de obtener los medios necesarios para el desarrollo de la misma. Al suprimirse dicha obligación del marido se suprimió también el derecho que tenía para el señalamiento del domicilio cónyugal". (15)

De esta manera en la actualidad, el domicilio conyugal debe de ser señalado de común acuerdo según lo establece expresamente el artículo antes transcrito.

Por otra parte debemos hacer notar que el vivir en el mismo domicilio implica la unión de vida y la íntima relación entre los cónyuges, cosa que difícilmente se podría lograr si vivieran separados. Surge esta obligación o deber ya que sólomente así se pueden cumplir en toda su extensión los fines múltiples del matrimonio, así como los demás deberes que de éste se derivan.

Otro aspecto de la prerrogativa o deber que nos ocupa es el relativo a la asistencia mutua que se otorgan los cónyuges, incluyéndose también la ayuda espiritual la cual es consecuencia de la plena comunidad que debe existir entre ellos. Esta característica tiene un aspecto positivo, tal como dar consejo, prestar auxilio de todo tipo, y muchísimo más, en la riqueza infinita que presta la vida matrimonial cotidiana, y otro aspecto negativo que lleva a abstenerse y tratar de evitar "todo aquello que en alguna forma puede trastornar la vida conyugal, o la persona del otro cónyuge, en su aspecto material y espiritual". (16) En esta última observación que nos hace Alberto Pacheco Escobedo, podemos encontrar la profunda importancia del aspecto espiritual dentro del matrimonio y el respeto que se deben los cónyuges tanto en lo material como el mencionado espiritual, aspectos que se contienen en la vida sexual de los cónyuges, comprendiéndose así que ambos deben de respetar las decisiones tomadas, como es el caso de realizar la cópula en los momentos en que ambos lo deseen, entendiéndola como una entrega de amor voluntaria, libre de exigencias, aspecto dentro del cual no sería concebible argumentar el ejercicio de un derecho en caso de que se llevara a cabo mediante exigencias o violencia física o moral.

Por lo anteriormente expuesto podemos afirmar que mediante la vida en común se hace posible espiritual y físicamente el cumplimiento de los fines objetivos del matrimonio, de tal manera que constituye la relación jurídica fundamental

de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar, según Chávez Asencio "fundadas o accesorias".

Puede eximirse de este deber a los cónyuges en los casos que así lo prevea la ley, concretamente el segundo párrafo del Artículo 163 del Código Civil antes citado dice: - "Los Cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales con conocimiento de causa podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en un lugar insalubre o indecoroso".

En este tipo de deberes conyugales se incluye el derecho de cada uno a la relación sexual, que en realidad no debe de constituir un "DERECHO" en el sentido estricto de la palabra, ya que en realidad es una prestación voluntaria, una entrega mutua, sin que sea necesaria la exigencia del mismo como "DERECHO" sin embargo, según lo manifiesta Rafael Rojina Villegas, "el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio". (17)

Consideramos que esta determinación es aceptable siempre y cuando se trate de una negativa "INJUSTIFICADA Y SISTEMÁTICA" ya que aun cuando no se trate en estricto sentido de un "DERECHO", la complementariedad sexual es uno de los fines que persigue el matrimonio y si ésta no se lleva a cabo por razones injustificadas, no tendría objeto la existencia de tal unión.

Tradicionalmente, como lo hemos venido mencionando, la perpetuación de la especie ha sido señalada como el fin principal del matrimonio, estableciéndose asimismo que para tal efecto, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal. Sin embargo es importante hacer nota a este respecto lo que Alberto Pacheco Escobedo manifiesta: "la sexualidad como característica de la naturaleza humana no es exclusivamente instinto sexual, sino que debe entenderse en forma mucho más amplia es la complementariedad PSICOLOGICA y de APTITUDES, necesaria por naturaleza para que exista la humanidad. (18)

De tal manera resulta inconcebible que se piense en la relación sexual dentro del matrimonio como una obligación o un derecho si en realidad, como quedó asentado se trata de una complementariedad psicológica, que abarca la espiritual, moral y por otra parte la física, y dichos complementos o formas de integración de la pareja son espontáneos, no se requiere su exigencia, además de que es una complementariedad natural, no puede ser inducida ni por medio de exigencias ni por la violencia.

Por otra parte la sexualidad no es una degradación del espíritu humano que cayó en lo material, el sexo como facultad del hombre puede llegar a ser mal utilizada, en contra de sus fines naturales y entonces se producirían actos reprobables por la perversión del fin, que en este caso no solamente se trata de la procreación sino también de la comple -

-mentariedad sexual de que hemos hablado, así como la plena identificación en todos los aspectos de la vida conyugal. Es por esto que diferimos de la opinión que al respecto expresa Alberto Pacheco Escobedo quien nos dice: "La finalidad propia y natural del sexo es la reproducción de la especie humana.- Cuando se ejercita la función sexual buscando la procreación se estará usando correctamente y el placer que pueda producir se no es malo en sí mismo. -Aquí la parte en que no estamos de acuerdo- cuando por el contrario, se invierten los términos se pervierte la función; cuando se busca el placer por sí mismo y se evita la procreación el acto es necesariamente perverso por ser antinatural". (19)

Lo antes transcrito, es tanto como aceptar que dentro del matrimonio la relación sexual invariablemente debe de per seguir la procreación, lo cual actualmente resulta alejado - de la realidad social, además sería tanto como asumir que las relaciones sexuales en que no se tuviera como objetivo la - procreación se vieran matizadas de características indebidas, contrarias a los fines del matrimonio.

De la misma manera se habla del derecho recíproco so bre los cuerpos de los cónyuges, en orden a los actos propios para engendrar, sin embargo lo que en realidad existe y se - encuentra regulado por la ley, es el derecho a tener hijos, no el derecho sobre el cuerpo del cónyuge, se ve apoyada tal consideración en el hecho de que el orden jurídico no sancion a las relaciones carnales entre personas mayores de edad - que consienten en ello libremente pues cada hombre dispone -

libremente de su sexo, mientras no perturbe el orden público o el bien común. Tal apreciación es válida incluso dentro del matrimonio, ya que la libertad sexual en este caso se refiere a los momentos, a la libertad de decidir cuando es grato y se desea y cuando no sea así; independientemente de su sanción moral el derecho no debe prohibir que los hombres y mujeres adultos, dispongan libremente de su cuerpo, mientras esa disposición no afecte derechos de terceros o perturbe el orden público, lo cual es aplicable dentro del matrimonio, ya que tanto el esposo como la esposa tienen la capacidad de aceptar cuando se es grato y de reaccionar negativamente cuando no es grato, es decir, la libertad sexual entendida como la posibilidad de escoger los momentos para realizar la cópula y el respetar las decisiones que cada cónyuge tome a este respecto no se ve restringida ni disminuida por virtud del matrimonio.

En relación a este problema Alberto Pacheco Escobedo manifiesta lo siguiente: "El derecho recíproco para engendrar es un derecho sobre el cuerpo del otro cónyuge, es un derecho recíproco y bilateral y además solo puede ejercerse en orden a los actos de suyo aptos para engendrar y educar a la prole, aunque de hecho no se engendre". (20)

Si tratáramos de asimilar el párrafo antes transcrito llegaríamos a la determinación de que es contradictorio y actualmente alejado de la realidad social que vivimos, contradictorio porque establece que dicho derecho solamente puede ejercerse para engendrar, dejando invalidado un fin que este

autor señala como secundario que denomina el remedio de las pasiones, siendo que en líneas anteriores establecía que el derecho de perseguir la consecución de los fines primarios - no debe ser obstáculo para obtener los fines secundarios y - por otra parte concluye diciendo que no importa que de hecho no se llegue a engendrar; y nos parece alejado de la realidad social que vivimos ya que actualmente ha cobrado gran auge - la planificación familiar, dejando de ser la principal finalidad del matrimonio el engendrar y por otra parte el Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deja a los cónyuges la elección de decidir el número - y espaciamiento de los hijos, pudiendo resultar que se llegue a la decisión de no tenerlos o bien tener uno y algunos años después otro; en los cuales se originarían según este autor relaciones sexuales indebidas y alejadas de su fin natural - ya que no se encaminarían a la procreación.

Mas adelante Pacheco Escobedo nos dice: "Aun cuando el Código Civil no indica expresamente cuales son los fines del matrimonio, por la naturaleza del mismo concluimos que - estos "TIENEN QUE SER" engendrar y educar a la prole, entre otros". (21)

De esta manera el autor citado no deja ninguna otra posibilidad en cuanto a la elección de los fines del matrimonio, dependiendo de los intereses lícitos de cada pareja.

Por último, considero que es importante hacer alguna reflexión de lo que significa el amor dentro del matrimonio, así diremos que éste no solamente debe entenderse como una -

integración de la educación sexual, sino que debe sobrepasar la incluyéndose la sensibilidad y la conciencia de los valores esenciales como son el amor mismo y el respeto, asimismo la unión matrimonial debe comprender tanto el aspecto físico, psicológico como moral y espiritual, y al determinar que la relación sexual es tanto un derecho como obligación recíprocos dentro del matrimonio nos estaríamos olvidando de los aspectos antes citados, ya que tales relaciones son el resultado de una complementariedad física, moral y espiritual de los cónyuges, siendo también muy importante el aspecto psicológico, influyendo éste en la plena realización del amor conyugal.

II.4.- DERECHO A LA FIDELIDAD CON LA OBLIGACION CORRELATIVA IMPUESTA A CADA UNO DE LOS CONYUGES.

El derecho y la obligación de fidelidad se refiere a la conducta que debe observar un cónyuge con relación al otro, implica fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa, excluyéndose la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con personas del sexo opuesto, mismas que sin llegar al adulterio sí implica un ataque al honor y a la honra del otro cónyuge.

Es evidente que el principal control en el deber de fidelidad debe basarse no en los preceptos jurídicos consagrados expresamente en un código sino en las reglas que se derivan de las buenas costumbres imperantes en una sociedad,

ya que si se tomara en cuenta el aspecto externo de este deber sancionaría exclusivamente aquellos actos que como el adulterio implican una violación manifiesta al orden moral y social, independientemente de la intención misma del cónyuge y de la obligación moral y jurídica de mantener fidelidad. Podría decirse que el derecho también comprende el aspecto estrictamente espiritual del problema, ya que sanciona la violación del deber de fidelidad que se traduce en aquellos actos que moralmente demuestran que un cónyuge no guarda al otro las consideraciones debidas conforme a las buenas costumbres.

En el matrimonio tal deber, consideramos que no depende de la voluntad de los esposos, ni aún del arbitrio del legislador, sino que se funda exclusivamente en la naturaleza misma de la institución matrimonial que exige seguridad, orden público y buenas costumbres; independientemente de los propósitos personales de cada cónyuge y de la mayor o menor fuerza con que el ordenamiento jurídico pueda imponer la observancia de dicha obligación.

Este tipo de deber derivado del matrimonio, se distingue claramente del derecho recíproco a la cohabitación o bien del hecho de llevar a cabo la relación sexual con el cónyuge, pues por este hecho se entiende el llevar a cabo la cópula cuando legítimamente uno de los cónyuges lo solicita, y en cambio el deber de fidelidad consiste en la abstención de realizar esos actos con cualquier otra persona que no sea el propio cónyuge. Estos deberes indisolubles contraídos por los cónyuges tienen como sustento la libertad absoluta de

que gozan podría llegar a pensarse que dicha libertad sería coartada o restringida si no se les permitiera contraer estos deberes indisolubles en tanto dure el matrimonio, ya que ellos en plena libertad deciden adquirirlos.

Para Manuel F. Chávez Asencio este deber que nace del matrimonio, "comprende no sólo actos de no hacer, relativos a abstenerse de relaciones genito-sexuales con persona distinta del cónyuge, sino también el cumplimiento de la promesa dada y el compromiso diario y permanente entre los cónyuges; comprende la permanencia del matrimonio como forma y camino de vida. La fidelidad es un deber que se da en igualdad, complementario y se exige como recíproco; es intransmisible e irrenunciable". (22)

De la misma manera, el autor citado refiere lo que al respecto manifiesta Augusto C. Belluscio en su libro Derecho de Familia; este autor opina que "la fidelidad matrimonial consiste en la observancia de la fe prometida entre los esposos, fe que se ha señalado equivale al amor con carácter de exclusividad, que es la promesa que entraña al matrimonio". (23)

Al referirse al adulterio, la legislación civil contempla la infidelidad, de tal forma el Art. 156, en su Fracción V, señala como impedimento para contraer matrimonio el adulterio habido entre las personas que desean contraer nupcias, también el Art. 267 en su Fracción I, señala al adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges como causa de divorcio, preceptos que de una u otra forma nos demuestran

la existencia de la fidelidad que se deben los esposos, ya que lo sancionado es la violación a dicho deber, sin embargo esto solamente demuestra la existencia de una infidelidad material, que se concretiza en el adulterio, debiendo tomar en cuenta que también existe la infidelidad moral, misma que se origina cuando con persona de otro sexo se establece una relación efectiva capaz de lesionar los sentimientos del otro cónyuge, sin que necesariamente se establezca una relación sexual (cópula), basta con que se presuma fundadamente la existencia de una relación amorosa extramatrimonial.

En base a lo anteriormente expuesto es como podemos llegar a la determinación de que tal incumplimiento comprende además del aspecto jurídico, el moral, por lo que el control en el cumplimiento del deber de fidelidad, debe buscarse en preceptos jurídicos y en reglas derivadas de la buena costumbre, imperante en la sociedad y que tienen una base ética, interviniendo o actuando conjuntamente en este caso la moral y el Derecho.

Desde el punto de vista social el deber de fidelidad origina un tipo de relaciones que el derecho toma en cuenta, pues cuando no se guarda la consideración, respeto y decoro recíprocos entre los consortes, cabe la posibilidad de que se cometan ofensas graves que pongan en peligro la estabilidad del matrimonio, y sobre todo, pueden dar origen a una demanda de divorcio.

El que la Legislación Civil y Penal Mexicana contemple el derecho y deber de fidelidad sancionando el adulterio,

se explica no en el hecho de que un cónyuge tenga derecho sobre el cuerpo del otro, sino simplemente en la "LIBERTAD SEXUAL" que no debe ser entendida como la libertad de decidir con quien llevar a cabo el acto sexual, sino como el momento en que se quiera y desee llevar a cabo, sin que se lesionen derechos de terceros, y tratándose del matrimonio es obvio que se refiere a la cópula con el cónyuge, es la libertad sexual en relación con la libre disposición del propio cuerpo, sin que tenga forzosamente que relacionarse con persona alguna ; por tanto aún dentro del matrimonio no se pierde la libertad sexual ya que se conserva el derecho de sentir el deseo o escoger el momento, para llevar a cabo una relación sexual, sin que ello implique el faltar al deber de fidelidad en relación al matrimonio.

La fidelidad desde este punto de vista debe ser considerada como un valor y en tal virtud abarca un terreno mucho más amplio que el simple no hacer o el abstenerse de no tener relaciones íntimas con persona distinta del cónyuge, - traduciéndose de esta manera en un deber positivo que consiste en la respuesta y cumplimiento a los compromisos de la vida entre quienes originalmente fueron novios y posteriormente como consecuencia entre cónyuges dichos compromisos se - confirman día a día; en resumen la fidelidad no solamente - contempla lo relativo a las relaciones sexuales sino que abarca de la misma forma el diario cumplimiento de los deberes y obligaciones entre cónyuges mediante lo cual se perseguirá - el cabal cumplimiento de los fines del matrimonio y de la familia.

Por último, haremos referencia a las palabras que al respecto esboza Manuel Chávez Ascencio, quien nos dice que: - "Los deberes jurídicos pueden ser exigibles, pero difíciles de cuantificar y demandar en grado o intensidad especial. La fidelidad, por ejemplo, que es un deber conyugal, lo ideal es que se cumpla como tal, su violación destruye al matrimonio. El otro cónyuge puede exigir la fidelidad pero ¿ En qué grado de fidelidad ?. La fidelidad no admite grados, se vive cada vez más plenamente, y en la medida en que se integra la pareja la fidelidad se incrementa, la que también deberá ser incrementada en la medida en que aumente el amor conyugal, - con el cual está relacionada. Es difícil la fidelidad sin - amor conyugal, el incremento de uno incrementa la otra".(24)

En realidad observamos que al existir amor conyugal la relación marital se hace cada vez más placentera y con menos dificultades, por lo que es obvio que al incrementarse - este también se incrementa la fidelidad, es decir, la base - de una relación matrimonial placentera es precisamente el - amor conyugal, dentro del cual van implícitos con su respectivo cumplimiento todos los deberes matrimoniales, incluyéndose dentro de estos el respeto que cada cónyuge debe al otro tanto en el aspecto físico como espiritual, último éste en - el que podemos incluir el comportamiento sexual, debiendo - quedar absolutamente claro que las relaciones sexuales dentro y fuera del matrimonio constituyen una entrega voluntaria, - deseada y en relación al matrimonio en este aspecto no debe de condicionarse esta situación a la existencia de un supuesto derecho o al cumplimiento de una obligación.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que los deberes u obligaciones que se originan en virtud de la celebración del matrimonio son de un alto contenido ético-moral, mismos que ha sido necesario encuadrar en un marco jurídico para garantizar en lo posible su cumplimiento, logrando así una mayor estabilidad de la institución matrimonial y mediante ellos, lejos de considerarlos un obstáculo o una -- "OBLIGACION NEGATIVA", o una carga innecesaria, obtener la realización de los fines que se persigan con la celebración del matrimonio, tomando en consideración que su cumplimiento no está condicionado a la existencia de un derecho ni de una obligación, son deberes que se cumplen en función de una entrega voluntaria y deseada, fundada en el amor conyugal, ingrediente sin el cual los deberes señalados carecerían de objeto.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, Editorial Panorama, México, 1984, Págs. 83 y 84.
- (2) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. LA FAMILIA EN EL DERECHO, Porrúa, S.A., México, 1984, Pág. 339.
- (3) y (4) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Pág. 342.
- (5) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 66.
- (6) IBARROLA, ANTONIO DE. DERECHO DE FAMILIA, 3a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1984, Pág. 62.
- (7) IBARROLA, ANTONIO DE. Ob. Cit., Pág. 143.
- (8) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 64.
- (9) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 65.
- (10) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Pág. 191.
- (11) ORIHUELA BURGOA, IGNACIO. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, 17a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1983, Pág. 270.
- (12) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. Ob. Cit., Págs. 117 y 118.
- (13) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Pág. 393.
- (14) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Págs. 393 y 394.
- (15) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. Ob. Cit., Págs. 118 y 119.
- (16) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 88.

- (17) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, (Introducción, Personas y Familia), 14a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1977, Tomo I, Pág. 320.
- (18) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 63.
- (19) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 62.
- (20) y (21) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 116.
- (22 y (23) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit. Pág. 352.
- (24) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Pág. 377.

