



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL DELITO DE VIOLACION ENTRE
CONYUGES Y CONCUBINOS**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL GRADO
ACADEMICO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE NATIVIDAD RAMIREZ RAMOS

MEXICO, D. F.,

1988



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.

I N D I C E

PAGINA

EL DELITO DE VIOLACION ENTRE CONYUGES Y CONCUBINOS.

INTRODUCCION

CAPITULO I CONCUBINATO

Concepto de Concubinato	2
Antecedentes Históricos	3
Derechos y obligaciones del concubinato	6
Naturaleza Jurídica	8

CAPITULO II MATRIMONIO

Concepto de Matrimonio	10
Antecedentes Históricos	11
Concepto Canónico del Matrimonio	16
Naturaleza Jurídica	19
Derechos y obligaciones	22
Diferencias entre Matrimonio y Concubinato	24

CAPITULO III EL DELITO DE VIOLACION

Concepto de violación	27
Evolución Histórica del Delito de Violación ...	29
Clasificación del Delito de Violación	32
¿Existe la violación Impropia entre cónyuges ..	35
Relación del Delito de violación con el delito de Aborto	37

CAPITULO IV ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION

Elementos del Delito de Violación	42
La acción stricta sensu y la omisión	44
La comisión por omisión	45
Elementos de la acción	47
Elementos de la omisión	48
Ausencia de conducta	49
La Conducta en el delito de Violación	50

Tipicidad	53
Ausencia de Tipo y de Tipicidad	54
La Tipicidad en el delito de Violación	57
Antijuricidad	58
La antijuricidad en la Violación	60
Culpabilidad	61
Concepto de Dolo	63
La culpa como forma de culpabilidad	64
La inculpabilidad	65
La culpabilidad en el delito de Violación	66
La culpabilidad en nuestro ordenamiento jurídico	67
Punibilidad	68

CAPITULO V RELACION DEL DELITO DE VIOLACION
CON MATRIMONIO Y CONCUBINATO.

Postura que sí admite la Violación entre cónyuges	71
Doctrinarios que no admiten la violación entre -- cónyuges	72
Doctrinarios que sostienen que no existe el deli- to de Violación entre cónyuges sino que se da -- otro delito.	74
Jurisprudencias de la H. Suprema Corte de Justi- cia de la Nación respecto a la violación entre -- cónyuges	78
Opinión personal sobre el delito de violación en- tre cónyuges	80
El delito de violación entre Concubinos	81
Opinión personal del delito de violación entre -- Concubinos	82
Los Requisitos de Validez en el Matrimonio	84
Fines del Matrimonio	87
Jurisprudencias de la H. Suprema Corte de Justi- cia de la Nación en materia de Divorcio	88
Relación Jurídico Civil del Concubinato	89
Tesis Jurisprudenciales respecto al Concubinato .	90
Conclusiones	94

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

Ha sido tema de grandes discusiones, el problema referente a determinar si pudiere o no darse una violación entre cónyuges, y como consecuencia de ello, constituir un delito.

No han sido pocos los doctrinarios que han pretendido ubicar a la realización en el ámbito sexual del marido, y cuya esposa se niega a condescender dándole a forzar el acto sexual; y ubicar esta actitud como una violación, ya que parten de la concepción de que las relaciones sexuales corresponden a los derechos del matrimonio en virtud de la libertad y libre albedrío que tiene una persona de su cuerpo; y por lo tanto al no existir ese concierto de voluntades lógicamente dicha relación sexual no cumple con los sagrados y legales requisitos de la libertad de actuar del hombre, ya que el marido no tiene ningún derecho de recurrir a la violencia para realizar el acto sexual cuando éste le es negado por la mujer, esta negativa autorizará el divorcio; pero jamás el empleo de la fuerza, ya que por respeto a la dignidad humana el marido que por medio de la violencia física o moral tiene acceso carnal con su cónyuge comete el Delito de Violación.

Otros doctrinarios sostienen el punto de vista contrario, es decir; que una vez que la pareja se ha unido en matrimonio de dicha relación contractual consideran por supuesto el matrimonio como un Contrato, se deri

van derechos y obligaciones; siendo los derechos que - cada cónyuge adquiere respecto del otro; es decir, ayu da mutua, respeto, fidelidad, procreación y sobre todo, la condescendencia a la realización del acto sexual; - por lo que si faltara alguno de estos fines se estaría en contra de la esencia misma del matrimonio.

Referente al concubinato, es más factible que ope re la figura de la violación cuando uno de los concubi nos se niegue a tener relaciones sexuales con el otro; ya que en principio si bien es cierto que el concubina to está reconocido por el legislador como una instituc ión que se asemeja al matrimonio, también lo es que por falta de ese nudo gordano que es el Contrato del Matrimonio, no existe esa relación contractual jurídi ca que pudiera considerarse que en virtud de dicho Con trato tuviesen derechos y obligaciones recíprocas, sin embargo; lo único que liga y une al Concubinario y a la Concubina es el deseo de estar juntos, y si en un momento dado, uno de ellos se niega a tener relaciones sexuales con el otro, lógicamente se ha desvanecido - ese deseo de estar juntos y continuar con el concubina to; o posiblemente pudieran existir momentos en que la concubina no quiera ese tipo de relaciones.

En el presente trabajo, se analiza en el primer - capítulo la Institución denominada Concubinato, desde sus primeros antecedentes hasta la reglamentación que se hace en nuestra legislación actual; en el segundo - capítulo, se analiza con la misma temática antes refe rida el matrimonio, es decir; desde sus orígenes y evolución,

haciendo por supuesto un estudio sobre las diferencias entre Matrimonio y Concubinato, que en su esencia -- realmente podríamos denominarlos, a uno Matrimonio de Derecho, y a otro; Matrimonio de hecho.

En el tercer Capítulo, se hace un análisis del Delito de Violación, desde su clasificación hasta la tipificación en las hipótesis contenidas en la Legislación Penal; asimismo en los capítulos subsecuentes cuarto y quinto, se profundiza en el tema de la violación hasta enfocarlo y ubicarlo dentro del matrimonio y el concubinato, concluyendo con las consideraciones personales -- del suscrito, sobre este interesantísimo y contravertido tema del delito de violación entre cónyuges y concubinos.

CAPITULO I

C O N C U B I N A T O

C O N C U B I N A T O

CÓNCPTO ETIMOLOGICO DE CONCUBINATO.- Atendiendo a su raíz etimológica, la palabra Concubinato quiere decir Concubinatus de cum (CON) y cubare (ACOSTARSE).

CONCEPTO JURIDICO.- Se entiende como Concubinato, la unión de un sólo hombre y una sólo mujer, que no tienen impedimento legal para casarse; y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanentemente bajo el mismo techo, por un período mínimo de cinco años; pudiendo ser este plazo menor si han procreado.

La cohabitación entre un hombre y una mujer (si ambos son solteros), la vida en común más o menos prolongada; es un techo lícito que produce efectos jurídicos.

El Concubinato como hecho jurídico, constituye toda unión entre un hombre y una mujer sin atribuciones de legitimidad, por legitimidad entendemos que es la situación jurídica y social que se desprende de un matrimonio válido, ya Canónico, ya Civil, según los diversos

ordenamientos jurídicos. Unión sin atribución de legitimidad, será pues; todo aquello no considerado como matrimonio por la Ley.

No son jurídicamente concubinato, las uniones - - transitorias entre un hombre y una mujer; el derecho sólo lo reconoce ciertos efectos jurídicos a la vida en común permanente, la permanencia de esta vida en común debe prolongarse por cinco años como mínimo; lapso en el cual debe tener lugar la cohabitación, (el disfrute de una casa en común entre los concubinos).