C A P I T U L O I I I

GENERALIDADES SOBRE EL DELITO DE VIOLACION.

- III.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION.

- III.2 CONCEPTO GENERAL DEL DELITO DE VIOLACION.

- III.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE VIOLACION.
 - A) COPULA
 - B) REALIZADA CON PERSONA DE CUALQUIER SEXO.
 - C) EMPLEO DE LA VIOLENCIA FISICA O MORAL Y
 AUSENCIA O FALTA DEL CONSENTIMIENTO.

- III.4 EL DELITO DE VIOLACION A LA LUZ DEL ARTICULO 267
 FRACS. XI Y XVI DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL
 DISTRITO FEDERAL.

C A P I T U L O I I I

GENERALIDADES SOBRE EL DELITO DE VIOLACION.

III.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION.

El ilícito en estudio ha sido ampliamente tratado y discutido en el transcurso del tiempo, ya que por siempre se le ha considerado el ultraje sexual de mayor gravedad, tanto que en alguna época la pena que se aplicaba al infractor era la muerte, existieron asimismo distintos criterios en relación al sujeto pasivo de dicho delito, que en un principio únicamente lo era la mujer, de quien se exigió primeramente su virginidad, elemento sin el cual no podía existir la agresión de referencia, otra característica esencial en la configuración de tal transgresión del orden jurídico penal era la aplicación de la violencia física o moral; de esta forma encontramos que la imposición de 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, conforma la esencia del delito sexual de violación.

Alberto González Blanco hace referencia a algunas legislaciones antiguas y al respecto comenta que se agrupó de una forma general al delito de violación, los abusos deshonestos y el rapto, siendo las penas aplicadas la única característica distintiva entre estas figuras delictivas. (1)

Las penas aplicadas a quienes han cometido el delito de violación, en diferentes pueblos y épocas presenta características diversas; González Blanco advirtiéndolo tal variedad hace una reseña histórica sobre dichas sanciones, de tal manera refiere que "en Egipto se sancionaba con la castración; entre los hebreos con la pena de muerte o multa, según que la mujer fuera casada o soltera; (Deuteronomio 25, XXII); en el Código de Manú se aplicaba al violador pena corporal, siempre que la mujer no fuera de su misma clase social, ni prestara su consentimiento, pues si se surtían esas condiciones, el infractor no era sancionado; en Grecia se castigaba al violador con el pago de una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la víctima, si ésta lo consentía y en caso contrario, se le condenaba a muerte". (2)

Como podemos observar las penas aplicadas eran variables de pueblo a pueblo, utilizándose tanto las más severas como las mínimas, llegando incluso a proponerse el casamiento del agresor con su víctima, caso en el cual se dejaba a la mujer en libertad de decidir si se unía o no en matrimonio con su atacante convirtiéndose ella en cierta forma en sujeto pasivo del delito y al mismo tiempo adquiría el poder de decidir sobre la vida de su violador, ya que de no aceptar unirse en matrimonio con él, se le aplicaba la pena de muerte, también nos percatamos de que en esta época era aplicada la ley del talión, ya que en algunos casos se condenaba al violador a la castración.

Más adelante González Blanco, continuando con su ex-

-posición refiere que "en estos casos la ley de los sajones castigaba al agresor con multa que era disminuida si la víctima concebía; el Edicto de Teodorico impuso la obligación al culpable de casarse con la mujer y además si era noble o rico, tenía que hacerle entrega de la mitad de sus bienes, en Inglaterra Guillermo el Conquistador impuso la pena de cegura y la de castración y la Constitución Carolina (Cap. CXXV) la de muerte. (3)

Como hemos podido constar, los antecedentes legislativos sobre el delito de violación muestran que este ilícito se ha sancionado rigurosamente, sin embargo dicha figura delictiva no era claramente distinguida de otros tipos de agresiones de carácter sexual. Así, "el Derecho Romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como especie de los delitos de coacción y a veces, - de injuria". (4)

Por otra parte la Lex Julia de Vis Pública, aplicaba la pena de muerte en casos de unión sexual violenta con cualquier persona. También el Derecho Canónico tuvo su intervención a este respecto, "solamente consideró la violación en - el caso que hubiera desfloración y se obtuviera ésta en contra de la voluntad de la mujer, pero propiamente lo que aceptaba era el "Stuprum Violentum", como lo demuestra el Decretal de "Adulterus et Stupeo". En la legislación española, antecedente de la nuestra, encontramos que: En el Fuero Juzgo, - Lib. III Tít. V, se castigaba al "forzador", si era hombre - libre, con cien azotes y la entrega que de él se hacía como

esclavo a la mujer a quien forzaba, y si era siervo se le quemaba". (5) Observamos que el Derecho Español, en contraposición a las disposiciones aplicadas en Grecia, "prohibía al ofensor y a la víctima contraer matrimonio y si esta prohibición se infringía, quedaban en calidad de siervos, con todos sus bienes, de los herederos más próximos. En el Fuero Viejo de Castilla, se encuentran en el Lib. II, Tít. II, tres leyes de las cuales dos de ellas se refieren a la violación y castigaban al ofensor con la pena de muerte. En el Fuero Real las cuatro primeras leyes del Lib. IV, Tít. X, hacen referencia a la violación sin distinguirla del rapto y la sancionan con la pena de muerte, cuando era cometida en mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su condición social, igual pena se aplicó en las Leyes de Estilo, la Ley Tercera, Tít. XX de la Partida VII, que también involucraba la violación con el rapto, al prescribir que "robando algún omme alguna mujer viuda de buena fama, o virgen o casada, o religiosa y yaciendo con alguna de ellas por la fuerza se le confiscaban sus bienes en favor de la víctima sin perjuicio de pagar con su vida el ultraje cometido". (6)

De las anteriores citas se desprende que en el Derecho Romano se tutelaba la honestidad y la castidad de la mujer pues además de la virginidad estos eran valores que no podían reponerse en la víctima, por lo que, resulta difícil llegar a imaginar la suerte que correrían las personas que -

carecieran de castidad u honestidad siendo sujetos pasivos de una cópula violenta ejercida en su contra, este criterio demuestra que no era la libertad sexual, como actualmente lo que se protegía en este tipo de delito. En lo que toca al Derecho Español, se establecía una marcada diferencia en cuanto a la penalidad establecida en el Fuero Juzgo y las Leyes de partida, pues mientras que en el primero existía una reglamentación de acuerdo a la condición personal del sujeto activo del delito en cuestión, en las segundas no había distinción aparente en la condición personal del sujeto activo, pues la pena correspondiente era de muerte, corriendo la misma suerte el copartícipe de tal hecho.

En general no existen diferencias entre el Derecho Romano antiguo y el Derecho Español por lo que hace a la figura delictiva en estudio, pues en ambos derechos era requisito indispensable que la mujer fuera virgen, casta u honesta, con la excepción de que en el Derecho Español se protegía igualmente a la mujer religiosa, evidenciándose de esta forma el hecho de que en ambos sistemas jurídicos el sujeto pasivo únicamente lo podía ser la mujer con los requisitos anteriormente señalados.

Eugenio Cuello Calón al tratar el tema que nos ocupa hace alusión a las penalidades establecidas en el Fuero Viejo (Lib. II, Tít. II), en el que "se castigó generalmente con la pena de muerte a quien cometía tal ilícito, o bien con la declaración de enemistad que permitía a los parientes

de la víctima dar muerte al ofensor, asimismo señala que los Códigos Penales a partir de 1822, abandonaron tan severas penalidades, castigando al violador con la privación de la libertad, y es hasta el Código de 1848 cuando esta figura delictiva aparece regulada de una manera precisa". (7)

Chaveau y Hélie aborda el tema desde el punto de vista de la dificultad que se presenta al probar la violencia - en los casos secretos en que la resistencia tiene sus grados y la voluntad sus caprichos, al respecto mencionan que "tal situación llevó a los antiguos jurisconsultos a establecer ciertas presunciones de las que deducían la existencia de la fuerza empleada. Así, para que una queja por violación pudiera ser acogida era necesario: 1.- Que una resistencia constante y siempre igual hubiere sido opuesta por la persona presuntamente violentada, porque es suficiente que esa resistencia haya cedido algunos instantes para hacer presumir el consentimiento; 2.- Que una desigualdad evidente existiera entre sus fuerzas y las de su asaltante, porque no se puede suponer la violencia cuando se tienen los medios de resistir y no se les ha empleado; 3.- Que haya proferido gritos y llamado en su socorro; y 4.- Que, por último, quedaran algunas huellas impresas sobre la persona, que atestigüen la fuerza brutal a la cual tuvo que acceder". (8)

De tal manera, nos dice Francisco González de la Vega; "los Códigos Mexicanos de 1871 (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". (9)

Actualmente observamos que aún cuando se ha abandonado la penalidad de muerte para los casos de violación, ésta sigue siendo la infracción de máxima gravedad dentro de los delitos sexuales, lo cual se confirma con el afán existente de extremar las sanciones mediante agravaciones especiales, o bien los casos en que otro tipo de delitos concurren con el ilícito aludido; durante todo el tiempo, sin que el momento actual sea la excepción, el delito de violación ha provocado gran indignación social, en parte por lo altamente reprobable de tal conducta y debido a la posibilidad que existía de que los procesados por estos delitos obtuvieran en cualquier etapa del proceso, la libertad provisional bajo caución. Precisamente con la finalidad de subsanar tal deficiencia, en el mes de Diciembre de 1983, se propuso reformar el Artículo 265 del Código Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, sugiriéndose que se elevara a seis años, en vez de dos la pena mínima aplicable al sujeto activo de la violación, incrementándose también de cuatro a seis años la sanción mínima privativa de la libertad impuesta al responsable de la violación de un impúber, reformas que fueron publicadas en el D.O. del 13 de Enero de 1984 y que claramente muestran la tendencia de reducir la incidencia en la comisión de dicho ilícito, mediante la incrementación de la pena; además de las penas impuestas, resulta de gran transcendencia -

el hecho de que actualmente ya no se haga alusión a que la cópula obtenida mediante la violencia física o moral se lleve a efecto sin la voluntad del sujeto pasivo, ya que, precisamente la ausencia del consentimiento es lo que da sentido a la existencia del delito de violación, tal elemento fue desafortunadamente suprimido del texto legal por decreto del 12 de Diciembre de 1966, quedando actualmente tificado el delito de violación de la siguiente manera: Art. 265 "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará presión de seis a ocho años, Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de seis a diez años".

III.2.- CONCEPTO GENERAL DEL DELITO DE VIOLACION.

El bien jurídico objeto de la tutela penal en el ilícito de referencia concierne primordialmente a la libertad sexual; sin embargo, en el campo de la doctrina se ha considerado también dentro de dicha protección la castidad u honestidad del sujeto pasivo, aun cuando la cópula impuesta por la violencia constituye esencialmente un ataque directo a la libertad que todo individuo tiene de disponer de su cuerpo en materia sexual, ya que el violador realiza la fornicación aplicando sobre el cuerpo del ofendido una fuerza física o material, anulando de esa forma la resistencia que oponga, o bien mediante el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que por la intimidación que producen o por

evitar daños mayores le impiden resistir. En ambos casos el derecho a la libre determinación de la conducta personal en materia erótica se ve afectado ya que la víctima es objeto de la realización de un acto sexual que realmente no ha deseado ni consentido. (9) Bis.

Como hemos venido observando, la comisión del delito de violación entraña el menoscabo de otros bienes jurídicos además de la libertad sexual, dada la utilización de medios coactivos para la obtención de la cópula, dichos bienes se ven afectados ya sea por medio de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de la libertad personal, lesiones de todo tipo e incluso homicidio. Es por esto que hemos afirmado que la violación constituye el ultraje sexual de mayor gravedad pues sus efectos en la mayoría de los casos no son únicamente físicos sino psicológicos, mismos que en ocasiones nunca se llegan a superar.

Dada la naturaleza del presente trabajo, no podemos dejar de mencionar aunque de manera muy somera, la figura conocida con el nombre de violación presunta, que según lo preceptuado por nuestra ley consiste en el ayuntamiento sexual con personas incapacitadas para resistir al acto por enfermedades de la mente o del cuerpo, por su corta edad o por semejantes condiciones de indefensión.

El Código Penal Mexicano establece en torno a esto que: Art. 266. "Se equiparará a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce

años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

De la lectura del precepto antes transcrito, se colige que la denominación correcta de tal figura delictiva es - al de delito que se equipara a la violación, o bien como algunos autores lo denominan, violación impropia.

Por lo que respecta al delito de violación en sí mismo, encontramos definiciones diversas que en su aspecto general llegan a la misma conclusión, veamos algunas de ellas; en el diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escri - che se considera al ilícito referido como "la violencia que se hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad"(10)

Carrara emplea una noción más amplia de lo que la - violencia significa en la comisión del delito en cuestión, - al establecer que ésta consiste en "el conocimiento carnal - de una persona ejercido contra su voluntad, mediante el uso de la violencia verdadera o presunta". (11)

A nuestro modo de ver, con la definición en último - término citada se logra ya la integración de la vis absoluta y vis compulsiva, ya que, al hablar de violencia verdadera o presunta se revela el aspecto dual de la forma en que se apli - ca la agresión sobre el sujeto pasivo de dicha conducta ilí - cita, sin pasar por alto el hecho de que se incluye la ausen - cia de voluntad por parte del agredido.

El autor antes citado da al delito de violación el -

nombre de violencia carnal, con lo que pretende resaltar su contenido de carácter sexual.

Por su parte Maggiore establece que el delito de violación consiste "en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de la violencia o amenazas". (12)

Un concepto de mayor exactitud es el proporcionado por Celestino Porte Petit, quien considera que "por violación propia debemos entender, la cópula realizada con persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva". (13)

Asimismo podemos percatarnos de que hay conductas delictivas muy semejantes y para poder diferenciar unas de otras, es necesario en ocasiones detenernos en el estudio de los elementos que las conforman, siendo precisamente desde el punto de vista conceptual como con mayor facilidad se captan sus componentes distintivos, tal es el caso del delito de violación y el estupro. Al respecto Mariano Jiménez Huerta considera que el engaño o la seducción son los medios por los que en el estupro se obtiene la cópula, mientras que en la violación la fuerza física o moral, así como el aprovechamiento de circunstancias que mantienen al sujeto pasivo impulsado para repeler la agresión, es lo que permite al agresor consumir el acto punible. (14)

Sebastian Soler considera que el delito de violación "consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta". (15)

Fontan Balestra nos proporciona un concepto simple - pero que contiene el elemento esencial del delito en cuestión y que es la ausencia del consentimiento de la víctima, al respecto establece que "en su acepción más amplia, consiste en el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima".

(16)

Volviendo a la consideración que anteriormente referíamos sobre la afinidad que existe entre la violación y - otras figuras delictivas, encontramos que Paulino Machorro - al tratar el ilícito materia del presente trabajo, crea un - criterio de diferenciación del mismo en relación con las figuras delictivas de los atentados al pudor y del estupro, se ñalando que "es necesario tener en consideración la función - que en cada uno de estos ilícitos desempeñan los factores có - pula carnal, sexo del ofendido, edad y consentimiento. Así - por ejemplo para el atentado al pudor no se requiere la cópu - la; se exige que ésta no sea la finalidad del atentado, pero sí se requiere para el estupro y la violación; el sexo no - tiene influencia en el atentado al pudor, ni en la violación en tanto que sí la tiene en el estupro; la edad representa - valor distinto tratándose de atentado al pudor que de estu - pro, pero en cambio no tiene significación en la violación; el consentimiento tiene valor en atentado al pudor y estupro, pero en la violación debe de estar ausente por completo y -- ser substituido por la violencia". (17)

Dentro de la legislación española se aborda la con - templación del delito de violación estableciendo una serie -

de hipótesis bajo las cuales es posible su comisión, de tal manera se establece que "se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1.- Cuando se usare de fuerza o intimidación; 2.- Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa; 3.- Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no ocurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores". (18)

Enrique Cardona Arizmendi a este respecto nos dice que el delito de violación, "no es sino la cópula impuesta a una persona por medio de la violencia física o moral". (19)

Nos hemos percatado que algunos autores, sobre todo de derecho español consideran que el delito de violación solamente puede ser cometido por un varón en contra de una mujer y aun más, se requiere que se trate de una cópula normal, lo anterior se corrobora con la apreciación que al respecto hace Eugenio Cuello Calón, quien considera que "la violación podría definirse como la unión carnal ilícita con mujer, contra su voluntad o sin su voluntad. Para que exista violación no sólo es preciso que el agente sea un varón y la víctima la mujer, es menester una unión sexual normal, pero no es preciso un coito perfecto". (20)

Cada uno de los conceptos transcritos aportan los elementos esenciales para la configuración del delito de violación, sin embargo, observamos que algunos de ellos no hacen mención de la ausencia de consentimiento por parte del

sujeto pasivo del delito, incluso del texto legal del Código Penal Mexicano se suprimió tal característica, asumiéndose - que al efectuarse la cópula mediante la violencia física o - moral ya nos encontramos frente a una ausencia de voluntad, no obstante lo anterior debemos tomar en cuenta la posibilidad de que se consienta en llevar a cabo una cópula mediante el uso de la violencia física, es decir que el sujeto pasivo de antemano otorgue su consentimiento para que sobre su cuerpo se ejercite violencia, caso en el cual no se configuraría el ilícito en cuestión, ya que, como lo apuntábamos con anterioridad, precisamente la ausencia de consentimiento y la -- subsecuente aplicación de violencia es lo que determina la - configuración del delito en estudio.

III.3.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE VIOLACION.

Como ya lo hemos hecho notar en el desarrollo del - presente trabajo, la regulación del delito de violación no - ha sido uniforme en el transcurso del tiempo, ya que, como - es lógico, al igual que la sociedad, las instituciones jurídicas se transforman, actualizan o adecuan a la realidad en que se vive, de esta manera el Artículo 265 del Código Penal Mexicano ha sufrido algunas transformaciones, referentes tan to a la penalidad impuesta por la comisión de dicho ilícito como a los elementos que lo configuran; así resulta que antes de la reforma del 12 de Diciembre de 1966, se requería que la cópula realizada por medio de la violencia física o moral - fuera obtenida sin la voluntad del agredido.

Con anterioridad a la reforma mencionada, el artículo referido contemplaba el delito de violación de una manera más exacta al establecer lo siguiente: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona SIN LA VOLUNTAD DE ESTA, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de ..." (Art. 265 derogado).

Tomando como base la redacción del artículo antes transcrito, los elementos configurativos del delito de violación se traducían en: a) Cópula (normal o anormal); b) Realizada con persona de cualquier sexo; c) SIN LA VOLUNTAD del ofendido; d) Obtenida mediante la violencia física o moral.

Consideramos que la ausencia de voluntad no es presumible por el empleo de la violencia física o moral ya que, - en la realización del acto sexual ésta puede ser aplicada de mutuo consentimiento, de tal manera nos adherimos a lo señalado por Francisco González de la Vega, quien al respecto expresa "que puede existir en el acto sexual la aplicación de la violencia con el pleno consentimiento del que la sufre, - tal y como acontece en sórdidos episodios del masoquismo-sadismo, en degradantes casos del ejercicio de la prostitución, del cruel exhibicionismo erótico, o aun en el secreto de las alcobas de algunos matrimonios o concubinatos". (21)

Aun cuando el Artículo 265 del Código Penal vigente en el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia federal no incluye en su redacción - que la cópula obtenida mediante la violencia física o moral se realice en ausencia del consentimiento del ofendido; por

considerar que dicho elemento es de vital importancia, nosotros sí tomaremos en cuenta tal consideración en el análisis que hagamos de los elementos constitutivos de la conducta delictiva que nos ocupa, y daremos principio a nuestro estudio con el elemento objetivo de la misma.

a) COPULA.

A este respecto consideramos que el legislador tuvo en su ánimo incluir tanto la cópula normal como la anormal, es decir, la realizada por vía idónea y asimismo la que se - llevara a efecto por vía no idónea.

Este elemento no sólo es empleado en la descripción del tipo del delito de violación, sino también en el estupro, razón por la cual es importante esclarecer los alcances que tiene en uno y otro; tomando en consideración que ambos delitos difieren en su composición jurídica, resulta acertado - que tal componente se conceptualice de manera extensa en el delito de violación y restringidamente en el delito de estupro, comprendiendo en el primero la cópula normal y la anormal y en el segundo únicamente el coito normal.

Sobre este punto se han originado variadas opiniones, hay quienes dentro del delito de violación consideran que el significado de la palabra cópula debe ser restringido. Desde el punto de vista fisiológico, los profesores de medicina legal Arturo Baledón Gil y José Torres Torija opinan que " por cópula debe entenderse en forma exclusiva el ayuntamiento sexual entre varón y mujer precisamente por la vía vaginal, o sea el coito normal". (22)

Por Cópula, gramaticalmente entendemos el enlazamiento de una cosa con otra y según el Diccionario de la Academia el verbo copular, que deriva del latín "copulare", "en su carácter reflexivo implica unirse o juntarse carnalmente, pudiéndose notar que esta conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o al modo como se opere". (23)

Es de esta manera como llegamos a la conclusión de que la apreciación correcta es que por cópula se entienda todo tipo de unión o acoplamiento sexual, en el que intervienen los órganos genitales de las personas, sin distinción alguna; en lo que respecta a su connotación erótica, el acto de copular, según nuestro personal punto de vista, comprende tanto los ayuntamientos sexuales normales como los anormales, es decir, incluye las uniones carnales heterosexuales por vía idónea y no idónea, las homosexuales masculinas así como femeninas. Al aceptarse que el sujeto pasivo del delito de violación, así como el activo, puede serlo cualquier persona, de uno u otro sexo, se admite que la acción de copular sea entendida en su sentido más amplio.

Precisamente el acceso carnal violento conformado por la cópula, constituye el elemento objetivo o material del delito de violación. A este respecto, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "para que exista el delito de violación, se requiere el hecho de acceso carnal con persona de uno u otro sexo, que es lo que constituye la

materialidad de este ilícito. (Semanario Judicial de la Federación, LXXX, Pág. 5274, 5a. Epoca).

La opinión generalizada en la doctrina es la que contempla en el término cópula una conceptualización amplia; por su parte Antonio de P. Moreno coincide con tal apreciación al establecer que "en el delito de violación puede ser sujeto pasivo persona de cualquier sexo, y al producirse el acto erótico entre personas del mismo sexo, será imposible la cópula normal, en Vasos apropiados para la fornicación natural". (24)

El mismo criterio es adoptado por Demetrio Sodi, citado por Antonio de P. Moreno, ya que para dicho autor la palabra cópula empleada por el legislador abarca tanto la conjunción normal como la anormal.

Otro aspecto que se toma en cuenta dentro de la realización de la cópula es el relativo a la consumación plena de la misma según nuestro parecer, si la conducta desplegada en este ilícito consiste precisamente en tener cópula, entendiéndose por ésta un acto erótico-sexual concreto, consistente en el acceso o ayuntamiento carnal, en su acepción más amplia y comprendiendo tanto la cópula normal como la anormal, evidentemente no es necesario que el acto copulativo se lleve a efecto hasta su término fisiológico.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tomado en consideración este punto y al respecto señala que " en el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento

o conjunción carnal, normal o anormal, CON EYACULACION O SIN ELLA y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aun cuando no haya llegado a realizarse completamente". (25)

El que fisiológicamente la cópula llegue o no a su término resulta irrelevante para la configuración del delito de violación, pues independientemente de ello el derecho del ofendido a la libre disposición de su cuerpo en materia sexual, se ve afectado, y por otra parte en la integración del elemento material del ilícito en estudio, basta la existencia de la introducción sexual, sin importar los resultados.

De esta manera, entendemos que el delito en cuestión se consuma al existir el hecho de la introducción sexual, sea o no por vía idónea, Francisco González de la Vega señala que "el instante consumativo de la violación es el momento del acceso carnal, aunque el acto no llegue a agotarse. Antes del acceso, los hechos encaminados directa o indirectamente a la realización impositiva del concubito por medios violentos, si el fornicio no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, integrarán el grado de tentativa de violación". (26)

Para poder determinar el momento en que el elemento cópula se encuentra debidamente configurado en la comisión del delito de violación, consideramos que es de vital importancia decidir si se acepta o no tanto la cópula normal como la anormal, ya que dicha elección obtendremos las base que -

nos permitan detectar el instante en que la cópula se encuentre debidamente integrada para la consumación del delito que nos ocupa, a este respecto, Celestino Porte Petit menciona - las siguientes corrientes: "1.- La que sostiene que la cópula en el delito de violación consiste en el acceso carnal normal: 2.- Se toma en consideración tanto el acceso carnal normal como el anormal (en persona de cualquier sexo), excluyendo la "fellatio in ore"; y 3.- La que sostiene el acceso carnal normal y anormal, incluyendo la "fellatio in ore".(27)

Consideramos que la corriente más acertada es la señalada en último término ya que al igual que nuestra legislación penal mexicana, da al término cópula una connotación - "lato sensu", ya que acepta tanto la cópula normal como la anormal, incluso la "fellatio in ore", que consiste en el - sexo oral, práctica que se contemplaría en una cópula anormal, creemos que de no adoptarse el criterio seguido por esta corriente se eliminarían aspectos de la cópula contra natura; partidario de esta teoría es González Blanco, quien - sostiene que "en el caso de la "fellatio in ore", sí se configura la violación, supuesto que nuestro legislador, al - aceptar la posibilidad de la cópula anormal, no establece - ninguna restricción al respecto". (28)

En tal virtud, podemos sostener que el delito de violación se configura tanto en los ayuntamientos sexuales violentos entre dos varones, así como los existentes entre mujeres, aun cuando en los segundos no exista introducción de un

órgano sexual propiamente dicho, por razones anatómicas, sin embargo, nos preguntamos: ¿ A caso el sexo oral entre mujeres no podría equipararse a la "fellatio in ore" ?, ¿ Podría mos considerar tal práctica dentro de la cópula anormal ? ; ¿ Tales actos obtenidos mediante la violencia física o moral constituyen un ataque al bien jurídicamente tutelado por la ley penal, en este caso LA LIBERTAD SEXUAL ?, dadas las finalidades del presente trabajo, nos concretaremos a decir que la respuesta a tales interrogantes, desde nuestro punto de vista es afirmativa, ya que, consideramos dentro de la cópula anormal los ayuntamientos homosexuales masculinos así como los femeninos, sin embargo como antes lo hacíamos notar, las finalidades del presente trabajo nos dirigen a la estimación única de la cópula habida entre personas de diferente sexo, cuando ésta es obtenida mediante la violencia física o moral, ya que, nuestra pretensión es determinar la posibilidad de la configuración del delito de violación entre cónyuges.

Una vez hecha la aclaración anterior, juzgamos conveniente exponer los criterios que algunos autores sustentan sobre el concepto de cópula normal; a este respecto Maggiore considera que "el simple contacto externo del pene con las partes pudendas de la víctima", constituiría la cópula normal. (29)

Por su parte, Frías Caballero y Celestino Porte Petit sostienen que la cópula normal se obtiene desde el momento en que el órgano sexual masculino penetra en el orificio vulvar. (30)

En último término encontramos la consideración de - que el acto copulativo normal se origina a partir de la in - troducción del órgano masculino en la vagina de la mujer, de lo cual es partidario Jiménez de Asúa. (30 Bis)

De las tres corrientes antes referidas consideramos que la más acertada es la sostenida por Jiménez de Asúa, ya que los primeros criterios en realidad contemplan un caso de cópula anormal y en la tercera al exigirse la introducción - del órgano viril en la vagina de la mujer, se obtiene con am - plitud el concepto de cópula normal, en conclusión, podemos establecer que el elemento material en el delito de viola - ción, constituido por la cópula, consiste en toda clase de - ayuntamiento o conjunción sexual, ya sea de carácter normal o anormal, e independientemente de su pleno agotamiento fi - siológico.

b) REALIZADA CON PERSONA DE CUALQUIER SEXO.

En el delito de violación no encontramos limitación alguna ni en el sujeto pasivo ni en el activo, en relación con su sexo, en ambos casos puede serlo tanto un hombre como una mujer, tal afirmación se desprende de la lectura del tex - to legal que, refiriéndose al sujeto activo, establece; " AL QUE por medio de la violencia...", y en cuanto al sujeto pa - sivo señala; "SEA CUAL FUERE su sexo...", de la misma forma tampoco se hace distinción alguna en cuanto al estado civil, edad, posición social, comportamiento o conducta que se ob - serve, ya sea moral o inmoral, no importando así que se trate

de personas ligadas o no por el matrimonio, con comportamiento sexual recatado o depravado, vírgenes o no, ya que, el bien jurídicamente tutelado en este caso por la ley penal se ve afectado no importando la calidad de los sujetos que intervengan, de lo cual se deduce que la mujer sí puede ser sujeto activo de la violación en el caso de que obligue a alguna persona para el coito, no obstante lo anterior, algunos tratadistas son de la opinión de que solamente el hombre puede ser sujeto activo de dicho delito.

Quienes sostienen tal criterio consideran que puede darse el caso de seres orgánicamente anormales, quienes aun teniendo las características principales del sexo femenino poseen un elemento sexual activo que en la relación sexual podría desempeñarse como pene, sin embargo en tales casos siempre se trataría de personas anormales, por otra parte también aceptan la posibilidad aunque de manera excepcional, que la mujer normal puede ser sujeto activo del delito de violación, ejemplo de ello es Enrique Cardona Arizmendi quien nos dice que "biológicamente y fisiológicamente esto es posible, como sería el caso en que se venciera la resistencia física del hombre y se le excitara sexualmente, haciendo surgir en forma artificial la atracción sexual indispensable para la erección del pene". (31)

Francisco Carrara establece que generalmente se sostiene la idea de que la violación carnal también es posible cuando el sujeto activo es la mujer y quien resiente la agresión es el hombre, sin embargo tal hipótesis es dable única-

-mente cuando el medio empleado es la violencia moral, ya que; biológicamente, los médicos suponen que no sería posible cuando el medio comisivo fuera la violencia física. (32)

Por su parte Cuello Calón nos da un enfoque diferente del problema, pues él piensa que como sujeto activo puede actuar tanto un hombre como una mujer, pero hace la aclaración "siempre y cuando ésta realice la labor de inductora o bien de cooperadora". (33) Y en cuanto al sujeto pasivo considera que dicha calidad solamente es atribuible a la mujer.

En base a los criterios existentes, podemos establecer diferentes hipótesis tomando en consideración los sujetos que intervienen en el delito de violación; primeramente encontramos la más común que es la realizada de hombre a mujer por la vía idónea, y dentro de ésta la efectuada "contra natura"; en segundo término está la cópula homosexual masculina; por último citaremos el acto sexual femenino, mismo que por algunos autores no es incluido en las hipótesis configurativas del delito de violación, al que ya nos referimos con anterioridad y reiteramos nuestra posición al respecto, asimismo, algunos tratadistas consideran que la mujer será sujeto activo del delito en cuestión únicamente cuando el medio empleado sea la vis compulsiva. Sobre el particular, Celestino Porte Petit señala que "la mujer puede ser sujeto activo de violación mediante la violencia física, puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre...; más adelante, reafirmando su posición, en lo referente al sujeto ac

-tivo comenta que la violación es un delito común o indife-
rente porque lo puede cometer cualquiera, es decir el hombre
o la mujer". (34)

Por nuestra parte estamos totalmente de acuerdo con
el criterio establecido por Celestino Porte Petit, ya que -
nuestra legislación es muy clara, pues no hace distinción al
guna en cuanto a la calidad de los sujetos, tanto activo co-
mo pasivo en el delito de violación.

**c) EMPLEO DE LA VIOLENCIA FISICA O MORAL Y AUSENCIA
O FALTA DE CONSENTIMIENTO.**

Como ya lo hemos mencionado, anteriormente la ley pe-
nal mexicana también establecía la necesidad de que la cópu-
la se obtuviera en ausencia o falta de consentimiento del su
jeto pasivo, lo cual era señalado de manera expresa y por re-
forma en el año de 1966, fue suprimido del texto legal, pues
se consideró que al existir el empleo de la violencia física
o moral se presumía la falta de consentimiento, lo cual des-
de nuestro punto de vista resulta inadecuado, ya que, existe
la posibilidad de que se obtenga una cópula mediante la vio-
lencia física con el consentimiento de quien la sufra, por -
tal razón incluiremos en el contenido de este inciso lo rela
tivo a tal aspecto.

En este punto es importante dejar establecido lo que
se entiende por violencia. En relación con el delito de vio-
lación tiene dos acepciones ya que se habla tanto de violen-
cia física como moral, por violencia según los diccionarios

se entiende la fuerza o ímpetu en las acciones, misma con - que a uno se le obliga a hacer lo que no quiere; dado que nos referimõs a dos formas de ejercer violencia, lo pertinente - es que hagamos el análisis respectivo por separado, para tal efecto iniciaremos con la violencia física.

-VIOLENCIA FISICA-

Generalmente por este tipo de violencia entendemos - la aplicación de una fuerza material sobre algo o alguien, - llevado esto al ámbito del Derecho Penal será la fuerza material que se ejerce sobre alguien para cometer un delito, tal consideración se desprende de lo establecido por el Artículo 373 del Código Penal vigente, que textualmente dice: "La violencia a las personas se distingue en física o moral.

Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona..."

Por su parte Groizard opina que "la violencia en su sentido jurídico, es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar. La violencia es el aniquilamiento de la libertad de la persona contra quien se emplea". (35)

Francisco Carrara, a este respecto señala que de manera general para él no hay violencia, "sino cuando hay una voluntad contraria subyugada por alguna fuerza moral o fisica; y como la esencia de la violencia no es sólo subjetiva,

por ser radicalmente objetiva, el uso de la fuerza la consti
tuye subjetivamente, más para ser violencia necesita la obje
tividad de una voluntad contraria". (36)

Continuando con las opiniones de diversos autores y los conceptos que de violencia física nos proporcionan, - Celestino Porte Petit nos dice que esta consiste en "la fuerza de naturaleza material y bastante o suficiente desplegada en el sujeto pasivo, para la obtención de la cópula". (37)

Enrique Cardona Arizmendi al referirse al elemento - en cuestión, no solamente habla del carácter de la fuerza - ejercida sino también de la característica que debe revestir la resistencia opuesta por el sujeto agredido, de tal manera, señala que "consiste en la fuerza material encaminada a vencer una resistencia de carácter físico que entraña un obstáculo para realizar la cópula". (38) De esta forma, acertada
mente no reconoce como violación los casos en que la resisten
cia del sujeto pasivo no se hizo patente mediante actos mate
riales decididamente contrarios a las pretensiones del agresor.

Por último, Cuello Calón considera que existe violencia física en el delito de violación cuando "dos o más perso
nas inmovilizan a la víctima o le impiden oponer resistencia al acometimiento deshonesto del ofensor, pero también es posible el empleo de la fuerza aun cuando en el hecho interven
ga un solo culpable". (39)

De esta manera y en base a lo antes expuesto podemos

establecer que tratándose del delito de violación, la violencia física será la fuerza material que directamente es aplicada en el cuerpo de la víctima, anulando así la resistencia material que esta ofrezca, obligándola manifiestamente en contra de su voluntad a que en su persona se efectúe la conjunción sexual que por ningún medio ha podido evitar.

Para la existencia de la vis absoluta o fuerza física se requiere la presencia de ciertas características que la doctrina ha señalado y que son las siguientes: "1.- La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo.

2.- Debe ser la fuerza suficiente para vencer la resistencia.

3.- Tiene que estar comprobado que el sujeto pasivo verdaderamente se opuso a la realización de la cópula, y que la oposición o resistencia permaneció viva durante todo el tiempo en que el sujeto activo desplegó la fuerza material".

(40)

Los requisitos antes señalados hacen suponer que el vencimiento del sujeto pasivo y la realización de la cópula en contra de su voluntad, deben ser producto de la fuerza que se empleó, existiendo entre ésta y la cópula una relación causal, sin embargo, consideramos que para la existencia de tal nexo jurídico no es necesario que la violencia ejercida revase todo tipo de fronteras, será suficiente con que se emplee la necesaria para el logro del fin ilícito.

No es imprescindible que todos los esfuerzos hayan -

sido superados y que la resistencia opuesta hubiera sido desesperada, basta con que sea verdadera y que los medios físicos de coacción hayan sido capaces de vencerla.

Lo anterior, se ve fortalecido con lo señalado por Eugenio Cuello Calón quien dice que, "podrá estimarse que la víctima ha cedido a la fuerza empleada cuando no le sea posible persistir en la resistencia opuesta, mas no es preciso que llegue al completo abatimiento físico". (41)

Por último debemos dejar claramente establecido que tratándose de la violencia física, ésta debe ser ejercida o aplicada directamente sobre la persona en quien se va a ejecutar el acto ilícito.

-VIOLENCIA MORAL-

Al igual que en nuestro estudio de la violencia física, para determinar desde el punto de vista legal lo que entendemos por violencia moral, nos remitiremos a lo preceptuado por el Artículo 373 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, que al respecto dice; "... Se entiende por violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla".

De esta manera la vis compulsiva es un medio por el cual también se constriñe la libertad de decisión y de actuar de una persona, siendo su esencia el infundir miedo en el ánimo de alguien para el logro de un acto ilícito, aun en -

contra de la voluntad del sujeto pasivo quien resiente el -
constreñimiento de carácter psicológico. Al contrario de la
vis absoluta, la violencia moral no anula en su totalidad la
libertad de decisión, pero actúa de tal manera en el sujeto
que la sufre que lo compele a actuar en contra de los dicta-
dos de sus conciencia para evitar males mayores que amenacen
a sus allegados o incluso a él mismo.