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONCUBINATO.- En Roma la Institución del Concubinato fué admitida social y jurídicamente; fué producto de una estratificación basada en la desigualdad de clases; Derecho Romano reglamenta el concubinato y reconoce la producción de ciertos efectos. la Unión entre un varón y una mujer sin haber contraído *Justae Nuptiae* si éstos llevan vida en común, la cohabitación por un tiempo prolongado como marido y mujer (si ambos son púberes y celibes), este tipo de uniones se equiparaba al matrimonio; " Matrimonio por Usus ", diferenciándose éste del matrimonio, -- por la ausencia de la *Affectus Maritalis* o ánimo de contraer matrimonio socialmente admitido, rigiéndose el -- Concubinato en Roma como una verdadera Institución Social.

P. de la Vega. dice el concubinato romano no debe olvidarse que éste se diferenciaba de la *Justae Nuptiae*, no tanto en la forma del consentimiento; recuérdese el *Usus*, si no más bien en su calidad de principio.

Matrimonium Solo Consensu contrahitur sin perjuicio de las festivitas nuptias rum (Confarratio Coemptio) como exteriorizaciones rituales costumbristas, y desde que no era permitido tener más de una concubina - (Pellex) la unión concubinaría llegó a semejarse en grado sumo al matrimonio. (1)

Eugene Petit, en Roma, el Concubinato era una Institución regular, no arrastrando ninguna deshonra ni para los que la practicaban ni para los hijos oriundos. - (2)

EL CONCUBINATO EN ESPAÑA

En España a las Uniones Sexuales entre un hombre y una mujer no ligada por matrimonio se le conoció con el nombre de Barragana. La Barraganía en España fué tolerada para evitar la prostitución, éste tipo de relaciones fue objeto de cierta regulación jurídica, la mujer que se tomase como barragana, ambos debían ser solteros; la concubina debía ser única.

Dicen las partidas, las personas ilustres por su parte no podían tener por barragana a la mujer que fue-re sierva, hija de sierva; manumitida o hija de ella, - Juglaresas, Tabernerías, Regateras o de otra clase repudiada por vil, bajo pena de que los hijos habidos como fruto de tales uniones se considerasen como espúreos y no como naturales. (3)

EL CONCUBINATO EN FRANCIA

En Francia, el Concubinato constituyó una forma conyugal inferior a las Justae Nuptiae; no se legisló sobre él ni se le combatió.

Así se explica la sentencia que pronunció Napoleón Bonaparte en el Consejo de Estado, "Los Concubinos se pasan sin Ley; la Ley se desentiende de ellos" (Les Concubines se passent de la Loi se Désistésse d'eu), y respecto de los hijos habidos de uniones extramatrimoniales en vano trató Cambacéres de lograr que se oblige en ciertos casos de reconocerlos por parte de sus padres a través de las acciones de investigación de la paternidad, "La Sociedad replica Napoleón no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos".

El Código de Napoleón no se ocupa de reglamentar estas situaciones de hecho, pero ante la realidad y en vista de los intereses de la concubina y de los hijos, la jurisprudencia se ha visto precisada a resolver los numerosos problemas que se derivan del concubinato.

EL CONCUBINATO EN CHINA

En China, el Concubinato se presenta al lado del matrimonio en el sentido de que un varón tiene una esposa legítima, y al mismo tiempo y conviviendo entre sí; a una o a varias concubinas, siendo la calidad jurídica y social de las concubinas inferior a la de esposas.

EL CONCUBINATO EN MEXICO

En México en nuestros Códigos Civiles de 1870 y -- 1884 no se encuentra disposición alguna sobre el Concubinato, y es hasta el Código de 1928 actualmente en vigor que ha reconocido efectos de derecho derivados del concubinato, atribuyendo ciertos derechos de carácter -

económico a la concubina y algunos otros en relación con la investigación de la paternidad, respecto de los hijos de los concubinos.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCUBINATO

A).- La investigación de la paternidad de los - - hijos nacidos fuera del matrimonio esta permitida:

I.- En los casos de raptó, estupro o violación - - cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

II.- Cuando el hijo se encuentre en posesión del - estado de hijo del presunto padre;

III.- Cuando el hijo haya sido concebido durante - el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo - con el pretendido padre, viviendo maritalmente;

IV.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre (Artículo 382 del Código Civil).
(4)

B).- Se presumen hijos del concubinario y de la -- concubina:

I.- Los nacidos después de 180 días, contados desde que comenzó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina (Artículo 383 del Código Civil).
(5)

C).- El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;

II.- A ser alimentado por las personas que lo reconocan;

III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley (Artículo 389 del Código Civil).
(6)

D).- Tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

I.- La viuda, o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de 50% o más, y los hijos menores de 16 años y los mayores de esta edad si tienen una incapacidad de 50% o más;

II.- Los ascendientes concurrirán con las personas mencionadas en la fracción anterior, a menos que se pruebe que no dependían económicamente del trabajador;

III.- A falta de cónyuge supérstite, concurrirá -- con las personas señaladas en las fracciones anteriores, la persona con quién el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato;

IV.- A falta de conyuge supérstite, hijos y ascen-

dientes, las personas que dependían económicamente del trabajador concurrirán con la persona que reúna los requisitos señalados en la fracción anterior y en la proporción en que cada uno dependía de él;

V.- A falta de personas mencionadas en las fracciones anteriores, el Instituto Mexicano del Seguro Social. (Art. 501, Ley Federal del Trabajo). (7)

NATURALEZA JURIDICA DEL CONCUBINATO

El Concubinato no es un Contrato, es un mero hecho; carece de formalidad, pero produce ciertos efectos jurídicos respecto de la concubina y del concubinario si se reúnen determinados requisitos; y también produce efectos jurídicos respecto de los hijos. Lo que constriñe a la pareja a estar unidos es la voluntad de cada uno de ellos, en el Concubinato se puede poner fin según su voluntad sin que la otra persona con quién viva en ese estado pueda invocar la reparación de daños y perjuicios por esa ruptura.

Ante la conciencia los concubinos pueden tener deberes como esposos, porque toda unión de un sólo hombre con una sólo mujer, engendra obligaciones, ya que puede dar nacimiento a un hijo y fundar de hecho una familia, los concubinos pueden cumplir o no esas obligaciones, reservándose la posibilidad de sustraerse a las mismas.

PIE DE PAGINA

- (1) Cont. Nina P. de la Vega de Minguens, Derecho de -
Familia en el Derecho Romano B.S., 1964 Página 60.
- (2) Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano
- (3) Las Partidas (Ley 3 Título XIV Partida IV entrada)
- (4) Código Civil. Pág. 115 55a Edición Editorial Po--
rrúa, México, D.F. 1986.
- (5) Código Civil. Pág. 115. 55a. Edición, Editorial-
Porrúa, México, D.F. 1986.
- (6) Código Civil. Pág. 116. 55a. Edición, Editorial-
Porrúa, México, D.F. 1986.
- (7) Ley Federal del Trabajo Comentada, Francisco Rámi-
rez Fonseca. Pág. 135. 3a. Edición, Publicacio--
nes Administrativas y Contables, S.A.

CAPITULO II

MATRIMONIO

EL MATRIMONIO

CONCEPTO ETIMOLOGICO DE MATRIMONIO.- JORGE MAGA - LLON IBARRA, La palabra matrimonio proviene del latín: Matrimonium, matris; (madre) y monium: (cargas), o sea que el significado etimológico del matrimonio parece - comprender las cargas de la madre. (8)

CONCEPTO CANONICO DE MATRIMONIO.- El matrimonio - para el derecho canónico, es un contrato natural elevado a la dignidad de Sacramento solemne; cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la iglesia a presenciar el acto; la unión de los esposos, es la imagen de la unión de Cristo con la Iglesia; y como ésta indisoluble.