Dirigida concretamente al delito de violación, la --
fuerza moral, según Saltelli y Romano Di Falco, consiste en
"una manifestación de voluntad del agente dirigida a anunciar
a la víctima un mal futuro en caso de que no realice el ayun-
tamiento carnal". (42) Como podemos observar, en este caso
se proporciona un concepto más amplio que el establecido por
el Artículo 373 del ordenamiento legal antes invocado, ya que
se contempla la amenaza de un mal futuro, no únicamente del
mal presente o inmediato, lo cual consideramos bastante acer-
tado, ya que, un daño futuro puede ser incluso más poderoso
al influir en la conducta de alguien que el mismo perjuicio
actual, tal apreciación se ve corroborada con el concepto -
que de vis compulsiva nos proporciona Celestino Porte Petit
quien apunta que por ésta debemos entender "la exterioriza-
ción al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro, capaz de
constreñirlo para realizar la cópula". (43)

Asimismo Enrique Cardona Arizmendi describe a la -
fuerza moral como "la puesta en juego de la vis relativa, es
to es, la coacción psicológica que se ejerce sobre la víctima
para vencer su oposición a la realización de la cópula, que

por lo general se traduce concretamente en amenazas de carácter conminatorio o condicionado". (44) Lo anterior se traduce simple y llanamente en la amenaza de algún daño que se perpetrará a la víctima si ésta no accede a las pretensiones del sujeto activo.

De la misma manera Francisco González de la Vega al aplicar el concepto de violencia moral directamente al delito de violación, refiere que "consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido". (45)

Así como la violencia física debe revestirse de determinados requisitos, la vis compulsiva, según los conceptos antes expuestos, desde nuestro punto de vista deberá poseer como características el hecho de que sea seria o verdadera, grave, y que por consiguiente entrañe un daño inminente o futuro, además debe ser constante y estar dirigida a la afectación de un bien jurídico del ofendido o de alguna persona allegada, quedando de manifiesto su idoneidad para vencer la resistencia opuesta.

Consideramos que, dada la naturaleza subjetiva de las amenazas y la intimidación que producen, no podrían ser valoradas en forma general, pues varían los efectos que provocan de acuerdo a la naturaleza física de cada persona y a los medios empleados, de tal manera que si el constreñimiento

psicológico utilizado fue suficiente para coaccionar al sujeto pasivo a que actúe en contra de su voluntad, no deberá requerirse ningún otro elemento, haciéndose necesario valorar cada caso concreto, pues una misma amenaza puede influir enormemente en determinado sujeto y en otra persona no lo sufi - ciente como para quebrantar su resistencia a un hecho no de - seado, razón por la cual no es posible dictar reglas absolu - tas en torno a esta apreciación.

-AUSENCIA O FALTA DE CONSENTIMIENTO-

Es importante tratar este punto en el estudio del delito de violación, ya que, indispensablemente la cópula rea - lizada mediante la violencia física o moral debe ser obteni - da sin el consentimiento del sujeto pasivo, pues de existir éste, aun cuando se hiciera uso de la vis absoluta o compul - siva no se integraría el ilícito de referencia ya que, la ausencia de consentimiento sumada al empleo de la violencia es la característica inicial de la violación; en tal razón con - sideremos que el empleo de la fuerza o el miedo no siempre presume la ausencia de voluntad de quien lo sufre. Sobre el particular la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha - establecido que "las constitutivas de este delito son el - ayuntamiento; que éste se verifique por medio de la violen - cia física o moral y que el agente pasivo no preste su voluntad..." (Semanao Judicial de la Federación, 5a. Epoca, Tomo XXV, 1a. Parte Págs. 1133 - 1134).

De la misma manera el Tribunal Superior de Justicia

del Distrito y Territorios Federales señaló como elementos integrantes del delito de violación: "la consumación de la cópula, el empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacciones morales, siendo necesario a este respecto hacer notar que el empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral, en virtud de la intimidación que produce en la víctima, por último que la cópula realizada con violencia se verifique en ausencia de la voluntad de la víctima". (Anales de Jurisprudencia, Año IV, Tomo XIII, Pág. 236).

III.4.- EL DELITO DE VIOLACION A LA LUZ DEL ART. 267 FRACS. XI Y XVI DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Dentro de la institución del matrimonio encontramos ciertas circunstancias que en caso de existir implican una sanción que en este caso es el divorcio, mismas que se enumeran en el Artículo 267, siendo de interés para nuestros propósitos las contenidas en las Fracciones XI y XVI, que a la letra dicen; Art. 267.- "Son causales de divorcio:

Frac. XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

Frac. XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión". De tal manera los cónyuges deben abstenerse de ejecutar aquellos actos ilícitos cuya comisión figura como causa de divorcio.

Dentro de los deberes de respeto contenidos en el matrimonio encontramos todos los derivados de las relaciones conyugales, paterno-filiales y parentales que, día a día se hacen necesarios para la convivencia y la relación interpersonal que enriquece a los miembros de la familia, entre estos deberes recíprocos contamos con el respeto de un cónyuge para con el otro en todos los aspectos, incluyéndose la realización de la relación sexual en la que permanece inmerso el deber de respetar los momentos en que para alguno de los cónyuges no sea placentera su ejecución, por tal razón, consideramos que el cónyuge que obtenga la cópula con el otro mediante la violencia física o moral estará dentro de lo preceptuado por las fracciones antes transcritas, mismas que tácitamente aceptan la existencia del delito de violación entre cónyuges, ya que, tratándose de la Fracción XI del Art. antes citado, la sevicia, las injurias y las amenazas se verían innegablemente cometidas si se obtuviera la cópula mediante la violencia física o moral, empleada por un cónyuge contra el otro, siendo tarea del juez calificar la gravedad tratándose de las injurias, que a nuestro parecer en el caso que nos ocupa inequívocamente serían graves, y referente a la Fracción XVI del Artículo aludido; el hecho de que un cónyuge obtuviera la cópula con el otro, sin su consentimiento, y mediante la vis absoluta o cumpulsiva, se trataría de la comisión de un acto contra la persona del cónyuge agredido, misma que por supuesto sería punible si se tratara de persona extraña, siendo la pena de prisión mayor de un año, como lo preceptúa

la fracción mencionada, consideramos que dentro de esta hipótesis también se encuadraría el adulterio mismo que dada la naturaleza del presente trabajo únicamente nos concretamos a dejarlo mencionado.

En torno a este problema Antonio de Ibarrola nos remite a la jurisprudencia de donde obtiene lo que la ley civil considera como injuria, señalando que esta puede estar conformada por la "expresión, la acción, el acto, la conducta, - siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal - gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges que hagan imposible la vida conyugal - por la dañada intención con la que se profieren o ejecutan - para humillar y despreciar al ofendido". (46)

La jurisprudencia citada nos da una clara visión de lo que en el aspecto civil puede ser considerado como injuria, y de los elementos que la integran, pudiendo ser estos, como ya lo apunta la cita en cuestión; la expresión, la acción, el acto, la conducta que impliquen una vejación para el cónyuge agredido; de esta forma podemos considerar que - cuando un cónyuge, por medio de la violencia física o moral obtiene o realiza la cópula con el otro, lo estaría injuriando a tal grado que posiblemente en un solo momento coincidiría la expresión, la acción, el acto, y la conducta, que implicarían la vejación mencionada.

Tratándose de la sevicia el autor mencionado, remitiéndonos nuevamente a la jurisprudencia, dice que "ésta es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y - no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados...-más adelante continua diciendo- en este caso debe tomarse en cuenta todo cuanto resulta contrario al amor conyugal y al mutuo respeto". (47)

Por último, Antonio de Ibarrola habiendo hecho las consideraciones pertinentes sobre lo que la sevicia y las injurias constituyen, aborda el tema con una interrogación: - " ¿ Puede el marido violar a su propia mujer ? a tal inquisición nos propone una respuesta tajante: Evidentemente que sí; pero ello no dispensa al tribunal de analizar cada caso en particular. Piensan muchos que no puede existir violación, ya que la mujer, al contraer matrimonio, concedió a su marido derecho más que duradero, perpetuo, sobre su cuerpo".(48)

En conclusión, podemos establecer que la configuración del delito de violación requiere que la cópula sea obtenida mediante la violencia física o moral, y en ausencia del consentimiento del sujeto pasivo, no siendo necesario que se llegue al término natural y fisiológico de tal acto, por lo que la violencia empleada y requerida para que ésta conducta ilícita surja fácticamente, ha de ser aplicada en un principio para vencer la resistencia de la víctima, aun cuando posteriormente ésta accediera debido a que su oposición ha sido vencida, siendo indispensable que el agredido haya adoptado

una actitud decididamente contraria a las pretensiones del agresor, descartando toda posibilidad de confundir dicha resistencia con una simple protesta tan mínima que podría ser asimilable a un consentimiento tácito.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- (1) y (2) GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. "DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO", 4a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1974, Pág. 136.
- (3) GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 137
- (4) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. "DERECHO PENAL MEXICANO, LOS DELITOS", 11a. Edición, Porrúa, S.A., México, 1981, Pág. 381.
- (5) GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 137.
- (6) GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 138.
- (7) CUELLO CALON, EUGENIO. "DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL", Revisado y Puesto al Día por CESAR CAMARGO HERNANDEZ, 13a. Edición, BOSH Casa Editora, Barcelona España, 1971, Tomo II, Pág. 577.
- (8) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 392.
- (9) y (9 Bis) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Págs. 380 y 382.
- (10) y (11) GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 139.
- (12) PORTE PETIT CANDAU DAUP, CELESTINO. "ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION", 2a. Edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1973, Pág. 11.
- (13) PORTE PETIT CANDAU DAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Pág. 12.

- (14) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "DERECHO PENAL MEXICANO", 3a. Edición, Porrúa, S.A., México, 1978, Pág. 250.
- (15) SOLER, SEBASTIAN. "DERECHO PENAL ARGENTINO", 3a. Reimpresión, Topográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, Tomo III, Pág. 342.
- (16) FONTAN BALESTRA, CARLOS. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE PARTE ESPECIAL", Editorial de - Palma, Buenos Aires, 1951, Vol. I, Pág. 202.
- (17) MACHORRO NARVAEZ, PAULINO. "DERECHO PENAL ESPAÑOL", Editorial Artes Gráficas del Estado, México, D.F., Pág. 171.
- (18) RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MA. "DERECHO PENAL ESPAÑOL PARTE ESPECIAL", 6a. Edición, Editorial Gráficas Carasa, Madrid, España, 1975, Pág. 152.
- (19) CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE. "APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL", 2a. Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1976, Pág. 167.
- (20) CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit., Pág. 578.
- (21) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. Cit., Pág. 382.
- (22) y (23) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. Cit., Pág. 383.
- (24) DE P. MORENO, ANTONIO. " CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE ESPECIAL: DE LOS DELITOS EN PARTICULAR", 2a. Edición, Porrúa, S.A., México, 1968, Tomo I, Pág. 251.
- (25) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Pág. 19.

- (26) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. Cit.,
Pág. 386
- (27) PORTE PETIT CANDAU DAUP, CELESTINO. Ob. Cit.,
Pág. 16.
- (28) PORTE PETIT CANDAU DAUP, CELESTINO. Ob. Cit.,
Pág. 17.
- (29), (30) y (30 Bis)
PORTE PETIT CANDAU DAUP, CELESTINO. Ob. Cit.,
Pág. 19.
- (31) CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE. Ob. Cit., Pág. 169.
- (32) CARRARA, FRANCISCO. "PROGRAMA DE DERECHO
CRIMINAL PARTE ESPECIAL", 3a. Edición
Revisada, Editorial Temis, Bogotá, 1973,
Vol. II, Tomo IV, Pág. 239.
- (33) CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit., Pág. 577.
- (34) PORTE PETIT CANDAU DAUP, CELESTINO. Ob. Cit.,
Pág. 42.
- (35) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. Cit.,
Pág. 391.
- (36) CARRARA, FRANCISCO. Ob. Cit., Pág. 242.
- (37) PORTE PETIT CANDAU DAUP, CELESTINO. Ob. Cit.,
Pág. 22.
- (38) CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE. Ob. Cit., Pág. 170.
- (39) CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit., Pág. 580.
- (40) PORTE PETIT CANDAU DAUP, CELESTINO. Ob. Cit.,
Págs. 22 y 23.
- (41) CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit., Pág. 580.

- (42) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit.,
Pág. 24.
- (43) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit.,
Pág. 25.
- (44) CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE. Ob. Cit., Pág.171.
- (45) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. Cit.,
Pág. 395.
- (46) IBARROLA, ANTONIO DE. "DERECHO DE FAMILIA",
3a. Edición, Porrúa, S.A., México, 1984,
Pág. 351.
- (47) y (48) IBARROLA, ANTONIO DE. Ob. Cit., Págs. 352
y 356.

C A P I T U L O I V .

CONFIGURACION DEL DELITO DE VIOLACION
ENTRE CONYUGES.

- IV.1.- CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS ESTABLECIDOS
EN EL TIPO LEGAL.

- IV.2.- BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO.

- IV.3.- EJERCICIO INDEBIDO DEL SUPUESTO DERECHO
A LA RELACION SEXUAL.

- IV.4.- ARTICULO 17 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE
LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:
 - A) TEXTO LEGAL.

 - B) GARANTIAS INDIVIDUALES QUE CONTEMPLA.

C A P I T U L O I V .

CONFIGURACION DEL DELITO DE VIOLACION

ENTRE CONYUGES.

IV.1.- CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS ESTABLECIDOS EN EL TIPO LEGAL.

Como ya lo hemos hecho notar en el desarrollo del presente trabajo, el delito de violación no requiere para su configuración calidad alguna de los sujetos que en él intervienen, así, puede ser sufrido y cometido por cualquier persona, sin importar su estado civil, clase social, ocupación, sexo, o edad, requiriéndose únicamente la existencia de la cópula, obtenida mediante la fuerza física o moral y sin el consentimiento del sujeto pasivo; sin embargo cuando dicha conducta delictiva es cometida por un cónyuge en contra del otro, encontramos que algunos tratadistas consideran que no es configurable en tal hipótesis el delito en cuestión, aun cuando exista la cópula y haya sido ejercida violencia física o moral para su obtención y en contra del consentimiento de quien sufra la agresión.

De esta forma consideramos importante analizar aun que de manera somera algunos aspectos de la tipicidad, elemento indispensable para que una conducta sea considerada como delictiva.

Tal aspecto del delito consiste precisamente en la -

adecuación de la conducta desplegada a lo prescrito o establecido por la Ley Penal, en este caso a lo señalado por el Artículo 265 del Código de la Materia, es decir, que el acto consista en la cópula realizada por medio de la fuerza física o moral, con persona de cualquier sexo. De esta manera si trasladamos tal consideración al problema que nos ocupa, encontramos que cuando un cónyuge obtiene la cópula con el otro mediante el empleo de la vis absoluta o la vis compulsiva, y en ausencia del consentimiento de la víctima, estarán integrados todos los elementos señalados por la Ley.

A este respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "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". (Semanao Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Tomo XXIV, Segunda Parte, Página 132).

Entre las características del tipo del delito de violación tenemos que no requiere para su integración de elementos espaciales o temporales ni subjetivos, en tal razón, en el caso concreto a estudio, podemos afirmar que sí se encuentran todos los componentes requeridos por el tipo.

Ahora bien, por otra parte tenemos el aspecto negativo de la tipicidad, mismo que se denomina atipicidad y que - escuetamente consiste en la no adecuación de la conducta efectuada a lo previsto o descrito por el tipo legal, es decir, si falta alguno de los elementos que integren la hipótesis - señalada por la ley, estaremos en presencia de un acto atípico; y al igual que lo hicimos con la tipicidad, si trasladamos esta noción al ilícito en cuestión, encontramos que puede darse el caso en que no concorra la vis absoluta o física en la obtención de la cópula, o que ésta haya sido realizada con consentimiento del sujeto pasivo, en estos casos estamos en presencia de atipicidad en lo que al delito de violación se refiere y consecuentemente no existirá el ilícito en análisis.

Como podemos observar no es posible que se origine - atipicidad alguna por falta de calidad en el sujeto activo o pasivo, ya que, el delito de violación no la exige en el tipo descrito por la ley; resulta igualmente necesario en este - punto hacer alusión a otro de los aspectos positivos del delito, nos referimos a la antijuricidad, misma que en términos generales significa lo contrario a derecho o a los principios que se encuentran plasmados en la ley vigente. Mencionamos - tal elemento en virtud de que desde nuestro personal punto - de vista, siempre que se lleve a cabo la cópula mediante el empleo de la violencia física o moral y en ausencia de la voluntad del sujeto que resiente la conducta, se estará actuando en contra de los principios legales; al respecto Celestino

Porte Petit menciona que "la conducta en la violación será - antijurídica cuando, siendo típica, no exista una causa de - litud, en caso de que proceda." (1)

Consideramos que dicho delito no admite ninguna cau- sa de litud o justificación; precisamente tal consideración ha provocado diversas opiniones entre los tratadistas de De- recho Penal, quienes durante años han polemizado sobre la po- sibilidad de la existencia del delito de violación entre cón- yuges.

En torno a esta problemática se han suscitado los si- guientes criterios: 1.-) Que no hay violación, sino otro de- lito, aun cuando se trate de una cópula ilícita o "contra na- turam"; 2.-) Que no hay violación sino el ejercicio de un de- recho; 3.-) Que existe el delito de violación entre cónyu- ges y dentro de este grupo quienes consideran que solamente existe cuando se intentare una cópula anormal o "contra natu- ram". (2)

Con el objeto de llegar al esclarecimiento de tal - cuestionamiento haremos un breve estudio de los argumentos - sustentados por los autores correspondientes a cada una de - las tendencias enumeradas.

1).- Entre quienes comparten la opinión de que se - origina un ilícito diverso y que no hay delito de violación aun cuando se trate de cópula anormal, encontramos a Vannini; considera este autor que entre cónyuges no puede existir la conducta delictiva antes aludida, "pues no subsiste un dere-

-cho a la inviolabilidad sexual de un consorte respecto al otro, y por el contrario sí subsiste un derecho a la no violación de la libertad individual, por tanto, -se pregunta- ¿ No comete delito el marido que con violencia o amenazas se une carnalmente con su mujer -contesta- sí comete un delito pero no el de violación sino el de atentados al pudor."(3)

En principio el autor de referencia olvida que el bien jurídicamente tutelado, al que nos referiremos más adelante, no es la inviolabilidad carnal sino la libertad y seguridad sexuales, además al aceptar que sí subsiste la no violación de la libertad individual, reconoce que dicha libertad no puede ser coartada mediante al violencia física o moral, que son los medios empleados para la comisión del multicitado delito.