CONCEPTO JURIDICO DE MATRIMONIO.- El matrimonio - es la unión de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. El Art. 130 de la Constitución Política de los E.U.M. lo considera - como un contrato solemne.

EL CODIGO DE 1884, consideraba al matrimonio como la sociedad legítima de un sólo hombre con una sola mujer, que se unían en vínculo indisoluble; vemos toda - vía aquí que se consideraba al matrimonio igual que el derecho canónico como un vínculo indisoluble, y no es hasta la Ley de Relaciones Familiares de 1917, y finalmente el Código Civil actual que se le dá a el matrimonio el carácter de vínculo disoluble.

Se puede considerar a el matrimonio también desde dos puntos de vista, como acto jurídico; y como estado permanente de vida entre los cónyuges.

El matrimonio es la institución fundamental del derecho de familia, porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y bases necesarios.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO

PROMISCUIDAD PRIMITIVA.- Este tipo de comportamiento sexual corresponde a la etapa del salvajismo anterior a toda cultura, en un principio el humano se comportó guiado por su instinto primario, la búsqueda del alimento para sobrevivir y el instinto de reproducirse para la continuidad de la especie; dado éstas relaciones sexuales promiscuas impidieron determinar la paternidad originando esto, que la organización social de la familia se diera en relación con la madre, los hijos seguían la condición jurídica de aquella, dando origen al matriarcado.

MATRIMONIO POR GRUPOS.- En el matrimonio por grupos, aquí se da una especie de promiscuidad relativa, ya que por las creencias míticas del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y por esa situación no podían tener relaciones sexuales con mujeres del propio clan, tenían que buscar mujeres que fueran de tribus diferentes. En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual, ya que determinados hombres de un grupo celebran matrimonio con igual número

de mujeres de otra tribu distinta, este tipo de matrimonio traeria como consecuencia el desconocimiento de la paternidad; dando origen al sistema de filiación uterina es decir por la madre.

MATRIMONIO POR RAPTO.- Debido a las guerras que se presentan en distintas colectividades humanas, por la idea de dominación, cuando éstas alcanzan cierto desarrollo aparece el matrimonio por raptó, aquí la mujer es considerada como parte del botín de guerra; los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que logran arrebatar al enemigo, dándose el primer paso a la monogamia: el vencedor considera a la mujer como objeto de su propiedad, puesto que es su botín y le exige fidelidad y obediencia; sin embargo el hombre es libre por ser el conquistador; el puede ser infiel, dada esta fidelidad que debe tener la mujer al hombre los hijos de ésta tendrán paternidad cierta, el hombre se siente seguro de su paternidad; estableciendose el parentesco por línea paterna, el patriarcado ha sentado ya sus bases.

MATRIMONIO POR COMPRA.- En el matrimonio por compra se consolida ya la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer. aquí las mujeres son objeto de propiedad y por ello están en el comercio, la supremacia del hombre sobre la mujer fué la división del trabajo, el hombre se dedicaba a actividades de la caza y la guerra, y la mujer a crear la prole y al cuidado del hogar; el hombre produce bienes y la mujer servicios, al abundar los bienes se intercambiaron por un valor económico, mientras que los servi-

cios domésticos no eran susceptibles de intercambio. - -

Al hombre se le considera en el seno familiar como un elemento productivo, y a la mujer se le humilla y se le vende, de esta manera; el padre ha recuperado los gastos hechos en la crianza, ya que al venderla los recupera, y el hombre la compra en propiedad y ejerce sobre ella todos los actos de dominio.

MATRIMONIO CONSENSUAL.- Aquí ya el matrimonio se presenta como una manifestación de voluntades entre un hombre y una mujer, derivados únicamente de su libre consentimiento para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Mucho tiempo tuvo que transcurrir para que se llegara a esta forma única, libre y digna, en que dos seres por amor y su libre voluntad deciden llevar una vida en común sancionada por la sociedad a través del derecho.

En la evolución del concepto moderno del matrimonio han intervenido varios factores, y que podemos reducir a tres:

- A.- EL CONCEPTO ROMANO DEL MATRIMONIO.
- B.- EL CONCEPTO CANONICO DEL MATRIMONIO.
- C.- EL CONCEPTO LAICO DEL MATRIMONIO.

A.- EL CONCEPTO ROMANO DEL MATRIMONIO.- El matrimonio en el Derecho Romano se consideraba como un hecho natural, un estado de vida cuando se presentaban --

los dos elementos esenciales; la comunidad de vida -- (la deductio), y la comunidad espiritual; (la afectio maritalis).

LA DEDUCTIO.- La comunidad de vida es importante, fija el instante en que se inicia el matrimonio; la -- unión física de los cónyuges estableciéndose un estado de vida conyugal.

LA AFFECTIO MARITALIS.- Se manifiesta por la permanencia de la vida en común entre ambos que se van a dar trato de esposos. De allí que el matrimonio era disoluble cuando dejaba de existir el elemento esencial, el afecto entre ambos.

A este tipo de matrimonio consensual se le llamó -- matrimonio por usos; vivían como casados sin ninguna ceremonia religiosa que le diera realce, se disolvía este tipo de matrimonio con la misma facilidad que se había iniciado, siendo una causa de esta disolución cuando la mujer se ausentaba por tres noches seguidas antes de -- transcurrir un año.

Existieron otras formas de matrimonio romano, como (Coemptio y la Confaerratio).

COEMPTIO.- Corresponde al matrimonio por compra, tuvo gran aceptación entre los plebeyos y posteriormente con los patricios.

CONFAERRATIO.- Corresponde al matrimonio solemne, era una auténtica ceremonia social y religiosa; los con sortes compartían una torta de trigo como símbo-

lo de la comunidad de vida.

Al respecto, Ruggeiro comenta; que en la larga - - evolución de aquel derecho adoptó configuraciones muy di versas de forma, ya que el matrimonio Justiniano no era más que una pálida imagen del arcaico, se haya integrado por dos elementos esenciales: el uno físico, que es la - conjunción del hombre y la mujer, que no debe entenderse como conjunción material de sexos sino en su sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta externamente, la deductio de la esposa indomum mariti.

LA DEDUCTIO, inicia la cohabitación y fija el -- momento en que el matrimonio se inicia, desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se ha ya sujeta a este y comparte la posición social del mismo. Este poder del marido sobre la mujer puede ser más o me nos intenso, la cohabitación puede interrumpirse; el ré gimen matrimonial puede variar, puede darse una absoluta paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes, pero lo importante es que el elemento físico no falte, - que haya un hecho manifiesto en la convivencia de estar la mujer a disposición del marido. El otro elemento es intelectual o psíquico, y es el factor espiritual que ví vifica al material o corporal, del mismo modo que en la posesión "a ella se equipara el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia"; el animus es el requisito que integra o complementa el corpus, este elemento material es el affectio maritalis, o sea la intención de quererse entre el marido y la mujer, la voluntad de creer y manter ner la vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no con - siste en el consentimiento inicial de un acto volitivo;

ser duradera y continua, renovándose de momento a momento, por que sin esto la relación pierde su valor, cuando éstos dos factores concurren el matrimonio ha quedado -- constituido, si uno de ellos falta o desaparece el matrimonio no surge se extingue. (9)

B.- EL CONCEPTO CANONICO DEL MATRIMONIO

MATRIMONIO CANONICO.- A la caída del imperio romano de Occidente (476 D.C.); la institución patriarcal-romano se había debilitado grandemente, la Patria Potestad ya no era exclusiva del varón sino que tenía que ser compartida con la mujer, adquiriendo la mujer una serie de derechos con la extinción de la tutela completa a que se vió sometida hasta el año 311, en que Constantino la abolió. En el matrimonio se olvidan los ritos y solemnidades pasando a ser puramente consensual, con la influencia del cristianismo la mujer se ve favorecida y es así como en la sociedad medieval, tanto durante el matrimonio como en los principales actos del estado civil empieza a regularlos la Iglesia.

Es hasta el Concilio de Trento "1545-1563" cuando se considera el matrimonio como un Sacramento, considerándolo consensual por excelencia; siendo los propios contrayentes, los que manifiestan su voluntad de unirse en matrimonio y la presencia de la autoridad eclesiástica es considerada como un testigo de calidad.

El matrimonio canónico tiene dos características, es indisoluble, y constituye un Sacramento.

Rugeiro.- El vínculo es creado por la voluntad de los esposos ya que es su libre consentimiento lo que genera la relación matrimonial, pero su consagración ante la iglesia merced a la bendición nupcial lo eleva a Sacramento, y como el Sacramento ha sido instituido por Dios y El mismo sanciona la unión, esta es indisoluble. Según las palabras del evangelio los cónyuges no son sino una misma carne (itaque iam duo non sunt sed unum caro), y la unión no se puede disolver por la muerte (que deus coniunxit homo non separet), si no esta es la base teológica de la relación y se pretende conciliar con ella la base jurídica. La base jurídica se encuentra con las definiciones y pasajes de las fuentes romanas; pero generan consecuencias muy diversas, interpretando los textos que se hace alusión al consesus en oposición a la cópula de algunos juristas o curiales infundiendo en él la idea religiosa, ven en él; un contrato porque creen que en el consensus en los paisajes romanos significa affectio Maritalis equivale a acuerdo o convención, es decir a un contrato. (10)

C.- EL MATRIMONIO CONSENSUAL

Matrimonio Consensual (laico).- Siguiendo a Rugeiro, nos dice que el concepto laico del matrimonio en el tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipo y Wolf, se expresan las causas que permitieron crear un concepto laico sobre la institución matrimonial. En dicha obra, se considera que la conquista del Derecho Matrimonial y de la jurisdicción en los casos matrimoniales por el poder del Estado, se deriva a tres factores:

1.- EL PROTESTANTISMO

2.- LAS IDEAS DE LA IGLESIA GALICANA

3.- LAS IDEAS DEL DERECHO NATURAL

1.- EL 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, la casa sujeta a la autoridad secular.

2.- LA IGLESIA GALICANA.- En Francia durante el si - glo XVI se fundó una teoría Teológica Jurídica que separaba dentro del Matrimonio el contrato del Sacramento. La regulación del contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir el Sacramento del Matrimonio.

3.- LAS 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 contrato civil.

En Francia, la Constitución de 1791 declara que el matrimonio es un Contrato Civil, y a partir de esta fecha en otros países operó la secularización total de la legislación sobre el Matrimonio.

En nuestro país es hasta el 23 de Julio de 1859, en que el Presidente BENITO JUAREZ, promulga una Ley en que quedan sucularizados todos los actos del Estado Civil - de las personas entre ellos el matrimonio considerándose éste como un Contrato Civil, y se reglamentó por el estado: asimismo se consideró el matrimonio como un acto indisoluble.

Los Códigos de 1870 y 1884 así como los diversos Estados de la Federación, confirma la naturaleza civil del matrimonio y el carácter indisoluble.

Es hasta el año de 1914, cuando el Jefe del Estado Constitucionalista, Don VENUSTIANO CARRANZA, promulga - una Ley en Veracruz que declara disoluble el vínculo matrimonial. (Los cónyuges pueden divorciarse).

Posteriormente confirman esta disolubilidad del -- vínculo matrimonial la Ley de Relaciones Familiares del 12 de Abril de 1917. Esta Ley tuvo vigencia hasta que entró el Código Civil de 1928, que actualmente rige desde el 10. de octubre de 1932.

LA NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

La naturaleza jurídica del matrimonio ha sido considerada desde distintos puntos de vista.

- 1.- COMO INSTITUCION
- 2.- COMO ACTO JURIDICO CONDICION
- 3.- COMO CONTRATO ORDINARIO

- 4.- COMO CONTRATO DE ADHESION
- 5.- COMO ESTADO JURIDICO
- 6.- COMO ACTO DE PODER ESTATAL
- 7.- COMO UN ACTO MIXTO
- 8.- COMO UN SACRAMENTO

1.- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION.- En este sentido matrimonio significa el conjunto de normas jurídicas - que lo rige, por institución jurídica se entiende un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico.

- - Bonnacase considera al matrimonio como una institución, y dentro de esta institución se explica no sólo la celebración del matrimonio, sino todos los efectos ex lege del acto y del Estado propiamente dichos.

La institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de Derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el Derecho.

El Matrimonio es un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer, y crea un vínculo permanente pero disoluble, bien por voluntad de los cónyuges, bien por disposición de la Ley. (11)

2.- EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION.- -- LEON DUGUIT, por acto condición se entiende aquella situación creada y regida por la Ley, el acto jurídico condición

tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos para crear situaciones jurídicas concretas, constituyendo un verdadero estado. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a régir la vida de los consortes en forma permanente.

3.- MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO.- Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lo -- considera como un Contrato de Naturaleza Civil. Se le considera como un Contrato en el cual existen los elementos -- esenciales y de validez de dicho acto jurídico, siendo el elemento esencial el acuerdo de las partes.

4.- MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESION.- Es un Contrato de Adhesión porque los consortes no son libres de estipular derechos y obligaciones distintas a las que imperativamente les imponen la Ley. Aunque en los Contratos de -- Adhesión una de las partes impone a la otra los derechos y obligaciones derivados del mismo Contrato, y en el matrimonio ninguna de las partes impone a la otra, el conjunto de deberes y derechos de tal estado civil.

5.- MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO.- Los que lo contraen cambian su estado jurídico al de casados, nace entre los que lo realizan un estado de vida total y permanente, se presenta también como un estado de derecho frente a los estados de hecho. El Estado Civil de los casados es la situación de los consortes frente a la familia y frente a -- la Sociedad.

6.- MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL.- La -- voluntad de los esposos debe ser dada al oficial del Regis-

tro Civil. El efecto del Matrimonio tiene lugar no tanto por la voluntad de los consortes sino por la declaración del oficial del Registro Civil que los declara unidos como marido y mujer en nombre de la Ley y de la Sociedad.

7.- MATRIMONIO COMO UN ACTO MIXTO.- En derecho existen los actos jurídicos privados, públicos y mixtos.

Los privados se realizan con la intervención de -- los particulares, los públicos con la intervención de los órganos estatales; y los mixtos por la concurrencia tanto de particulares como la de funcionarios públicos; el Matrimonio es un acto mixto en virtud de que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino que también interviene el oficial del Registro Civil.

8.- MATRIMONIO COMO UN SACRAMENTO.- Para el Derecho Canónico, el Matrimonio es un Sacramento, es un Contrato Natural indisoluble.

DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

A.- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, y a socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges. (Art. 162 del Código Civil).

B.- 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 disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los Tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser de que lo haga en servicio público o social o se establezca en lugar insalubre o indecoroso. - (Art. 163 del Código Civil).(12)

C.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de estos en los términos que la Ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para ese efecto según sus posibilidades.

A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges, e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar (Art. 164 del Código Civil).(13)

D.- Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quién tengan a su cargo; el sostenimiento--

económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivo éstos derechos. -- (Art. 165 del Código Civil).(14)

E.- El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente. (Art. 168 del Código Civil).(15)

F.- Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad, excepto las que dañen a la moral de la familia o a la estructura de esta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trata, y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición. (Art. 169 del Código Civil).(16)

DIFERENCIAS ENTRE MATRIMONIO Y CONCUBINATO

1o.- Se distingue el Matrimonio del Concubinato, en que el Matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes tanto entre los cónyuges como en relación a los hijos; y el concubinato sólo si se cumplen con determinados requisitos.