En el mismo sentido Garraud dice que "el marido al ejercer la fuerza para poseer a su mujer, no cometería ciertamente el delito de violación aun en el caso de sepración de cuerpos, salvo la represión de las heridas que pudiere haber causado. Pero el marido que empleando la violencia constriñe a su mujer a realizar relaciones contrarias al fin del matrimonio, comete el crimen de atentados al pudor." (4)

Consideramos que el delito de atentados al pudor aún cuando en su constitución es parecido al de violación, el tipo del mismo está integrado por elementos diferentes, siendo uno de los aspectos distintivos entre ambos la existencia de la cópula, por lo tanto no hay razón alguna para establecer

que el marido que obtenga la cópula con su mujer mediante la violencia física o moral sea responsable de tal atentado, - cuando en realidad estaríamos en presencia de la comisión del delito de violación.

Similar opinión es externada por Eugenio Cuello Calón quien lejos de aceptar que pueda existir el delito de violación entre cónyuges, establece que en todo caso el marido podrá ser responsable de las lesiones que cause a consecuencia de la cópula violenta; sin embargo, la configuración de dicho ilícito en tales circunstancias, -comenta el autor en cita - únicamente sería aceptable cuando la mujer tuviera derecho a resistir, es decir, si se tratara de copular existiendo de - por medio una enfermedad contagiosa o cuando dicho acto constituyera un factor lesivo del pudor público o de la propia - mujer. Por lo que hace a la conjunción sexual anormal obtenida mediante violencia física o moral, opina que el agresor sería culpable no de violación sino de abusos deshonestos - pues el acceso carnal a que se refiere el ilícito en cuestión es el normal. (5)

En relación a este punto nosotros nos preguntaríamos: ¿ Acaso al obtener uno de los cónyuges la cópula con el otro mediante el empleo de la vis compulsiva o vis absoluta y sin el consentimiento del agredido, no se estaría atentando contra el pudor tanto público como del propio sujeto pasivo ?.

2).- En este grupo se sitúan los tratadistas que consideran la presencia del ejercicio de un derecho cuando alguno de los cónyuges obtiene del otro violentamente y sin su

consentimiento la conjunción sexual; es este precisamente - uno de los argumentos más empleados por quienes niegan que pueda cometerse el delito de violación entre personas unidas en matrimonio, pues siendo la cópula acto propio de tal institución, consideran que a ambos cónyuges asiste un derecho recíproco para su realización, aun cuando se excluyen los ca sos en que se intentare la cópula anormal o en condiciones - que dañarían gravemente la salud de alguno de ellos o bajo - circunstancias ofensivas, ya que en tal hipótesis "se estaría haciendo ejercicio abusivo del derecho que les asiste, origi nándose en todo caso un diverso ilícito penal, además de que con tal conducta violenta no atacan la libertad sexual, mis- ma que por virtud del matrimonio no existe y en consecuencia no es posible que surja tal acto ilícito." (6)

Por otra parte los defensores de esta posición encuen tran en el matrimonio una limitación a la libertad sexual de los cónyuges, respecto de la cópula exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que, existe una obligación - sexual recíproca y consiguientemente al realizar uno de ellos el acto copulativo mediante la violencia física o moral no - ataca la libertad sexual del agredido. (7)

Es verdad que por virtud del matrimonio la libertad - sexual de los cónyuges se encuentra limitada, pero esto no - significa que ésta desaparezca, ya que, dicha restricción, - desde nuestro punto de vista únicamente va dirigida hacia la libre elección del sujeto con quien se desee desarrollar di- cha libertad, pues obviamente sería ilícito que una persona

casada tuviera relaciones copulativas con alguien distinto - de su cónyuge, sin embargo jamás perderán la libertad de decidir en que momentos es placentera dicha relación y en cuales no, claro está, respecto de su consorte.

Asimismo dentro de esta corriente situamos la opinión de Carrancá y Trujillo ya que, al abordar el tema dice: " no es consumativo del delito de violación el coito del marido - con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aun empleando moderada videncia, pues ello es un ejercicio de un derecho y la mujer no pueda resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima..." (Código Penal Anotado, Pág. 623, Nota 870, México, 1985).

Sería en este caso interesante determinar que es lo que debemos entender por "moderada violencia", y al mismo tiempo esclarecer quién calificaría dicha moderación, y respecto a la legítima defensa creemos que sí se origina una -- agresión ilegítima ya que a nivel constitucional está establecido que nadie puede ejercer su derecho mediante la fuerza.

3).- La última posición antes enumerada es la que sostiene que sí existe el delito de violación cuando un cónyuge obtiene la cópula con su consorte sin su consentimiento y mediante el empleo de la fuerza física o moral, ya sea que se trate de un acto copulativo normal o anormal; agrupándose en este inciso de igual manera quienes consideran que solamente es aceptable la configuración de tal ilícito en los casos de cópula "contra naturam".

En este último sentido es la argumentación de Carrancá y Trujillo quien en la nota y texto antes citados concluye - diciendo: "...Sí cabe esta especie de violación cuando el ma rido pretende la cópula en conjunción anormal o contra natu- ra " .

Similar es la posición adoptada por José Ma. Rodríguez Devesa, pues establece que "en orden a la antijuricidad sólo el matrimonio no disuelto o separado legalmente, puede auto- rizar el acceso carnal. Tal derecho no carece; sin embargo, de limitaciones y en todos aquellos casos en que la mujer pue- da legítimamente negarse al coito, v. gr. por padecer el ma- rido una enfermedad contagiosa, si este vence mediante la - fuerza la resistencia opuesta, incurrirá en el delito de vio- lación." (8)

Según nuestro parecer, aceptar tal criterio equival- dría a reconocer que el delito de violación solamente pudie- ra ser cometido cuando el acceso que se pretendiera fuera - anormal, o bien que se tuviera que tipificar por separado el delito en cuestión, incluyéndose en el tipo que lo contempla- ra el que la cópula fuera realizada ilícitamente o "contra - natura", además de que existiera el empleo de la violencia - física o moral.

Igual comentario haríamos respecto de las opiniones sustentadas por Manzini y Soler, quienes respectivamente ma- nifiestan (9) "si un cónyuge constriñe al otro a la cópula - anormal, el delito de violencia carnal subsiste indudablemen- te, lo mismo sucede cuando uno de ellos usa la fuerza o la - amenaza para obtener la cópula, también anormal...".

"... el matrimonio no excluye la posibilidad de violación, ya que ésta puede producirse por actos "contra natura", que no son debidos. Puede también haber oposición legítimamente fundada en la necesidad de evitar el contagio de algún mal."

Resulta interesante hacer notar que Manzini no hace distinción respecto del cónyuge que ejerza la cópula ilícita y mediante la violencia, deja pues abierta la posibilidad de que la mujer sea quien efectúe la conducta delictiva.

Por su parte Celestino Porte Petit Candaudap, refiere que tratándose de la cópula ilícita entre esposos, sí es posible la configuración del delito de violación, pues el derecho a que se hace alusión se constriñe a la realización del coito normal, "exento de circunstancias que lo maticen de ilicitud", situación mediante la cual se lesiona la libertad sexual plena que la mujer tiene respecto del acto copulativo ilícito. (10)

El pensamiento de Celestino Porte Petit en relación al problema en análisis provoca en nosotros ciertas interrogantes, ya que, en su exposición al hablar de la cópula normal se refiere a ella diciendo que debe estar exenta de características que la recubran de ilicitud, sin embargo, cuando uno de los cónyuges sin consentimiento de su consorte ejerce violencia física o moral y obtiene por esos medios una cópula normal, ¿ Acaso la fuerza ejercida no matiza de ilicitud tal conjunción "normal", convirtiéndose a su vez en "anormal" ?

Entre los tratadistas que aceptan la existencia del delito de violación cometido por un cónyuge contra el otro, se encuentra Antonio de P. Poreno, quien tajantemente sostiene que en este caso, "el acto integra todos los elementos del delito de violación porque el marido carece de derecho para imponer su voluntad por medios violentos, su pretexto de perpetuar la especie, por lo que no puede alegar en su favor la excluyente de responsabilidad a que se refiere la fracción V del Artículo 15 del Código Penal". (11)

Como podemos observar, el autor antes citado acepta la existencia del delito de violación entre cónyuges en todos los casos en que el marido obtenga o realice la conjunción sexual con su mujer, sin el consentimiento respectivo y mediante el empleo de la vis absoluta o compulsiva, ya que, como acertadamente lo indica tal conducta contiene todos y cada uno de los elementos que integran el tipo del acto delictivo de referencia.

Otro de los argumentos que consideramos importante dentro de esta corriente es el sustentado por Enrique Cardona Arizmendi, quien igualmente considera factible la comisión del ilícito en cuestión, entre personas que se hallen unidas en matrimonio; para llegar a tal convicción expone el siguiente criterio: "si un cónyuge impone al otro la cópula por medio de la violencia física o moral, esgrimiendo la obligación del pasivo de sostener relaciones sexuales (débito carnal), no sería entendible tal justificación, toda vez que no debe afectarse la libertad del sujeto por el sólo incumplimiento

de una obligación personalísima, que en todo caso y en virtud de ese carácter no puede hacerse efectiva por medio de la coacción." (12)

Consideramos que el argumento señalado no solamente carecería de sentido por las razones que expone Arizmendi, - sino que también debemos recordar que la relación sexual dentro del matrimonio más que un derecho u obligación consiste en una prestación voluntaria, una entrega mutua, sin que por ningún motivo sea necesaria su exigencia como derecho ni su cumplimiento como obligación, pues ésta forma parte del amor conyugal, mismo que sobrepasando el aspecto físico, incluye el respeto, la sensibilidad y la observancia de los valores esenciales de dicha unión, en la que deben encontrarse inmersos los planos físicos, psicológico, moral y espiritual, característicos del amor que une a los cónyuges.

Fortalecen lo antes expuesto las palabras de Gómez, quien al respecto comenta que los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación entre cónyuges invocan la licitud de la cópula basándose en el derecho que al marido corresponde, cuando en realidad lo que han debido demostrar es que, "contra todos los principios, el marido tenga facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho cuando le es negado por la mujer. En todo caso esta negativa autorizará - el divorcio, pero jamás el empleo de 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 cónyuge, comete el delito de violación". (13)

De igual manera, no debemos pasar por alto que para la configuración del ilícito en estudio no interesan ni se requiere edad, condición social o estado civil alguno de la víctima, ya que, en todo momento la ley concede protección a la libertad sexual, en el sentido de aceptar o rehusar la realización de la cópula.

En conclusión, pensamos que el problema planteado en contrará su solución al determinar si la cópula dentro del matrimonio constituye un derecho u obligación; respecto a lo cual ya proporcionamos nuestro parecer, negándole tal carácter, y por último si al ejercitarse el supuesto derecho haciendo uso de la violencia se contraviene el orden establecido; siendo nuestro parecer en este punto, que la conducta así desplegada debe de calificarse sin lugar a dudas como antijurídica por ser inequívocamente un acto típico.

IV.2.- BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO.

Para que el delito exista es necesaria, primeramente la presencia de los presupuestos del mismo, considerados como los antecedentes lógico - jurídicos e indispensables, sin los cuales la conducta delictiva no sería configurable, entre ellos podemos mencionar los siguientes:

- 1).- Norma Jurídico Penal.
- 2).- Sujeto Activo.
- 3).- Sujeto Pasivo.
- 4).- Objeto Material.
- 5).- Objeto Jurídico.

1).- NORMA JURIDICO PENAL.

Es la disposición en que se regula o determina la prohibición que en caso de ser infligida implicaría la comisión de la conducta o hecho delictivos.

2).- SUJETO ACTIVO.

Se identifica con el agente que realiza el acto descrito por la norma; sería imposible hablar de delito si no hubiera sujeto activo.

3).- SUJETO PASIVO.

Es el Titular del derecho o interés que resulta afectado o que es puesto en peligro por el delito, encontrándose tutelados por la ley tanto bienes o derechos personales como colectivos.

4).- OBJETO MATERIAL.

Es el ente corpóreo sobre el cual recae el comportamiento descrito por la norma, que en ningún momento se debe confundir con el sujeto pasivo, aun cuando en algunos casos, éste último puede constituir igualmente el objeto material del delito.

5).- OBJETO JURIDICO.

Constituye el interés o derecho que se protege por la norma vigente; es decir, consiste en el bien jurídicamente tutelado; podríamos afirmar que no hay delito sin objeto jurídico ya que éste conforma su esencia.

Una vez establecida la noción de lo que debemos entender por objeto jurídico o bien jurídicamente tutelado, trataremos de determinar en que consiste éste tratándose del delito de violación; al respecto también encontramos diversas opiniones, entre ellas que el bien jurídicamente tutelado en este delito es la inviolabilidad carnal, la honestidad, la libertad individual o la libertad y seguridad sexuales; siendo la opinión generalizada que el objeto jurídico de tal ilícito es el señalado en último término.

Quienes sostienen que la libertad individual es el bien jurídico lesionado, fundamentan su criterio señalando que ésta se ve atacada desde el momento en que al sujeto no se le respeta el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual, en tal sentido es la opinión externada por Funtán Balestra. (14)

Manzini y Vannini se sitúan entre los tratadistas que consideran a la inviolabilidad carnal como el objeto jurídico que se protege en el delito de referencia, pues por una parte Manzini dice que cuando el delito se comete con personas del mismo sexo la conjunción carnal no es representativa de una violencia sexual propiamente dicha. De tal manera Vannini manifiesta que el bien lesionado es la inviolabilidad carnal dentro de las relaciones sexuales normales. (15)

Por lo que se refiere a la honestidad, Gómez argumenta que el ataque sexual violento indudablemente va dirigido contra la libertad sexual, pero el bien que se lesiona con -

tal delito es el sentido del pudor, mismo que se manifiesta en el rechazo a las relaciones sexuales que estén en contra de los principios morales o contravengan la realización normal de las mismas. (16)

Por su parte Binding empleó el término de "honor sexual" para designar el bien jurídico protegido, entendiendo por tal la regulación de la propia vida sexual dentro de los límites del derecho y la moral. (17)

Consideramos que siendo la cópula, obtenida mediante la violencia física o moral, característica esencial del delito que nos ocupa, afirmar que el bien tutelado es el honor o la pudicia individual, resultaría inexacto, pues para que se llegue a la afectación de tales bienes, en primera instancia se lesiona la libertad sexual del sujeto agredido, pues se le priva de la libre elección a que tiene derecho. Por lo que hace al señalamiento de que el objeto jurídico del delito en cuestión es la libertad individual, creemos que se apega un poco más a la realidad; sin embargo, tal apreciación comprende solamente en parte los intereses dañados por esa conducta y en todo caso habría confusión, v. gr. con el rapto, en donde se protege la libertad y seguridad de las personas.

Por lo antes expuesto concluimos que la corriente más acertada es aquella que reconoce a la libertad y seguridad sexuales como el bien jurídicamente tutelado por la ley en el delito de violación; partidario de esta posición es Bernaldo de Quiróz, quien al hablar de la violación, hace

notar que éste es un delito contra la libertad sexual, "misma que es una de las manifestaciones de la libertad en general, y al lesionarla, el individuo se ve afectado en la determinación cabal de su autoerotismo, en cuanto al momento y la persona". (18)

Celestino Porte Petit comparte tal criterio al señalar: "El bien jurídico que protege la ley es, como se estima por una corriente doctrinal, la libertad sexual (la que según Saltelli y Romano Di Falco, consiste en la libre disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales dentro de los límites señalados por el derecho y la costumbre social". (19)

Por otra parte, los elementos del delito de violación nos demuestran que en este caso no se protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad y la seguridad sexual de quien debido al ataque de que es objeto no puede resistir la violencia, siendo víctima del máximo ultraje contra su dignidad sexual; es decir, que el bien jurídicamente tutelado es la seguridad en la libertad sexual entendida ésta como el derecho a la libre disposición del propio cuerpo y la elección de los momentos apropiados para tal entrega, sin que dicha libertad dañe derechos de terceros.

Por último veamos algo de lo que los tribunales han establecido al respecto.

"El bien jurídicamente protegido por el legislador, al estatuir el delito de violación, es la libertad sexual de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofendida no

hubiese sido virgen, no excluye de responsabilidad al sujeto activo de la infracción". (Semnario Judicial de la Federa - ción, Sexta Epoca, Tomo XX, Segunda Parte, Pág. 180.

"El bien jurídico objeto de la tutela penal en el de lito de violación concierne esencialmente a la libertad se - xual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el agente activo reali - za el acto sexual, bien por la fuerza material en el cuerpo del pasivo, anulando así su resistencia, bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males - graves, por los que le impide resistir..." (Semnario Judi - cial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo CV, Págs. 829-830).

"El delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad sexual". (Semnario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Tomo XXV, Segunda Parte, Pág. 117)

De esta manera las tésis citadas no dejan lugar a du - das sobre el bién jurídicamente tutelado en el delito a que nos referimos, descartando así totalmente como tales la ho - nestidad y la virginidad, lo cual es congruente con los ele - mentos del delito, ya que, por una parte no requiere su con - figuración el desfloramiento de la víctima ni es requisito - que se trate de una persona honesta o casta.

IV.3.- EJERCICIO INDEBIDO DEL SUPUESTO DERECHO A LA RELACION SEXUAL.

Como lo mencionamos con anterioridad, el ejercicio -

de un derecho es el estandarte de quienes niegan la existencia del delito de violación entre cónyuges, asimismo ya hemos proporcionado nuestro parecer sobre el carácter que la relación sexual tiene dentro del matrimonio, habiéndola clasificado más que como un derecho u obligación, como una entrega mutua, un deber moral que se manifiesta en su realización libre de constreñimientos, plena de amor y sentimientos compartidos totalmente por los consortes, haciéndose innecesario - por consiguiente que sea exigido su cumplimiento en virtud del supuesto derecho que se posee y la obligatoriedad de que se pretende revestirla; en todo caso, resultaría importante determinar qué es el ejercicio de un derecho y el alcance - que a tal circunstancia excluyente de responsabilidad le ha impuesto la propia ley.

Al respecto el Artículo 15 Fracción V del Código Penal vigente para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, se ñala que "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: Fracción V.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre - que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho".

De la lectura de tal precepto la primera interrogante que nos asalta es la siguiente: ¿ Se encuentra consignado en alguna ley que un cónyuge tenga derecho a la relación sexual con respecto al otro ?. De ser así; quien ejerciera tal derecho, ¿ Podría hacerlo mediante el empleo de la violencia

física o moral y estar amparado o protegido por la citada ex cluyente de responsabilidad ?.

La respuesta a tales interrogantes, desde nuestro - punto de vista es negativa, ya que, ni en el Código Civil ni en ninguna otra ley encontramos que expresamente se otorgue tal derecho a los cónyuges, aun cuando reconocemos que en ge neral un matrimonio en el que no existiera reciprocidad en - materia sexual, no cumpliría con muchos de los fines esencia les para los cuales dicha institución fue creada; sin embar- go, de la lectura del Artículo 162 del Código Civil vigente, podríamos inferir, supuestamente la existencia de tal dere - cho, aunque no con la amplitud que se le pretende adjudicar, pues el Artículo referido textualmente dice: "Los cónyuges - están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fi- nes del matrimonio y a socorrerse mutuamente".