2o.- El Matrimonio da lugar al parentesco por afinidad, y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes; en tanto que los efectos del concubinato reconocidos por la ley son limitados.

3o.- El Matrimonio es un acto y un Estado que el Derecho sanciona y protege plenamente, y el concubinato es un hecho, no esta regulado por el Derecho como Institución en sí, el Derecho regula algunas consecuencias jurídicas derivadas de está unión.

4o.- Nuestra Legislación reconoce la disolubilidad del vínculo matrimonial por medio del divorcio, y el concubinato puede ser disuelto en cualquier momento por voluntad de cualquiera de los concubinos, sin que el Derecho intervenga para mantener esa situación de hecho.

PIE DE PAGINA

- (8) Jorge Mogallón Ibarra, Tipográfica. Editora Mexicana, S.A. Pág. 129. México, D.F. 1969.
- (9) Ruggeiro. El Matrimonio. Volumen II, páginas 715 y 716.
- (10) Ruggeiro. El Matrimonio. Volumen VII, págs. 717 a 719.
- (11) Bonecasse Julian. La Filosofía del Código de Napoleón aplicable al Derecho de Familia. Traducción de José Ma. Cajica. Puebla, México 1945. Página-204 y siguientes.
- (12) Código Civil. Pág. 76. Edit. Porrúa, S.A. 55a. - Edición, México, 1986.
- (13) Código Civil. Pág. 76. Edit. Porrúa, S.A. 55a.- Edición, México, D.F. 1986.
- (14) Código Civil. Pág. 76. Edit. Porrúa, S.A. 55a.- Edición, México, D.F. 1986.
- (15) Código Civil. Pág. 77. Edit. Porrúa. 55a. Edición, México, D.F. 1986.
- (16) Código Civil. Pág. 77. Edit. Porrúa. 55a. Edición México, D.F. 1986.

CAPITULO III

DELITO DE VIOLACION

DELITO DE VIOLACION

DEFINICION PERSONAL DEL DELITO DE VIOLACION

La violación es la relación sexual con persona de cualquier sexo, por medio de la violencia física o violencia moral.

DEFINICION LEGAL DEL DELITO DE VIOLACION

Nuestro Código Penal en su Artículo 265, define la violación al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de 6 a 8 años. Si la persona ofendida fuere impuber, la pena de prisión será de 6 a 10 años.(17)

DIFERENTES CONCEPTOS DEL DELITO DE VIOLACION

Carrara.- Define la violación como el conocimiento carnal, sobre una persona renuente, obtenido con el uso de la violencia verdadera o presunta.(18)

Pessina.- La violación es la contaminación corporea de una persona, haciéndola servir para desahogo de la lujuria.(19)

Pazzolini.- Dice que la violencia carnal es la conjunción de persona del uno o del otro sexo, ob

tenida mediante el constreñimiento físico o moral, efectivo o presunto o mediante el fraude.(20)

Crivellari.- La violación consiste en la violencia o amenaza para constreñir una persona del uno o del otro sexo a la conjunción carnal.(21)

Garraud.- Debe entenderse por violación el -- hecho de conocer carnalmente a una mujer sin la participación de su voluntad.(22)

Escrache.- Define la violación como la violencia que se le hace a una mujer para abusar de ella -- contra su voluntad.(23)

Maggiore.- El Delito de Violación carnal consiste en obligar a alguna a la unión carnal por -- medio de violencias y amenazas.(24)

Frontan Balestra.- Considera en su acepción -- más amplia a la violación, como el acceso carnal -- grado contra la voluntad de la víctima.(25)

Soler.- El delito de violación es el acceso -- carnal en persona de uno u otro sexo, ejecutando me diante violencia real o presunta.(26)

Porte Petit.- Define a la violación propia la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por me dio de la Vis Absoluta o Vis Compulsiva.(27)

González de la Vega.- En resumen la violación constituye el más grave de los delitos sexuales, porque además de la brutal ofensa erótica que representa sus medios violentos de comisión implican intensos peligros y daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los pacientes. (28)

EVOLUCION HISTORICA DEL DELITO DE VIOLACION

Mommsen.- El Derecho Romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como especie de los delitos de coacción y a veces de injuria. Dentro de estos delitos de coacción se sancionaba precisamente con pena capital el stuprum violentum; La Lex Julia de Vis Pública igualmente le reservaba la penalidad de muerte. (29)

Fernando Arilla Bas.- Fué común en todas las legislaciones antiguas, agrupar bajo un concepto genérico, la violación, los abusos deshonestos y el rapto, distinguiéndose sólo por las penas aplicables que se caracterizaron por su dureza y severidad, criterio que aún siguen algunas legislaciones de origen anglosajón las cuales bajo la denominación común de rape incluyen cualquier hecho sexual violento.

En cuanto a la violación, la encontramos sancionada:

En Egipto con la castración, entre los hebreos con la pena muerte o multa según que la mujer fuera casada o soltera (Deuteronomio 25, XXII), En el Código de Manu se aplicaba al violador pena corporal siempre que la mujer no fuera de su misma clase social; ni -- prestara su consentimiento, pues si se daban 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 consentía, y en caso contrario se le condenaba a muerte; la Ley de los sajones, la castigaba con una multa que era disminuída si la víctima concebía; el Edicto de Teodorico impuso la obligación al culpable de casarse con la mujer y además si era noble y rico tenía que hacerle entrega de la mitad de sus bienes; en Inglaterra Guillermo el conquistador impuso la pena de ceguera y la de castración y la Constitución Carolina (Cap. CXXV) la de muerte.(30)

Cuello Calón, el Derecho Canónico sólo consideró la violación en el caso de que hubiera desfloración y -- se obtuviera esta en contra de la voluntad de la mujer, pero propiamente la que aceptaba era el "Stuprum Violentum", como lo demuestra la decretal de Adulterus et Stupreo. En la legislación española, antecedente de la -- nuestra encontramos que: en el Fuero Juzgo Lib. III Título 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 quién forzaba, y si era siervo se le quemaba.

Estaba prohibido 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 encuentra en el Lib. II Título II Tres Leves de las cuales dos de ellas se referían a la violación que castigaban al -- ofensor con la pena de muerte.

En el Fuero Real Las cuatro primeras Leyes -- del Eb. IV Título X, hacen referencias a la violación sin distinguirla del rapto y la sancionan con la pena de muerte, cuando era cometida en la mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su condición social; o en religiosa profesas; -- igual pena se estableció en las Leyes de Estilo, y -- por último la Ley 3a. Título XX de la Partida VII que también involucra la violación con el rapto, al -- prescribir "robando algún omme alguna mujer viuda, de buena fama, o virgen o casada o religiosa y haciendo con una de ella por fuerza", se les confiscaban sus -- bienes en favor de la víctima, sin perjuicio de pago con su vida el ultraje cometido.(31)

Actualmente en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 265 del Código Penal castiga al Delito de Violación con una pena de 6 a 8 años de prisión si la persona violada fuera puber, y si es impúber la prisión es de 6 a 10 años.

La violación es un acto de violencia en la integridad psíquica y física de la persona, es uno de los actos más brutales del ser humano contra el ser humano. Desde los tiempos más remotos este delito - siempre ha sido castigado con diferentes penas, a veces con sanciones corporales llegando inclusive hasta la pena de muerte.

CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION

El Delito de Violación lo podemos clasificar:

- A) VIOLACION PROPIA (Art. 265 Código Penal)
- B) VIOLACION IMPROPIA (Art. 266 Código Penal).
- C) VIOLACION TUMULTUARIA (Art. 266 Bis Código Penal).

VIOLACION PROPIA

Artículo 265 Código Penal, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuera su sexo, se le aplicará prisión de 6 a 8 años, si la persona ofendida fuere impúber la pena de prisión será de 6 a 10 años. (32)

VIOLACION IMPROPIA

Se equipara 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. Art. 266 del Código Penal.(33)

VIOLACION TUMULTUARIA

Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, - la pena de prisión será de 8 a 20 años y la multa de 5.000.00 a 12.000.00 Pesos. A los demás partícipes se les aplicará las reglas contenidas en el Artículo 13 de este Código.

Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de 6 meses a dos años de prisión cuando el Delito de Violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrasto o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro.

En los casos en que la ejerciere, el culpable perderá la Patria Potestad o la Tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.(34)

Cuando el Delito de Violación sea cometido - por el que desempeñe un cargo o empleo público o - ejerza su profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión.

Tanto en la doctrina como en nuestro ordenamiento jurídico se conoce a la violación genérica como violación propia.

De la Violación Impropia González de la Vega dice, "la mayor parte de las legislaciones bajo el común nombre de Violación y como especie de esta incluye la figura conocida doctrinariamente como Violación presunta, consistente en el ayuntamiento sexual con personas incapacitadas para resistir el acto por enfermedades de la mente o del cuerpo, por su corta edad o por semejantes condiciones de indefensión" (35).

José O. Mendoza Duran dice, "la edad de la violación impropia es la más natural de las causales que las Leyes prevén, y una de sus fases características los que los autores han dado en llamar violencia ope legis en virtud de que la ausencia de voluntad del sujeto pasivo esta supuesto por la Ley, con carácter de presunción Juris et Jure, esta presunción es absoluta" (36)

Manzini dice, en esta primera edad los estímulos carnales son todavía ignorados y confusos o de todos modos si son excitados no pueden encontrar en la falta de madurez psíquica de la persona, contra estímulos su ficientemente fuertes y educados. (37)

De la Violación Tumultuaria, González de la Vega comenta; en cuanto a la comisión del delito por varios partícipes diferentes o inmediatos a la gravación se establece por la mayor indefensión en que queda la víctima, que ante el ataque plural difícilmente puede defenderse. La violación Incestuosa o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido es por desgracia - caso ligado frecuentemente en los dramas de la promiscuidad en familias que viven por su miseria aglomerados en pequeños tugurios. (38)

¿EXISTE LA VIOLACION IMPROPIA ENTRE CONYUGES?

Tratándose de la violación impropia, esta no se estudia, nada más se menciona; porque ya se explicó que nuestro trabajo es de violación entre cónyuges.

Nuestro Código Civil establece (Art. 148) que -- para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido 16 años y la mujer 14, ahora bien existe previsto conforme al mismo ordenamiento dispensas de edad -- tratándose de causas graves y justificadas que pueden ser otorgadas por autoridades administrativas, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 266 del Código Penal, la Violación impropia es la cópula con persona

menor de 12 años; el artículo que prevee la violación impropia o equiparada, tan solo precisa como calidad - específica en el sujeto de edad menor de 12 años, más no señala nada respecto al estado civil de las personas, por lo tanto se podría concluir, que una pareja siendo legalmente unida en matrimonio una vez obtenida la dispenza a que se refiere nuestro Código Civil (Art. 148). pudiera darse la violación impropia siempre y cuando la mujer tuviese menos de 12 años.

RELACION DEL DELITO DE VIOLACION CON
EL DELITO DE ABORTO

Concepto Legal de Aborto.- El aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. (Art. 329 del Código Penal).(39)

Relación del Delito de Violación con el Delito de Aborto.- La relación la encontramos en el Art. 553 del Código Penal que dice: No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, y cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Jimenez Huerta.- No es fácil fijar la verdadera naturaleza jurídica de la exención de pena establecida en el Art. 553, a primera vista, dijérase -- que nos hallamos ante una concreción legal de la causa de inculpabilidad conocida con el nombre de no exigibilidad de otra conducta, habida cuenta de que la mujer que ha sido fecundada en tan drámatico suceso criminal no se le puede exigir que respete la vida embrionaria del concebido como la Ley lo exige; - en todos los demás casos en que no ocurre tan odiosa circunstancia sería exigir más de lo que humanamente el ordenamiento jurídico puede y debe hacer imponerla con la amenaza de una pena que durante largos meses de la concepción amadrigue en sus entrañas una vida oriunda del aborrecido ser que nupetró en ella tan gravísima ofensa.

Esta fundamentación jurídica sería en verdad valedera si la exención de pena establecida en el Artículo 333 del Código Penal, se proyecta sobre -- cualquier persona que ejecute o coopere en el aborto, obvio es que dicha exención tiene un alcance que desborda y supera el de la mera referencia personal entre el acto y el autor, que ontológicamente -- corresponde a la no exigibilidad.

El médico por ejemplo, que da muerte al producto de la concepción a pedimento de la mujer violada, es ajeno a las circunstancias personales e individualizadoras que en ella concurren, y a pesar de que tampoco está ligado a esta por vínculos de identidad personal, su conducta según el Artículo 333 del Código Penal, también queda impune. Esto evidencia que esta exención de pena no enraiza en una causa de inculpabilidad. (40)

José Agustín Martínez, dice, que el aborto perpetrado sobre mujer embarazada a consecuencia de una violación cuando se efectúa dentro de los causas naturales que se derivan de la recta interpretación del orden jurídico, implica el ejercicio de un derecho. (41)

González de la Vega, durante la gran guerra, en Francia; fueron absueltas varias mujeres reos de aborto y aún de infanticidio, que alegaron con motivo del delito su previa violación por soldados enemi

gos. (42)

JIMENEZ DE ASUA, en la interrupción del embarazo para librar a la mujer de los terribles recuerdos de un barbaro atropello, hay una causa sentimental hasta noble pero egoista es decir personal, ésta especie de aborto va transida de una cuantiosa serie de motivos altamente respetables y significa el reconocimiento palmario del derecho de la mujer a una maternidad consciente. (43)

López Rey, tampoco el ordenamiento jurídico -- en la época actual puede ser sordo ciego e insensible ante la drámatica situación psicológica en que se haya la madre que ha sido fecundada en una violación, ya que por repulsa a su violador, al acto jurídico por el perpetrado y las consecuencias de éste, procura su aborto o consciente en que otro se lo produzca. Estos sucesos acontecieron con gran frecuencia durante la Primera Guerra Mundial, en ocasión de que los soldados teutones a impulso de su barbarie, forzaron a mujeres nacionales de las tierras invadidas. (44)

Los Tribunales de Francia, decretaron siempre la absolución de las encausadas aunque sin establecer en sus sentencias el fundamento jurídico de estas absoluciones, motivos de índole sentimental, compasión por la mujer inmersa en la dramática circunstancia y pasional odio para la nación de la raza del violador,

fueron determinantes de dicha sentencia.

La Corte Criminal de París absolvió en base - del veredicto del jurado, a una sirvienta que en Lorena fué violada por cuatro soldados alemanes quedando embarazada; y más tarde cuando se hallaba en París se provocó el aborto.

Para concluir con este capítulo podemos decir que ha sido atinado el criterio del legislador, al darle el derecho a la mujer embarazada producto de una violación; a decidir sobre la vida del hijo ya que es un embarazo no deseado, y seguramente iba a tener siempre en la vida de ese hijo el recuerdo de tan despreciable ser, que perpetro tan brutal acto.

III

PIE DE PAGINA

- (17) Código Penal. Pág. 98. Colección Porrúa, S.A. - 43a. Edición México, D.F. 1987.
- (18) Carrara, Programa de Derecho Criminal 1513, Pág. - 224. Volumen II.
- (19) Pessina Elementi di Diritto Penale. Volúmen III - Pág. 92.
- (20) Pazzolin Dei Pelitti Continèil cuon Costume I'ordine delle famiglie. Pág. 35.
- (21) Crivellari Concetti Fundamentali di D. Penale 1513. Pág. 325.
- (22) Garraud, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Penal Frances. Tomo 5 2.083. Pág. 471.
- (23) Escriche Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Volúmen II. Pág. 94. Madrid 1847.
- (24) Maggiore, Derecho Penal IV. Pág. 56. 4a. Edición Editorial Temis Bogota 1955.
- (25) Fontan Balestra, Derecho Penal Parte Especial. -- Pág. 245. Buenos Aires 1959.