En cuanto a este primer párrafo del precepto en ques tió n, debemos aclarar que indudablemente entre los fines del matrimonio está la complementariedad sexual, pero por la natu- raleza propia de tal fin no podemos aceptar que el mismo - sea cumplido como una obligación, además de que no se mencio- na que dicha "obligación" pueda ser exigida mediante la fuer- za; proporcionar tal carácter a la relación sexual sería tan to como equipararla a las obligaciones patrimoniales deriva- das de la institución antes citada.

Por lo que hace al segundo párrafo del Artículo alu- dido, señala: "toda persona tiene derecho a decidir de mane-

-ra libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de COMUN ACUERDO por los cónyuges".

En este punto sí encontramos consignado un derecho - pero no a la relación sexual en general sino únicamente a - aquella encaminada a la procreación y que en todo caso deberá ser ejercido de mutuo acuerdo, lo cual desvanece totalmente la posibilidad de que incluso en este caso tal derecho - pueda ser exigido o ejecutado mediante la violencia física o moral, circunstancia que coloca a quien así lo llevare a cabo, fuera del alcance de la excluyente de responsabilidad - prevista por el Artículo 15 Fracción V del Ordenamiento legal antes invocado, con lo que nos encontraríamos frente al ejercicio indebido de un derecho, que pudiera originar la comisión del delito de violación, pues para que el ejercicio de un derecho como causa de justificación tenga validez, es necesario el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado, no autorizándose su exigibilidad por medios violentos.

Al igual que en los planteamientos que hemos hecho a lo largo del presente trabajo, el problema que ahora nos ocupa ha sido objeto de variadas opiniones, uno de los argumentos que esgrimen quienes consideran que sí nos encontramos - en este caso frente al ejercicio legítimo de un derecho, establecen que el cónyuge que pretende la realización de una - cópula normal, tiene derecho a su exigencia, en aras de la facultad que el matrimonio le proporciona tratándose del coi

-to efectuado en ausencia de toda circunstancia ilícita, siendo responsable solamente en algunos casos de las vías de hecho o de las lesiones causadas. (20)

De la misma forma, comunmente se establece el criterio de que no puede darse legítima defensa en el cónyuge que niega al otro la realización de la cópula, pues solamente puede existir tal rechazo legítimo ante una agresión injusta y el consorte que solicita el acto conyugal está ejerciendo un derecho, - continuando con tal argumento agregan - a menos - que lo pida en forma agresiva o abusando de su propio derecho. (21)

Juzgamos oportuno en este momento hacer la aclaración de que al efectuarse la cópula por medio de la vis absoluta o compulsiva, en el caso de que existiera el derecho derivado del matrimonio, se estaría ejerciendo ilegalmente, en consecuencia tal abuso no podría ser amparado por una causa de licitud, pues para que el ejercicio de un derecho origine el aspecto negativo de la antijuricidad, este debe ser exigido legítimamente.

Confirma tal criterio lo expuesto por Alberto Pacheco, quien al respecto dice: "Sólo existirá el delito de violación entre cónyuges cuando uno de ellos pretenda realizar el acto carnal en público, faltando a la moral, en detrimento de la prole o en situaciones similares en las cuales ya no se puede decir que esté ejerciendo un derecho, sino que estaría - excediéndose en el ejercicio del mismo". (22)

Por nuestra parte, reiteramos lo antes establecido, y en este caso consideramos que al ser ejercido tal supuesto derecho a través de medios violentos, contra la voluntad del agredido, el cónyuge que así lo hiciera estaría abusando de ese pretendido derecho, siendo por lo tanto responsable del delito de violación.

IV.4.- ARTICULO 17 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Una de las bases principales para sostener que sí es posible la comisión del delito de violación entre cónyuges, está conformada precisamente por lo establecido en el Artículo 17 de nuestra Carta Magna, es por eso que juzgamos pertinente dar un vistazo al contenido de tal precepto constitucional, mismo que nos ayudará a formarnos un criterio más -- aproximado a la realidad del problema planteado.

A) TEXTO LEGAL.

El Artículo mencionado textualmente indica: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. NINGUNA PERSONA PODRA HACERSE JUSTICIA POR SI MISMA, NI EJERCER VIOLENCIA PARA RECLAMAR SU DERECHO. Los Tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales."

Como podemos observar, el contenido de tal precepto constitucional refuerza lo que expusimos en el inciso ante -

-rior, confirmando nuestro criterio respecto a que los con -
sortes no pueden ejercer violencia para hacer valer el dere-
cho a la cópula que supuestamente les es conferido en virtud
del matrimonio, ya que, de ser así además incurrirían en la
prohibición relativa a que nadie puede hacerse justicia por
sí mismo, pues el cónyuge que ante la negativa de su consor-
te para realizar la cópula, se valiera de la fuerza, ya sea
física o moral, estaría presuntivamente haciéndose justicia
por sí mismo, con lo que ninguna circunstancia excluyente de
responsabilidad podría ampararlo. Por cuanto a la cópula se
refiere, en sí misma considerada, en tanto responda a los ob-
jetos del matrimonio, será lícita, pero cuando es impuesta
violentamente pierde de tal característica y dicha conducta
cae en la prohibición referida por el precepto invocado.

Para los efectos de nuestro trabajo es de particular
importancia la garantía consignada en segundo término dentro
del artículo en estudio; sin embargo, haremos un breve análi-
sis del conjunto de garantías contenidas en dicha norma.

B) GARANTIAS INDIVIDUALES QUE CONTEMPLA.

Son tres las garantías de seguridad jurídica que reu-
ne el artículo en cuestión.

1).- Nadie puede ser apresionado por deudas de carác-
ter civil.

Aquí en realidad se impone una prohibición a las au-
toridades administrativas como es el Ministerio Público, y a
las autoridades judiciales, lo cual confirma la garantía de

la exacta aplicación en materia penal, en el sentido de que solo podrá ser aplicada una pena prevista expresamente por la ley para un determinado delito, derivándose de lo anterior la facultad del gobernado para oponerse jurídicamente a la autoridad que intente privarlo de su libertad en razón de una deuda civil. (23)

2).- Nadie puede hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar su derecho, sino que debe acudir a las autoridades estatales y a los organismos jurisdiccionales en demanda de justicia al reclamar sus derechos. Es aquí en donde reiteramos que la cópula en el matrimonio no puede ser considerada ni como derecho ni como obligación jurídica, pues resulta muy poco probable el hecho de que se iniciara alguna acción o se acudiera ante las autoridades jurisdiccionales para que resolvieran si tal o cual cónyuge está obligado o tiene el derecho de exigir le sea otorgada la cópula por su consorte, o bien se aplicara la sanción correspondiente a quien incumpliera con dicha "obligación".

Precisamente tales consideraciones nos reafirman en la convicción de que la relación sexual derivada del matrimonio es un deber moral, que se manifiesta en la mutua entrega y reciprocidad conyugal, por lo tanto su incumplimiento solamente podría acarrear una sanción moral que se traduciría en la desaprobación social de tal conducta, pero se antoja imposible su sanción jurídica y que su cumplimiento se viera en un momento dado, condicionado a una decisión judicial.

Por otra parte, de aceptarse que tal "derecho" pudiera ser ejercido mediante la violencia sería tanto como retroceder en el tiempo y llegar a la barbarie, tal como lo hace notar Ignacio Burgoa quien al respecto señala: "La obligación constitucional de ocurrir a las autoridades en petición de justicia o para hacer respetar sus derechos, constituye el elemento opuesto a la llamada "vindicta privata" imperante en los primeros tiempos de la Edad Media, dicha prohibición se funda moral y socialmente en la ilicitud de la venganza privada y de la coacción para reclamar un derecho efectivo o supuesto". (24)

3).- La última garantía consignada en el precepto estudiado, consiste en que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, con esto se pretende que las autoridades judiciales se vean imposibilitadas para retardar o entorpecer indefinidamente la función administradora de justicia, apegándose a los términos consignados por las leyes procesales respectivas.

Lo anteriormente expuesto nos permite concluir que los cónyuges no están facultados para solicitar el cumplimiento del acto marital utilizando medios violentos, ya que de ser así incurrirían incuestionablemente en la comisión del delito de violación, pues la cópula así solicitada se aleja totalmente de los fines del matrimonio, poniendo en peligro no solamente los otros objetivos del mismo, sino también su propia existencia, siendo inconcebible la idea de que la ley protegiera a quien comete un hecho tan deplorable y denigrante.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- (1) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION, 2a. Edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1973, Pág. 48.
- (2) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Págs. 50 y 54.
- (3) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Pág. 52.
- (4) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO LOS DELITOS, 11a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, Pág. 399.
- (5) CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL, Revisado y puesto al día por Cesar Camargo Hernández, 13a. Edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona España, 1971, Tomo II, Parte Especial, Págs. 579, 580.
- (6) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit. Pág. 53.
- (7) PACHECO, E. ALBERTO. LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, Editorial Panorama, México, 1984, Págs. 85 y 86.
- (8) RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA. DERECHO PENAL - ESPAÑOL PARTE ESPECIAL, 6a. Edición, Editorial Gráficas Carrasa, Madrid España, 1975, Pág.155.
- (9) y (10) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Pág. 54 y 55.

- (11) MORENO, ANTONIO DE P., CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE ESPECIAL, DE LOS DELITOS EN PARTICULAR, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1968, Tomo I, Pág. 252.
- (12) CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE., APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, 2a. Edición, - Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1976, Págs. 173 y 174.
- (13) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Págs. 50 y 51.
- (14) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Pág. 35.
- (15) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Pág. 36.
- (16) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Pág. 35.
- (17) RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA. Ob. Cit., Pág. 50
- (18) BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANCIO., DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, 4a. Edición, Editorial José Ma. Cajica Jr., S.A., México - Buenos Aires, 1957, Pág. 136.
- (19) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit. Pág. 36.
- (20) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. Cit., Pág. 399.
- (21) PACHECO, E. ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 85.
- (22) PACHECO, E. ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 117.
- (23) ORIHUELA BURGOA, IGNACIO., LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, 17a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, Pág. 623.
- (24) ORIHUELA BURGOA, IGNACIO. Ob. Cit. Pág. 625.

C A P I T U L O V

ASPECTOS FILOSOFICOS DEL PROBLEMA.

- V.1.- ¿ EXISTE REALMENTE UN DERECHO A LA RELACION SEXUAL CON LA CORRELATIVA OBLIGACION, DERIVADOS DEL MATRIMONIO ?.
- V.2.- ¿ SE CAUSA DAÑO A LA DIGNIDAD HUMANA ?.
- V.3.- PUNTO DE VISTA RELIGIOSO.
- V.4.- JUSTIFICACION JURIDICO - FILOSOFICA DE LA TESIS PROPUESTA.

C A P I T U L O V

ASPECTOS FILOSOFICOS DEL PROBLEMA.

V.1.- ¿ EXISTE REALMENTE UN DERECHO A LA RELACION SEXUAL CON LA CORRELATIVA OBLIGACION, DERIVADOS DEL - - MATRIMONIO ?.

Como ya lo hemos señalado anteriormente, en virtud del matrimonio surgen una serie de derechos y obligaciones que atañen a ambos cónyuges correlativamente; entre estos mencionamos la obligación de contribuir a los fines del matrimonio, el derecho a la vida en común, el derecho a la fidelidad, el derecho a decidir de común acuerdo el número y espaciamiento de los hijos, etc., asimismo hemos hecho alusión a un supuesto derecho a la relación sexual, ya que en realidad consideramos que tal situación corresponde en mayor medida a un deber moral, por esta razón es que nos cuestionamos si verdaderamente existe un derecho de semejante naturaleza derivado del matrimonio, aun cuando se trate de una relación tan íntima entre cónyuges, que se antoja bastante complicada la intervención de la norma jurídica a este respecto.

Desde nuestro punto de vista, nos encontramos ante un deber moral de mutua entrega, mismo que forma parte del amor conyugal; llegamos a tal determinación debido a que en nuestra legislación no encontramos disposición alguna que haga mención al deber de cada uno de los cónyuges de prestarse

a las relaciones génito sexuales con el otro, aunque por otra parte no desconocemos la existencia de dicho deber moral, - pues resultaría complicado satisfacer los objetos del amor conyugal y en su caso de la procreaci3n responsable.

También es cierto que debido al matrimonio los consortes consienten en otorgarse mutua potestad sobre sus cuerpos, sin embargo lo que no podemos aceptar es que tal entrega se pretenda transformar en un derecho y obligaci3n de carácter jurídico, que permita su exigencia aún en contra de la voluntad de los c3nyuges, situaci3n que nos parece desprovista de sentido de humanidad y denigrante para quien la sufra, ya - que sería un atentado contra la dignidad humana sostener que una instituci3n jurídica nos confiara derechos sobre el cuerpo de una persona.

Si a lo anteriormente señalado agregamos que el amor conyugal comprende tanto el aspecto de nuestra sexualidad como la relaci3n espiritual y que tal intercambio corporal encuentra su satisfacci3n plena en la realizaci3n del acto copulativo; obtendremos como resultado que no es posible un enlace físico - espiritual cuando est  de por medio un sentimiento de obligatoriedad, menos aún si se trata de una imposici3n hecha a través de la violencia física o moral, pues; en este caso es indispensable que exista total reciprocidad entre los c3nyuges, es decir, que dicha entrega sea mutuamente deseada.

La sexualidad dentro del matrimonio no solamente per

-sigue fines generativos para perpetuar la especie, sino que también, de manera preponderante, tiene como finalidad el proporcionar placer y lograr un mayor acercamiento espiritual entre los cónyuges, acrecentando y manteniendo de esta manera el amor conyugal, que ayudará a los consortes a vencer la adversidad y las contrariedades cotidianas, por lo tanto, consideramos que los cónyuges resolverán de mutuo acuerdo si su sexualidad estará encaminada para la reproducción o solamente será el medio que los una con mayor intimidad.

Este orden de ideas nos conduce a la afirmación de que el llamado débito conyugal constituye un deber moral que marido y mujer efectuarán durante el matrimonio, siempre voluntariamente y con amor, realizando así los fines perseguidos al contraerlo, por lo que, su exigencia resulta desconsiderada e insatisfactoria.

Por otra parte, quienes encuentran en la relación sexual un sentido de obligatoriedad recíproco para ambos cónyuges, basan su criterio en el hecho de que la negativa de la mujer o la abstención del marido, son causas de divorcio; así lo señala Rojina Villegas al establecer que "el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio". (1)

Consideramos que tal situación no proporciona a dicha relación un carácter obligatorio, en todo caso, la nega-

-tiva reiterada, injustificada, sin causa alguna que la expli que o motive, acompañada además de frases o actitudes de de saire o desvío del amor conyugal, propiciará única y exclusi vamente el surgimiento de una posible causa de divorcio, más no la obligatoriedad en su cumplimiento, descartándose de es ta manera el caso de un rechazo aislado, en consideración a determinadas circunstancias que se encuentran en el campo de la intimidad del matrimonio y que no permite la intromisión del legislador.

Asimismo se ha pretendido obtener el reconocimiento de obligatoriedad a las relaciones coitales encaminadas a la procreación, estableciéndose que ésta es un fin prioritario dentro del matrimonio, al igual que la educación de la prole, y de manera secundaria se ha situado la ayuda mutua y el remedio de las pasiones sexuales de los cónyuges. (2) De esta forma quedarían descartadas de obligatoriedad las cópulas - que no fueron realizadas con fines procreativos, por lo tanto si una pareja decidiera no tener hijos, en ningún caso estaría obligada a tener cópula, contrariamente si se decidiera - como antiguamente se hacía, tener los hijos que "Dios quiera" existiría obligación de copular en todos los casos, situación que nos parece poco aceptable ya que en el segundo de los - ejemplos citados, el cónyuge que deseara abstenerse de tener relaciones sexuales con su consorte se vería imposibilitado para negarse, teniendo que acceder incluso ante una exigen - cia violenta, además creemos que actualmente ya no es posi - ble establecer de manera categórica fines primarios y - - -

secundarios en el matrimonio resultando de esta forma, más adecuado hablar únicamente de manera general en cuanto a los fines que persigue el matrimonio, situándose todos ellos en un mismo plano de importancia, siendo los propios cónyuges - quienes establezcan sus prioridades.

Alberto Pacheco Escobedo justifica la obligatoriedad del coito dentro del matrimonio, en aras de la procreación, al señalar que "el derecho al débito conyugal existe en orden a la consecución de los fines matrimoniales y por tanto tiene que estar abierta siempre la posibilidad de engendrar, de tal manera que no se hayan obstaculizado en forma artificial las posibilidades que la naturaleza ha dado al hombre y a la mujer de engendrar prole." (3)

Al determinar que el deber moral a que nos referimos no puede ser considerado como un derecho o una obligación de carácter jurídico, reconocemos igualmente que su exigencia - mediante la coacción física o moral no es concebible pues siendo el resultado de la relación íntima del amor conyugal, respeto, diálogo y atenciones entre los cónyuges, tal relación requiere de absoluta armonía, misma que se vería quebrantada al forzar su cumplimiento cuando no se desea, abstención que por otra parte no siempre resulta injuriosa.

En tal sentido ha sido el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues establece que "la abstención del débito carnal no es causa de divorcio, a menos que se realice en condiciones injuriosas; por lo cual, el juez de los autos debe apreciar las circunstancias en las

que ha tenido lugar la abstención del marido o la negativa - de la mujer, porque si se debió a defectos físicos, a enfermedad o a un acuerdo celebrado entre los esposos, no existe la injuria necesaria para decretar el divorcio..." (4)

Eugenio Cuello Calón Considera igualmente que la sexualidad en el matrimonio posee el carácter de deber moral, al estatuir que "la satisfacción del débito conyugal, con - arreglo a nuestro Derecho, no constituye un deber jurídico, sino en deber moral para cuya infracción no se concibe otra sanción que la reprobación de la conciencia". (5)

Con base en lo anteriormente expuesto, estamos en posibilidad de concluir que la relación sexual dentro del ma - trimonio no es un derecho ni deber jurídico, sino un deber - moral, entendiendo por éste; la responsabilidad derivada de un vínculo jurídico o de una situación de hecho , que puede traducirse en un hacer, no hacer o respetar, conforme a prin - cipios generalmente aceptados. En tal virtud, desde el punto de vista penal no hay causa de justificación que ampare al - cónyuge que mediante la violencia física o moral obtenga la cópula con su consorte, argumentando el derecho que le asiste o la obligatoriedad de dicho acto. .

V.2.- ¿ SE CAUSA DAÑO A LA DIGNIDAD HUMANA ?