- (26) Soler, Derecho Penal III. Pág. 342. Buenos Aires Argentina 1926.
- (27) Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Pág. 12. Edit. Porrúa, S.A. 3a. Edición, México, D.F. 1980.
- (28) Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano (los delitos). Pág. 38. Editorial Porrúa. - Decimo Quinta Edición 1979. Pág. 38.
- (29) Mommsen, Derecho Penal Romano. Tomo II. Pág. 127.
- (30) Fernando Arilla Bas, El Delito de Violación. Pág. 11 Tesis Doctoral, Madrid 1936.
- (31) Cuello Calón, Derecho Penal. Tomo II. Pág. 479. - Edición Bosch, 1943.
- (32) Código Penal, Colección Porrúa. Pág. 98. 43a. -- Edición, México, D.F. 1987.
- (33) Código Penal. Pág. 99, Colección Porrúa. 43a. -- Edición, México, D.F. 1987.
- (34) Código Penal. Pág. 99. Colección Porrúa. 43a. - Edición México, D.F. 1987.
- (35) González de la Vega. Derecho Penal Mexicana. - - Pág. 380. 15a. Edición. Ed. Porrúa, S.A.
- (36) José Mendoza Durán, El Delito de Violación. Pág. 78. Colección Nereu Madraza 157. Barcelona.

- (37) Manzini, Tratado de Derecho Penal. Volúmen VII :
Pág. 275.
- (38) González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Pág.
379. 15a. Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, -
D.F.
- (39) Código Penal. Pág. 113. Colección Porrúa. 43a.-
Edición Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1987.
- (40) Marian Jimenez Huerta. Derecho Penal Mexicano. -
Tomo II. "La Tutela Penal de la Vida e Integridad
Humana. Pág. 196 y 197. Edit. Porrúa, S.A.
- (41) José Agustín Martínez, Aborto Ilícito y Derecho al
Aborto. Pág. 32.
- (42) González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Pág.
154. Ed. Porrúa. 15a. Edición, México, D.F.
- (43) Jiménez de Asua. Libertad de Amar y Derecho de Mo
rir. Pág. 94.
- (44) López Rey. El Delito de Aborto en España y en Amé
rica Latina, en Boletín del Instituto de Derecho -
Comparado de México. Año XVII. Enero a Abril 1964
No. 49. Págs. 61 y 62.

CAPITULO IV

ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION

ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION

Los Elementos del Delito de Violación son:

- A).- CONDUCTA
- B).- TIPICIDAD
- C).- ANTIJURICIDAD
- D).- CULPABILIDAD
- E). PUNIBILIDAD

A.- Conducta.- Castellanos Tena, La conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito. (45) Para este autor el Delito es ante todo una conducta humana.

Jímenez de Asúa nos dice que el primer carácter del Delito es ser un acto, empleamos la palabra acto (e indistintamente acción, Lato Sensu) y no hecho, porque hecho; es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza; en cambio acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que la ejecuta. Así aclarando el vocablo puede definirse - Acto: la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior o que

por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda.

El acto es pues una conducta humana voluntaria que produce un resultado. (46)

El Dr. Raul Carrancá y Trujillo nos dice; - lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta es así el elemento básico del delito; consiste en un hecho material exterior, positivo o negativo producido por el hombre. Si es positivo, consistirá en un movimiento corporal producto de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. - - Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado. (47)

Jímenez de Asúa considera la conducta como - acto, a diferencia de los penalistas mexicanos Castellanos Tena y Raúl Carrancá y Trujillo, que hablan de conducta humana.

El Sujeto de la Conducta.- Sólo la conducta humana dice Castellanos Tena, tiene relevancia para el Derecho Penal. El Acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. Este principio -

indiscutible, en nuestro tiempo carecía de validez - en otras épocas, según señala la historia; antaño se consideró a los animales como delincuentes distinguiéndose tres períodos o etapas: Fetichismo; (Se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas), Símbolismo; (se entendía que los animales no delinquen pero se les castigaba para impresionar), y por último; solamente se sancionaba al propietario del animal dañoso.(48)

LA ACCION "STRICTO SENSU" Y LA OMISION

Castellanos Tena, hemos expresado que la conducta, (llamada también acto o acción, Lato Sensu) puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos, es decir por actos o por abstenciones.

El acto o la acción Estricto Sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. (49)

Cuello Calón, la acción en sentido Stricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado; consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca. (50)

Eugenio Florian, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exte

rior, y por esto determina una variación aún cuando sea ligera o imperceptible. (51)

Castellanos Tena, la omisión en cambio, radica en un abstenerse de obrar; simplemente es una abstención en dejar de hacer lo que se debe de ejecutar, la omisión, es una forma negativa de la acción. (52)

LA COMISION POR OMISION

Parte Petit, en la Comisión por Omisión hay una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse; y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva.

Existe un delito de comisión por omisión -- cuando se produce un resultado típico y material -- por un no hacer, voluntario o culposo; (Delitos de Olvido) violando una norma preceptiva, (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva. (53)

Carrancá y Trujillo nos dice tocante a los Delitos de Comisión por Omisión o falsos (impropios), Delitos de Comisión son mucho más importantes que los

anteriores. En la Comisión por Omisión el resultado es un hacer lo que no se debe hacer, es un comportamiento que viola una norma que prohíbe; la omisión es una actividad negativa, es un dejar de hacer lo que se debe hacer; es un omitir obediencia a la norma que impone un deber de hacer. Ambos son conducta humana, manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior llamado resultado con relación de causalidad entre aquéllos y éste. (54)

El mencionado autor comenta: acto y omisión son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana que pudieran constituir delito, ambos conforman la acción Lato Sensu, son especies de esta. El acto o acción Stricto Sensu en su aspecto positivo, y la omisión el negativo. El acto consiste en una actividad positiva, se produce a virtud de la omisión -- del movimiento corporal y por designio del pensamiento criminal que lo ordena. Se produce como el delito de comisión positivo, por la violación de un deber legal de abstención; el deber de no atentar contra la vida o la integridad corporal (Vidal); no implica un orden de obrar impuesto por la Ley, si no por el contrario, una prohibición por ejemplo, no matar, no dañar (Garraud); la esencia de este delito consiste en que el individuo no impide el comienzo de un suceso punible (Von Hippel) y se produce así el resultado -- por el acto de su autor y que él omitió, el resultado hubiere sido impedido, en eso la omisión presenta gran analogía con la causalidad del acto, si bien no es la

misma causalidad, la manifestación de la voluntad consiste aquí en la no realización voluntaria de un movimiento corporal que debería ser realizado (Liszt).

El ejemplo a que clásicamente acude la doctrina para los delitos de comisión por omisión es el de la madre desnaturalizada que queriendo dar muerte a su hijo, abandona el alimentarlo y consuma así su propósito homicida. Pero en este caso se trataría de un delito grave de comisión por omisión, que revistiría igual gravedad que el acto; se admite no obstante un aspecto menos grave cuyo ejemplo sería el de paseante que ante un accidente cuyas consecuencias inminentes sobre alguna persona pueda evitar con algún movimiento corporal, omite éste; aquí se estima también como querido el resultado por cuanto fué previsto claramente representado en la mente del sujeto, y con su omisión lo causó. (55)

ELEMENTOS DE LA ACCION

Porte Petit, generalmente se señala como Elementos de la Acción:

Una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad.