Precisamente el respecto a la persona es uno de los valores fundamentales en el matrimonio, contituye un factor que determinará la estabilidad y durabilidad de dicho víncu-

-lo, en él se conjuga tanto el amor conyugal como la recipro cidad y complementariedad existente entre los consortes, es el medio por el cual se enaltecerá la dignidad humana.

Este aspecto del matrimonio y de la naturaleza humana no ha pasado desapercibido para el Derecho, hay disposiciones que se orientan al respeto de la dignidad de los cónyuges, y entre las más significativas encontramos por ejemplo, que el Artículo 156 del Código Civil, en su fracción VII señala como impedimento para contraer matrimonio la fuerza o miedo graves; si tomamos en consideración que desde el punto de vista religioso la cópula es el medio consumativo del matrimonio y que tal consumación se prolonga en el tiempo en virtud de que diariamente se refrenda con nuestros actos esa promesa de amor, convirtiéndose así cada acto copulativo en una entrega mutuamente deseada, símbolo del amor que cada día unc con más fuerza a los cónyuges, resulta obvio afirmar que cuando un cónyuge busca tal entrega mediante la violencia física o moral, no solamente atenta contra la dignidad de su consorte, sino que también falta a su promesa de honrar y respetar a su pareja, además de que en tales condiciones la cópula ya no cumplirá con los fines supremos que le son conferidos. En esta forma si el uso de la fuerza o miedo graves constituye un impedimento para contraer matrimonio, entonces también constituirá un impedimento para que ilícitamente se satisfaga el instinto sexual dentro del matrimonio, siendo responsable de violación quien así lo hiciere.

Igualmente el ataque a la dignidad de alguno de los consortes puede ser causa de divorcio, en tal sentido recordaríamos el Artículo 267 del Código Civil en sus fracciones XI y XVI, que anteriormente hemos estudiado, refiriéndose la primera a la sevicia las amenazas o injurias de un cónyuge - al otro; y la segunda al acto cometido por un consorte contra los bienes o la persona del otro, casos en los cuales hemos establecido, quedaría encuadrada la conducta violenta en la obtención de la cópula.

Igualmente en el Código Penal, sin ir más lejos en - contramos precisamente que al contemplar el delito de violación, además de proteger la libertad y seguridad sexuales, se protege la dignidad de las personas, ya que un acto de tal especie es por demás denigrante y humillante, desbastador de la imagen propia de la persona, conduciéndola a la total desvalorización de sí misma.

En el matrimonio, la dignidad alcanza alturas jamás igualadas, ya que ante todo, a través de los actos cotidianos, los cónyuges enaltecen cada uno por su parte la persona unificada que ellos representan, pues quien honra al otro - se honra a si mismo.

En relación a la dignidad humana, el Psicólogo B. F. Skinner apunta: "se atenta contra la dignidad cuando se cometen abusos con respecto al valor personal; una persona protesta cuando gratuitamente se le atropella, se le maltrata, o se juega con ella, cuando se le engaña y ridiculiza o se le obliga a comportarse de forma degradante". (6)

De las líneas antes transcritas, podemos deducir, - sin lugar a dudas que si un cónyuge obtiene con el otro la - cópula mediante la violencia física o moral, atenta contra - la dignidad de su consorte; pues resulta evidente que en tal circunstancia se estaría cometiendo un abuso respecto al valor personal, atropellando y maltratando, o bien engañando y obligando a desplegar un comportamiento no deseado y degradante, a una persona, que en virtud del vínculo que los une, se le debe absoluto respeto y consideración.

Además de lo anteriormente señalado, no debemos pasar por alto que la Institución del matrimonio tiene como objeto enaltecer la naturaleza y dignidad humana no menospreciarla y denigrarla, ésto se desprende de los fines que persigue, como pueden ser la moralización del amor, auxilio recíproco de los cónyuges, felicidad mutua, vida en común, perfeccionamiento y complemento sexual para dar satisfacción al amor conyugal, complemento mutuo de los esposos, procreación y educación de los hijos, etc., fines que desde nuestro punto de vista, en manera alguna podrían alcanzarse si está de por medio el uso de la violencia física o moral no sólo en la obtención de la cópula sino en el logro de cualquiera de las finalidades señaladas, pues todas y cada una de ellas entrañan un cumplimiento voluntario, recíproco y realizado como una entrega de amor profundo existente entre los consortes.

En relación a esta cuestión, Francisco González de la Vega establece que "por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia físi

-ca o moral, tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación". (7)

Por otra parte no debemos perder de vista que la finalidad de la sexualidad humana es la integración de la pareja y el realce de su dignidad, siendo la búsqueda del placer la motivación para la actividad sexual, placer que encuentra su satisfacción en muestras de amor y no de agresión razón por la cual dicha actividad no solo está regulada jurídicamente, sino moralmente. En tal virtud el amor conyugal debe ser entendido como un proyecto de desarrollo personal con otra persona a quien se le debe respeto y contra quien nunca debe realizarse acto alguno motivado por el ejercicio de poder, ya que de ser así dicha relación se convertiría en una actividad puramente mecánica, carente de sentimientos.

V.3.- PUNTO DE VISTA PELIGROSO.

Siendo la religión católica la más arraigada en las costumbres de nuestro país, es innegable que ha jugado un papel importante en el desarrollo de la Institución Matrimonial y de la familia, ya que a través de ella se han marcado lineamientos a seguir, de tal manera que han influido en la estructura familiar y matrimonial, dotándolas de características propias, razón por la cual es necesario tomar en consideración la posición que la misma ha adoptado en relación al problema a estudio.

Para determinar con mayor precisión la forma en que

la religión católica ha abordado el tema, juzgamos pertinente señalar los fines que al matrimonio le confiere; en cuanto a este punto Santo Tomás de Aquino establece como fines - principales de dicho vínculo; la procreación, porque ella es la consecuencia natural de la unión del hombre y la mujer y del impulso que a ella les concede por la diferencia de los sexos; la educación de los hijos, que es consecuencia de la procreación toda vez que quien da el ser está obligado a dar los medios para continuar existiendo; y el mutuo auxilio por que el hombre necesita de la mujer tanto como la mujer necesita del hombre, pues en el matrimonio encuentran ambos cónyuges la satisfacción recíproca de sus tendencias e impulsos tanto físicos como biológicos y morales, adquiriendo en este punto mayor relevancia el aspecto moral de la obligación a la cópula "viviendo cada cónyuge obligado a prestar el débito al otro", pues tal relación es fundamental para la realización del fin de la procreación, "contrariando a la naturaleza del matrimonio los que no tienden a tal fin". (8)

En nuestra opinión el aspecto de mayor importancia - contemplado por la religión católica en torno al matrimonio, es que al contraerlo se origina la fusión espiritual y física de los consortes misma que perdura en todas las relaciones conyugales y difícilmente existirá si no hay armonía en la - pareja, concordancia que en un grado supremo se expresa en - los actos sexuales, que constituyen una total entrega que sería inconcebible si para ello se hiciera uso de la violencia física o moral, estaríamos ante una conducta absolutamente -

contraria a todos los principios religiosos que nos enseñan sobre todo a respetar a nuestros semejantes, sin olvidar en ningún momento su calidad humana.

Por su parte Dalmacio Iglesias señala que la obligación de prestar el débito es consecuencia de los fines del matrimonio y "aparece terminantemente mandada por San Pablo, constituyendo su negativa sin motivo grave un pecado mortal; son causas graves para negar el débito, el grave daño a la prole, el escándalo público, el pedirse en lugar sagrado y otros, aunque en todos los casos debe ser solicitado con justicia". (9)

Las líneas anteriores nos muestran que aun cuando - desde el punto de vista religioso si se considera obligatorio el acceder a las peticiones sexuales entre personas unidas - en matrimonio, igualmente se trata de una obligación moral lógicamente, pero además de esto en todos los casos la petición que en torno a estos actos se haga, debe ser externada con - absoluta justicia, es decir sin cometer abusos de ninguna especie y si consideramos el problema a estudio, encontraremos que el empleo de la violencia física o moral, constituiría - un abuso totalmente injusto y contrario a los principios - cristianos.

Ahora bien, la Iglesia Católica confiere obligatoriedad únicamente a los actos encaminados a la procreación esto se demuestra con lo señalado por Raúl Ortíz Urquidi quien - afirma que dicha religión "considera el matrimonio como un -

verdadero contrato según el Canon 1012 del Código de Derecho Canónico de Lorenzo Miguelez, Sabino Alonso Morán y Marcelino Cabreros de Anta (Madrid 1951 p.p. 372) en el cual se dice - que Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados, mismo que se define como un contrato legítimo entre un hombre y una mujer mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos que por - su naturaleza son aptos para engendrar hijos". (10)

Aun cuando existe la obligación de acceder a la cópu - la con fines procreativos, no se faculta a ninguno de los -- cónyuges para que pueda exigir su cumplimiento empleando la violencia en cualquiera de sus modalidades.

No es posible pensar que en el matrimonio cristiano se aprueben o permitan abusos de la índole como el que estudiamos, pues si aun cuestiones de menor importancia presen - tan restricciones, con mayor razón un acto de tal naturaleza se vería sancionado e impedido por la religión. Ejemplifica esta observación el deber de fidelidad impuesto recíproca - mente a los cónyuges pues en el matrimonio cristiano abarca toda la relación amorosa conyugal, considerándose infiel in - cluso quien falta en pensamiento; igualmente dentro del ma - trimonio cristiano se reconoce tanto para el hombre como para la mujer, la dignidad personal de que son titulares, en el - mutuo y pleno goce del amor conyugal, lo cual denota con cla - ridad la unidad del matrimonio confirmada por el Señor. (11)

Robustece nuestra posición lo señalado por Chávez - Asencio quien al hablar del sacramento matrimonial establece: "Quien se compromete por el sacramento del matrimonio, se compromete a ser testigo de la fidelidad de Cristo por su Iglesia, lo que se logra por el concurso de la gracia de Dios y la colaboración de los mismos cónyuges. Esta íntima unión, como MUTUA ENTREGA DE DOS PERSONAS, lo mismo que el bien de los hijos exige plena fidelidad conyugal..." (12)

Como podemos observar, además del respeto mutuo, el Derecho Canónico le otorga gran importancia a la fidelidad procreativa del matrimonio considerándola hasta cierto punto como un elemento de su definición; sin embargo, en ningún momento se autoriza a los cónyuges para que obtengan tal fin mediante exigencias violentas, debemos tomar en cuenta que el matrimonio constituye una alianza que procura el bienestar y realización de los cónyuges tanto de manera individual o como pareja, beneficios que lógicamente influirán en los hijos, y cuya obtención dependerá de una buena relación en todos los aspectos.

Dentro del Derecho Canónico encontramos elementos que promueven enormemente el mejoramiento de las relaciones conyugales, prueba de ello lo es el Concilio Vaticano II, en el que se establece que "los actos con los que los esposos se unen íntimamente y constantemente entre sí son honestos y dignos, y, ejecutados de manera verdaderamente HUMANA, significan y favorecen el don recíproco con el que se enriquecen mutuamente en un clima de gozosa gratitud". (13)

Estas palabras nos proporcionan un amplio panorama - de la forma en que las relaciones conyugales son concebidas por la Iglesia, denotan la realización del amor conyugal en toda su plenitud, asimismo enaltecen los principios que proporcionarán a la pareja los elementos necesarios para su unificación espiritual y física convivencia íntima mediante la que se sostienen mutuamente, ayudándose a adquirir conciencia de su unidad que cada día obtiene proporciones mayores.

V.4.- JUSTIFICACION JURIDICO - FILOSOFICA DE LA TESIS PROPUESTA.

Como ya lo hemos mencionado en el desarrollo del presente trabajo, es indudable que la comisión del delito de violación entre cónyuges sí es dable ya que en tal hipótesis concurren todos los elementos establecidos por el tipo - legal y no hay causa de justificación alguna que ampare a - quien despliegue tal conducta, pero aun en el caso de que nos encontrácemos ante el ejercicio de un derecho, el cónyuge que forzara la realización de la cópula estaría abusando de su - derecho, entendido éste como el goce de la titularidad de facultades postestativas consagradas en la ley; con lo que, su conducta sería punible de cualquier forma, siendo responsa - ble de los actos ilícitos motivados por el empleo de la violencia física o moral y quedando incluso expuesto a las acciones de divorcio a que su proceder diere lugar. No obstante - lo anterior, la conducta descrita se ve cubierta de ilicitud

principalmente por el hecho de que en su realización se dan cita todos los elementos constitutivos de tal ilícito y un acto es ilegítimo "todas las veces que concurren todos los extremos del hecho abstracto y no concurren causas de exclusión del delito", en este sentido es la opinión sustentada por Pannain. (14)

Desde nuestro punto de vista no es posible que en la comisión del delito de violación opere como causa de justificación el ejercicio de un derecho, pues no encontramos, consagrado en la ley precepto alguno que otorgue expresamente tal derecho a los cónyuges, por lo que, al no existir elementos que conformen dicha justificante resulta imposible su operatividad, de esta manera, a nuestro parecer el único componente que podría funcionar como causa de licitud sería el otorgamiento del consentimiento por parte de la supuesta víctima.

Por otra parte, desde el punto de vista civil ya anteriormente hemos hecho notar que la negativa de la cópula por parte de alguno de los cónyuges, no es causa bastante para que sea decretado el divorcio, se requiere además que la omisión del marido o la negativa de la mujer se lleven a cabo injuriosamente, casos en los cuales, consideramos necesario que el juez valore la situación concreta, pues tales omisiones o abstenciones podrían deberse a diferentes causas, como pueden ser; acuerdos mutuamente pactados, enfermedades, o simplemente indisposición o falta de deseo por parte de alguno de los consortes sin que se llegue a conformar la inju-

-ría que motivaría al divorcio pero la exigencia violenta in dudablemente constituiría el delito de violación, incluso - cuando la negativa integrara la injuria necesaria para produ cir el divorcio.

Es incuestionable la importancia de la sexualidad - dentro del matrimonio, pues es el medio por el que los cónyu ges lograrán su plena integración como pareja así como la - realización de los fines que dicha Institución persigue, por lo que tal actividad debe llevarse a cabo en un ambiente de cordialidad y respeto, de mutuo goce, entorno que se vería - totalmente destruido al producirse exigencias violentas o al encontrarnos obligados al cumplimiento de un acto que en rea lidad debe ser una entrega voluntaria y mutuamente deseada, estando pues facultado quien pretendiera ser obligado, a re peler la agresión de que fuera objeto, ya que de esta manera podrían evitarse mayores males además de que se estaría reac cionando contra una agresión totalmente ilegítima; en torno a este problema, Alimena manifiesta que "se concederá la le gítima defensa a la mujer que mata al marido, que quería obli garla a complacencias no naturales porque hay una violencia y una violencia injusta". (15)

En relación a la obligatoriedad de la cópula nuestros tribunales han establecido que "El Código Civil, al referirse al matrimonio, no menciona en forma expresa, como una obliga ción de los contrayentes, la sexual; pero siendo uno de los fines del matrimonio la reproducción de la especie, los cón yuges están obligados en todo caso a aquellos ayuntamientos

sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa, quedando, por consiguiente, excluidas las cópulas de carácter anormal, aquellas en que intervenga el uso de anticonceptivos y las cópulas con enfermos que padecen males transmisibles, porque estos ayuntamientos serían ilícitos, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro. Aun en el supuesto de que la cópula se verifique por la vía normal, si se exige en forma violenta existiría el delito de violación, pues siendo el matrimonio un contrato, el cumplimiento del mismo debe ser exigido por la vía legal, sin que se autorice para ello el empleo de la violencia." (16)

El criterio seguido por nuestros Tribunales nos proporciona una amplia visión de lo que significaría el empleo de la violencia en la exigencia de la cópula asimismo muestra como tal acto íntimo y de entrega conyugal no se encuentra consagrado expresamente en la ley como un derecho y obligación impuesto a cada uno de los cónyuges, razón por la cual no es concebible su cumplimiento cuando se hace uso de medios violentos, configurándose en tal caso el delito de violación.

Además de los razonamientos jurídicos antes expuestos que nos indican que sí es posible la comisión del delito de violación entre cónyuges, no debemos olvidar la marcada influencia de la moral y la religión en cuanto a este problema, recordemos que dentro del matrimonio las relaciones personales cobran gran importancia, ya que de su armonía depende el éxito del mismo, dado que representa el amor de dos vidas, -

sentimiento que dentro del matrimonio adquiere dimensiones inigualables y convoca a los cónyuges a unirse para lograr - los fines más profundos que les proporcionarán una superación personal y como pareja.

Precisamente casos como el que nos ocupa, nos demuestran que el Derecho y la Moral no se excluyen uno al otro, - sino que se complementan, prueba de ello es que la relación conyugal de mutua ayuda y de amor íntimo, además de estar - considerados dentro del derecho, son contemplados como un valor moral, aceptando sus últimas consecuencias, es decir, el precepto moral es aceptado y convertido en jurídico. Ponga - mos como ejemplo de esto precisamente la celebración del matrimonio misma que no solamente representa un acto jurídico sino también un sacramento desde el punto de vista religioso y constituye además una forma de vida moral de los consortes, de esta manera, la ley toma en cuenta muchos aspectos morales que se orientan a la constitución, existencia y fomento de - una comunidad entre los cónyuges, en donde se encontrarán - presentes los valores y deberes comunes de convivencia, fidelidad, asistencia mutua, socorro, respeto y enaltecimiento - de dignidad humana.

Hemos dejado ya establecido que la cópula dentro del matrimonio constituye un deber moral, y como tal se traduce en una entrega voluntaria, espontánea, sin que sea necesaria su exigencia, representa una donación de amor que, por ningún motivo sería otorgada como consecuencia de una exigencia de quien supuestamente tuviera derecho y demandar lo que presu

-miblemente le pertenece; ya que, en este punto el "derecho" resultaría egoísta e injusto, pues mediante él se reconocen intereses concretos, de particulares o del Estado que deben cumplirse cuando se exigen.

Una relación tan íntima como es la sexualidad que se desarrolla dentro del matrimonio, escapa a exigencias de carácter jurídico, pues debido a su naturaleza es una entrega que no requiere de ser demanda pues se satisface por si misma sin esperar una contraprestación

En una verdadera relación conyugal no existe sujeción de un consorte con respecto al otro, más bien, debe presentarse una correspondencia mutua, libre de exigencias y con mayor razón de demandas hechas violentamente; por otra parte, el amor conyugal requiere de diálogo no de agresiones morales o físicas, sin él no será posible el desarrollo de la pareja, pues por éste no sólo debemos entender la palabra sino toda actitud y comunicación constante entre marido y mujer.

Refiriéndose a este punto, Chávez Asencio nos dice: "todo aquello que impida el diálogo, que comprende las manifestaciones de afecto y actos conyugales, creará grave conflicto, hará peligrar a la estabilidad matrimonial y pueden crear su destrucción propiciando el divorcio. Se facilita y promueve el diálogo conyugal a través de la relación sexual..."

(17)

Es evidente que si la relación sexual es exigida violentamente o es considerada como una obligación de carácter

jurídico, el diálogo a que se refiere el autor citado difícilmente encontrará un campo fértil en el cual poder sembrar - para posteriormente cosechar los frutos que proporciona el - amor conyugal; por lo mismo resulta configurable a todas luces el delito de violación cuando un cónyuge obtiene con el otro mediante el uso de la violación física o moral y sin su consentimiento, la realización del acto copulativo.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- (1) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL INTRODUCCION, PERSONAS Y FAMILIA, 14a.Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, Tomo I, Pág. 320.
- (2) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. LA FAMILIA EN EL - DERECHO CIVIL MEXICANO, Editorial Panorama, México, 1984, Págs.67 y 68.
- (3) PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. Ob. Cit., Pág. 26.
- (4) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. LA FAMILIA EN EL - DERECHO, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, Pág. 351.
- (5) ARAUJO VALDIVIA, LUIS. DINAMICA DEL DERECHO MEXICANO, 1a. Edición, Editado por la Procuraduría General de la República, México, 1973, Volumen I, Pág. 53.
- (6) B.F. SKINNER. MAS ALLA DE LA LIBERTAD Y LA DIGNIDAD, Traducción al Castellano por Juan José Coy., 4a. Edición, Editorial Fontanella, Barcelona España, 1980, Pág. 74.
- (7) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO LOS DELITOS, 17a. Edición Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, Pág. 398.
- (8) y (9) ARAUJO VALDIVIA, LUIS. Ob. Cit., Pág. 51.
- (10) ARAUJO VALDIVIA, LUIS. Ob. Cit., Pág. 67.
- (11) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Pág. 353.

- (12) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Pág. 354.
- (13) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Pág. 351.
- (14) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION, 2a. Edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1973, Pág. 47.
- (15) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Pág. 49.
- (16) PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. Ob. Cit., Pág. 49.
- (17) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Ob. Cit., Pág. 360.

C A P I T U L O V I

C O N C L U S I O N E S .

1.- Siendo el matrimonio la fuente del derecho que - según algunos autores penalistas faculta a los cónyuges para exigir aun en forma violenta el cumplimiento de la cópula, - resulta de particular importancia determinar cuál es la naturaleza jurídica de dicho vínculo. Se le ha calificado como contrato ordinario, pero en este caso no son las partes quienes fijan las condiciones y efectos deseados sino que es la ley quien lo determina; por otra parte ha sido considerado - como una Institución Jurídica, calificativo que no se le puede negar pues un conjunto de normas lo regulan específicamente; también se le ha señalado como un acto jurídico mixto, - pues en su realización interviene tanto el Estado como los particulares, por lo tanto no es posible negarle tal carácter, asimismo, podemos afirmar que se trata de un acto jurídico - condición, pues si no se realizan las formalidades necesarias para su creación, no se producirían los efectos previstos - por la ley.

Tomando en cuenta la polivalencia de dicha Institución, consideramos que los criterios sustentados al respecto no se excluyen unos con otros, sino que se complementan, dando como resultado, que el matrimonio tenga el carácter de un acto jurídico complejo.

2.- Entre los efectos producidos por la celebración del matrimonio encontramos algunos que requieren ser encuadrados en un marco jurídico para garantizar en lo posible su cumplimiento, tal es el caso de los de carácter patrimonial; sin embargo, es innegable que todos y cada uno de ellos poseen un alto contenido ético-moral, por lo que en ocasiones su cumplimiento no está condicionado a la existencia de un derecho ni de una obligación, situación en la que se encuentra la prestación sexual, misma que se efectúa en función de una entrega voluntaria y mutuamente deseada, fundada en el amor conyugal.

3.- La sexualidad dentro del matrimonio no puede ser considerada como un derecho u obligación de carácter jurídico, pues ésta es el resultado de una complementariedad física, moral y espiritual de los cónyuges que forma parte del amor que los une, dentro del cual además se incluye la sensibilidad y la conciencia de los valores esenciales que harán posible la plena integración de la pareja, cobrando gran importancia el respeto que existe entre los consortes.

4.- En términos generales consideramos que el delito de violación consiste en obtener la cópula con persona de cualquier sexo, sin su consentimiento y mediante el empleo de la violencia física o moral.

Resulta de vital importancia para nosotros incluir en el concepto de tal hecho delictivo la ausencia de la voluntad de la víctima, pues resulta posible que aun existiendo

el empleo de la vis absoluta o de la vis compulsiva, el sujeto pasivo haya otorgado de antemano su consentimiento para - que se llevara a cabo sobre su cuerpo tal desahogo, con lo - cual el delito en cuestión no quedaría integrado; un ejemplo de esta situación son las relaciones sado-masochistas.

De esta manera aun cuando el Código Penal Mexicano en Vigor no incluya en la redacción del Art. 265 la ausencia del consentimiento por parte de quien resiente la agresión, los elementos constitutivos del ilícito de referencia serán:

a) Obtención de la cópula con persona de cualquier sexo.

b) En ausencia del consentimiento del sujeto pasivo.

c) Mediante el empleo de la violencia física o moral.

5.- Para los efectos de la integración del delito de violación, por cópula debemos entender todo tipo de unión o conjunción sexual comprendiendo tanto los acoplamientos normales como los anormales, consistiendo los primeros en la introducción del pene en la vagina y los segundos incluirán - tanto la introducción anal como la "fellatio in ore", encontrándose asimismo contempladas las relaciones coitales homo-sexuales masculinas y femeninas, razón por la cual aceptamos la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo de dicho delito, ya sea la víctima del sexo masculino o femenino; llega mos a esta determinación en virtud de que si se aceptan otras vías distintas a la vaginal para integrar el elemento objetivo de tal conducta ilícita, de igual manera debe aceptarse - que lo que se sustituya sea el órgano sexual masculino, además no es posible pasar por alto el hecho de que el texto -

legal no hace distinción alguna en cuanto al sexo ni calidad de los sujetos que intervienen.

6.- El delito de violación puede ser cometido ya sea mediante el empleo de la violencia física (vis absoluta) o la violencia moral (vis compulsiva); en relación a la enunciada en primer término, debemos entender que es la fuerza material que directamente es aplicada en el cuerpo de la víctima, anulando así la resistencia que ésta ofrezca, obligándola manifiestamente en contra de su voluntad a que en su persona se efectúe la conjunción sexual. La fuerza física aludida debe recaer en el sujeto pasivo y ser lo suficientemente poderosa para vencer la resistencia presentada.

La violencia moral debe ser entendida como el medio por el cual se constriñe la libertad de decisión y de actuar de una persona, siendo su esencia infundir miedo en el ánimo de la víctima para obtener la cópula aun en contra de su voluntad, debido al constreñimiento de carácter psicológico que sobre ella se ejerce, mismo que deberá ser serio o verdadero, grave y que por consiguiente entrañe un daño inminente o futuro, siendo además constante y dirigido a la afectación de un bien jurídico del ofendido o de alguna persona allegada, quedando de manifiesto su idoneidad para vencer la resistencia opuesta.

7.- Cuando dentro del matrimonio, alguno de los cónyuges obtiene la cópula con el otro sin su consentimiento y mediante el empleo de la violencia física o moral, indudablemente comete el delito de violación, pues al actuar en tal -

forma se contraviene el orden establecido, por lo que la conducta así desplegada invariablemente debe calificarse como - antijurídica por ser inequívocamente un acto típico.

8.- De las Fracciones XI y XVI del Artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, se desprende la aceptación tácita de la existencia del delito de violación entre cónyuges, pues si bien es cierto que dentro de los deberes morales del matrimonio encontramos el respeto de un -- cónyuge para con el otro, dicho deber incluye entre sus diversos aspectos la realización de la cópula, en la que permanece inmerso el respetar incluso los momentos en que para uno de los cónyuges no sea placentera su ejecución, razón por la - cual al obtenerse tal acto mediante la fuerza física o mo - ral, el cónyuge que así lo hiciere en ausencia del consentimiento del agredido, estaría dentro de lo preceptuado por las fracciones aludidas, pues se verían integradas las injurias, la sevicia, o las amenazas a que se refiere la Fracción XI del artículo de referencia, así como por otra parte nos en - contraríamos ante un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, teniendo marcada por la ley una pena mayor de un año, elemento que se menciona en la Fracción XVI pre - viamente citada.

9.- La cópula como efecto de la celebración del matrimonio no debe ser considerada un derecho u obligación de carácter jurídico, sino que se trata de un deber moral cuyo - cumplimiento es voluntario, entendiendo por éste la responsabilidad derivada de un vínculo jurídico o de una situación -

de hecho que puede traducirse en un hacer, no hacer o respetar, atendiendo a principios generalmente establecidos, por lo que desde el punto de vista del derecho penal no hay causa de justificación que ampare a los cónyuges para obtener la cópula mediante el empleo de la violencia física o moral y sin el consentimiento de los consortes.

10.- La excluyente de responsabilidad consistente en el ejercicio de un derecho, no podría amparar en ningún caso al cónyuge que por medio de la violencia física o moral obtuviera la cópula con su consorte sin su consentimiento, pues para que tal excluyente funcione es necesario que el derecho pretendido se encuentre expresamente consagrado en la ley; y, en este caso ni en el Código Civil ni en ningún otro ordenamiento legal encontramos un derecho semejante; aun cuando, - reconocemos que generalmente un matrimonio requiere reciprocidad sexual, puesto que de no ser así dejaría de cumplir - con muchos de los fines que persigue.

Consideramos que al ejercer el supuesto derecho a la cópula, a través de medios violentos, contra la voluntad del agredido, el cónyuge que así lo hiciere estaría abusando de su derecho pretendido, siendo por lo tanto responsable del delito de violación.

Esta apreciación se ve fortalecida por lo establecido en el Artículo 17 Constitucional, que en la parte conducente dice: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho..."

11.- El bien jurídicamente tutelado en el delito de violación en la libertad y seguridad sexuales, ya que es él elemento que el legislador tomó en cuenta al tipificar tal figura delictiva, pues la agresión de que es objeto la víctima de dicho ilícito, limita a la misma en su manifestación sexual, obligándose material o moralmente a copular con quien no deseaba hacerlo, libertad que no desaparece aun dentro del matrimonio, pues si bien es cierto que dicho vínculo nos limita por razones obvias a elegir el sujeto con quien ejercerla, esta restricción no opera en cuanto a la elección de los momentos en que resulta placentera su realización, -- quedando libres ambos consortes de acceder cuando es grato y rechazar cuando no se desea, preservándose así la seguridad que representa el realizar tal actividad libre de constreñimientos de cualquier índole.

12.- Sí es configurable el delito de violación entre cónyuges ya que, en tal hipótesis concurren todos los elementos establecidos en el tipo legal y no existe causa de justificación alguna que ampare un comportamiento desplegado en esas circunstancias, pues como ya lo hemos señalado, la cópula en ningún caso representa una obligación de carácter jurídico o un derecho correlativo de los consortes, en realidad nos encontramos ante un deber moral que será cumplido de manera voluntaria y por mutuo acuerdo de los consortes.

13.- En el supuesto de que el matrimonio otorgare a los cónyuges un derecho con la correlativa obligación de realizar la cópula, en todo caso se trataría de la cópula nor -

-mal, exenta de circunstancias que la recubrieran de ilicitud y en el problema planteado, la vis compulsiva o la vis absoluta provocaría tal recubrimiento.

14.- Una situación como la estudiada sin lugar a dudas atenta contra la dignidad del cónyuge agredido, pues resulta evidente el abuso cometido con respecto a su valor personal al ser atropellado, maltratado, engañado, amenazado u obligado a desplegar una conducta no deseada y degradante, - pasando por alto que se trata de una persona a quien se le debe absoluto respeto y consideración en virtud del vínculo existente.

15.- Desde el punto de vista religioso, observamos que el respeto mutuo y la finalidad procreativa del matrimonio cobran gran importancia, dentro del Derecho Canónico, incluso el aspecto en segundo término mencionado se considera como un elemento en la definición de dicha unión, pero en ningún momento, se autoriza a los cónyuges para que obtengan tal fin mediante exigencias violentas, pues la existencia de este sacramento, constituye una alianza que procura el bienestar de la pareja y la realización del amor conyugal en toda su plenitud; asimismo, enaltece los principios que proporcionarán a los consortes los elementos necesarios para su unificación espiritual y física, convivencia íntima mediante la cual se sostienen mutuamente, ayudándose a adquirir conciencia de su unidad que cada día obtendrá proporciones mayores.

16.- Algunos tratadistas como Abarca, Maggiore y -

Manzini, opinan que: "No puede hablarse de legítima defensa en el caso de la mujer que rehusa el contacto sexual con el marido cuando éste lo hace por medio de la violencia ya que le asiste un derecho", -y agregan- "siempre y cuando se trate de cópula normal, no así en el caso que el marido lo intente "contra naturam" o en condiciones que dañen la salud de la mujer o que la ofendan."

Por una parte, los autores citados únicamente hablan de la mujer como sujeto pasivo del delito, y hemos dejado establecido que también el hombre puede ser quien resienta la agresión; además, consideramos que la legítima defensa tiene por objeto la salvaguarda de los bienes jurídicamente protegidos y en la situación planteada los cónyuges no defienden su continencia o abstención sino su libertad y seguridad sexuales, asimismo la cópula violenta resulta ofensiva para -- quien la sufre, se trata de una realización en condiciones - anormales y constituye un desahogo indebido e ilícito que integra incuestionablemente el delito de violación, por lo tanto el cónyuge que repele una agresión de tal naturaleza actúa en legítima defensa.

B I B L I O G R A F I A .

- ARAUJO VALDIVIA, LUIS. DINAMICA DEL DERECHO MEXICANO, 1a. Ed., Editado por la P.G.R., México, 1973, Vol. I.
- BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANTINO. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, 4a. Ed., Editorial José Ma. Cajica Jr. S.A., México - Buenos Aires, 1957.
- B.F., SKINNER. MAS ALLA DE LA LIBERTAD Y LA DIGNIDAD, Traducción al Castellano por Juan José Coy, 4a. Ed., Editorial Fontanella, Barcelona, España, 1980.
- BONNECASE, JULIEN. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL, Traducción de José Ma. Cajica Jr., Cárdenas Editor, Tijuana B.C., 1985, Tomo I.
- BONNECASE, JULIEN. LA FILOSOFIA DEL CODIGO DE NAPOLEON APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA, Traducción de José Ma. Cajica Jr., Prrúa Hnos. y Cía. Distribuidores, Editado por José Ma. Cajica Jr., Puebla, Puebla, 1945, Vol.II.
- CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE. APUNTALAMIENTOS DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, 2a. Ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1976.
- CARRARA, FRANCISCO. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL PARTE ESPECIAL, 3a. Ed., Revisada, Editorial Temis, Bogotá, 1973, Vol. II - Tomo IV.

- CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, Revisado y Puesto al Día por Cesar Camargo Hernández, 13a. Ed. BOSH Casa Editora, Barcelona, España, 1971, Tomo II.
- CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. LA FAMILIA EN EL DERECHO, Porrúa, S.A., México, 1984.
- DUGUIT, LEON. TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 3a. Ed., Ancienne Librairie Fontemoing C^{ie}. Editeurs, Paris, E. de Boccard, 1927, Tomo I.
- FONTAN BALESTRA, CARLOS. MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1951, Vol. I.
- FRAGA, GABINO. DERECHO ADMINISTRATIVO, 17a. Ed., Revisada y Aumentada por Manuel Fraga, Porrúa, S.A., México, 1985.
- GANGI, CALOGERO. DERECHO MATRIMONIAL, Traducción del Italiano de Miguel Moreno Hernández, Editorial Aguilar, Madrid, 1960.
- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO, 4a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1974.
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO, LOS DELITOS, 11a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1981.

- IBARROLA ANTONIO DE. DERECHO DE FAMILIA, 3a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1984.
- JUMENEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO, 3a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1978.
- KOHLER, JOSEF A. EL DERECHO DE LOS AZTECAS, Traducción del Alemán por Carlos Rovalo y Fernández, Ed., de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, Compañía Editora Latino Americana, México, 1924.
- MACHORRO NARVAEZ, PAULINO. DERECHO PENAL ESPAÑOL, Editorial Artes Gráficas del Estado, México, D.F.
- ORIHUELA BURGOA, IGNACIO. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, 17a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1983.
- ORTIZ URQUIDI, RAUL. MATRINONIO POR COMPORTAMIENTO, Tesis Doctoral Aprobada con Mención Honorífica, Nota Preliminar de Manuel Moreno Sánchez, Editorial STYLO, México, 1955.
- ORTOLAN, JOSEPH LUIS EZEAR. EXPLICACION HISTORICA DE LAS INSTITUCIONES DEL EMPERADOR JUSTINIANO, Traducción de Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Novísima Edición Revisada y Aumentada, Leocadio López Editor, Madrid, 1879, Primera Parte, Capítulo II.

- P. MORENO, ANTONIO DE. CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE ESPECIAL, DE LOS DELITOS EN PARTICULAR, 2a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1966, Tomo I.
- PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, Editorial Panorama, México, 1984.
- PETIT, EUGENE HENRI JOSEPH. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, Traducción de José Fernández González, Prólogo de José Ma. Rizzi, 1a. Ed., Porrúa, S.A. México, 1984.
- PINA, RAFAEL DE. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, 8a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1977, Vol. I.
- PORTE PETIT CANDAUDAUP, CELESTINO. ENSAYO DOGNATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION, 2a. Ed., Editorial Jurídica Mexicana, México, 1973.
- RODRIGUEZ DEBESA, JOSE MA. DERECHO PENAL ESPAÑOL PARTE ESPECIAL, 6a. Ed., Editorial Gráficas Carasa, Madrid, 1975.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL (INTRODUCCION, PERSONAS Y FAMILIA), 14a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1977, Tomo I.
- ROUBIER, PABLO. TEORIA GENERAL DEL DERECHO, HISTORIA DE LAS DOCTRINAS JURIDICAS Y FILOSOFIA DE LOS VALORES-SOCIALES, Traducción del Lic. José Ma. Cajica Jr., Editorial José Ma. Cajica Jr., S.A. Puebla, Puebla. (Publicaciones de la Universidad de Puebla).

- SOLER, SEBASTIAN. DERECHO PENAL ARGENTINO, 3a. Reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, Tomo III.

LEGISLACION CONSULTADA.

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 1917.
- CODIGO PENAL DE 1871.
- CODIGO PENAL DE 1929.
- CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.
CARRANCA Y RIVAS, RAUL. CODIGO PENAL ANOTADO, 11a. Ed., Porrúa, S.A., México, 1985.
- CODIGO CIVIL DE 1870.
- CODIGO CIVIL DE 1884.
- CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.
- LEY DEL REGISTRO CIVIL DE 1857.
- LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.
- LEY GENERAL DE POBLACION VIGENTE.