La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado. Por ejemplo Soler, afirma que el estudio de esa relación no forma

parte de la Teoría de la acción si no de la culpa--
bilidad. Welzel subraya que la acción humana es por
lo tanto un acontecimiento " finalista " y no sola--
mente " causa ", que la finalidad es " vidente "; la
causalidad es " ciega "; en efecto la conducta en De
recho Penal no puede entenderse sino como conducta -
culpable. Por tanto abarca querer la conducta y el
resultado; de no ser así estaríamos aceptando un con
cepto de conducta limitada a querer únicamente el --
comportamiento corporal. (56)

ELEMENTOS DE LA OMISION

Castellanos Tena, como en la acción, en la --
omisión existe una manifestación de voluntad que se
traduce en un no actuar; concluyase en consecuencia
que los elementos de la omisión son: a) Voluntad -
(también en los delitos de olvido, pues como diji-
mos en ellos se aprecia a nuestro juicio el voliti--
vo efectuar la acción ordenada por el derecho. La
inactividad esta íntimamente ligada al otro elemento,
al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se --
abstiene de efectuar el acto a cuya realización esta
obligado. (57)

Franz Von Liszt, en la Omisión la manifesta--
ción de voluntad consiste en no ejecutar voluntaria--
mente el movimiento corporal que debería haberse ---
efectuado. Precisa la existencia del deber jurídico

de obrar, porque como expresa el autor alemán citado, la omisión del grito de alarma de un guardia agarrotado por unos bandidos o acometido de un desmayo, no es una omisión en el sentido del Derecho Penal, no hay -voluntariedad en la conducta inactiva.

Los elementos de la omisión (voluntad e inactividad) aparecen tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión, más en este emergen otros dos factores a saber; un resultado material (típico) y -- una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.(58)

Relación de causalidad, entre la acción y el resultado debe haber una relación de causa a efecto, y es causa tanto la actividad que produce inmediatamente el resultado como la que lo origina mediante te, o sea por elementos penalmente inoperantes per se, pero cuya eficacia dañosa es aprovechada, tanto la acción Stricto Sensu como la omisión se integran por és tos tres elementos; pero en el acto la manifestación de voluntad es siempre movimiento muscular mientras que en la omisión es inactividad; el resultado es en el acto cambio sensible a los sentidos y en la omisión puede serlo, pero también puede ser simple conservación de lo existente; y en cuanto a la relación de causalidad, que en el acto es fuerza directamente causal del resultado en la omisión carece de esa eficacia directa por razón de la misma inactividad pero no de la indirecta.(59)

AUSENCIA DE CONDUCTA

Si falta alguno de los elementos esenciales --

del delito, este no se integrara; en consecuencia, si la conducta esta ausente evidentemente no habra delito a pesar de las apariencias.

Es, pues la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos o mejor dicho impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa la base indispensable del delito como de todo problema jurídico. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal.

LA CONDUCTA EN EL DELITO DE VIOLACION

En la violación, la conducta típica se integra por el acceso carnal o cópula siempre y cuando esta se realice mediante el empleo de la violencia (física o moral), con persona púber o impúber.

Para González de la Vega la acción típica del delito consiste en la cópula, pudiendo ser esta normal o anormal. (60)

Partiendo de la definición del diccionario de la real Academia, en sentido gramatical amplísimo la palabra copula significa el ligamiento o atadura de una casa con otra.

González de la Vega dice, atendiendo a la conducta sexual por cópula debe entenderse, todo ayuntamiento o unión o conjunción carnal de las personas -- sin distinción alguna. Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, lo que implica necesariamente una actividad viril - - Normal o anormal -, pues sin ésta no se puede con -

propiedad decirse que ha habido copulativa conjunción carnal.

Nótese que fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura como en los normales. (61)

Según el mencionado autor la cópula consiste en cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual -- normal o contra natura --, con independencia de su -- pleno agotamiento fisiológico. (62)

Existen otros doctrinarios como Arturo Baledon y José Torres Torrija, opinan que cópula debe ser sólo en forma exclusiva ayuntamiento sexual entre varón y mujer precisamente por la vía vaginal, o sea coito normal.

González Blanco, dice, para que la cópula o acceso carnal integre la conducta típica en la violación, es preciso que en su realización medie la violencia.

La violencia consiste en los medios que se emplean para vencer la resistencia de la víctima, cuando esta es psíquica o físicamente incapaz de oponerla. - Estimamos que la violencia es el elemento fundamental del delito de violación, supuesto que a virtud de ella se ataca la libertad sexual, que como ya se indicó -- constituye el bien jurídico objeto de la tutela. (63)

Y agrega: la violencia puede ser física (vis) o moral (metus), caracterizándose la primera, en que los medios empleados obran directamente sobre el cuerpo de la víctima; y la segunda en que son de naturaleza intimidatoria.(64)

La violación puede ser en persona de cualquier sexo (varón, mujeres, vírgenes o no; en edad infantil, juvenil o adulta).

Violencia física.- La violencia en la violación, consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir.

Violencia Moral.- González de la Vega, aplicando el concepto de violencia moral establecido en el delito de robo, diremos que existe cuando el delincuente amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarlo.

Aplicando este concepto al delito de violación, resulta que la violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que cause en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir el ayuntamiento sexual que en realidad no ha querido.(65)

T I P I C I D A D

La Tipicidad es la adecuación de la conducta a la norma jurídica, al tipo; y el tipo consiste en la descripción que hace el legislador del delito.

Castellanos Tena, la tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta en que nuestra Constitución Federal en su Art. 14 establece en forma expresa: "En los Juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una Ley exactamente aplicable al Delito de que se trata", lo cual significa que no existe Delito sin tipicidad.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción -- que hace el estado de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en -- abstracto.

El Profesor Mariano Jimenez Huerta, en su -- obra La Tipicidad, define al tipo como el injusto re cogido y descrito en la Ley Penal: en concreto: el tipo a veces es la descripción legal del delito, y -- en ocasiones la descripción del elemento objetivo -- (comportamiento), como sucede en el homicidio, --

pues según el código lo comete " el que priva de la vida a otro ". (66)

Castellanos Tena, la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descripto por el legislador.

Es en suma la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. (67)

Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula NULLUM CRIMEN SINE TIPO. (68)

El tipo es para muchos la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta, y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él. (69)

AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD

Castellanos Tena, cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del Delito llamado Atipicidad.

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa.

Suele confundirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En el Código Penal Veracruzano vigente se suprime el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior, integrado con un adulterio en condiciones determinadas; he ahí una ausencia de tipo. En cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a la conducta dada, como en el caso de la cópula con mujer mayor de 18 años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento mediante engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa en donde precisa para configurarse el delito de estupro, que la mujer sea menor de 18 años.

En el fondo en toda atipicidad hay falta de tipo, si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él, no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

a) Ausencia de calidad o del número exigido por la ley - en cuanto a los sujetos activo o pasivo; b) si falta el objeto Material o el objeto Jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas - en el tipo; d) al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; e) si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f) por no darse, en su caso la antigüedad espe

cial.

En ocasiones el legislador al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el Sujeto activo, en el pasivo, o en ambos; tal ocurre, por ejemplo en el delito de Peculado, en el cual en el Sujeto activo ha de ser el encargado de un Servicio Público (art. 223 C. -- Penal).

Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto Jurídico, como la falta de propiedad o posesión en Delitos Patrimoniales.

Se presentará una atipicidad por no existir objeto Material sobre el cual recaiga la acción como cuando se pretende privar de la vida a quien ya no la tiene (En este caso tampoco hay objeto Jurídico). El art. 302 dice -- "Comete el Delito de Homicidio el que priva de la vida a otro".

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o tiempo; sino operan, la conducta será típica por ejemplo. Cuando la ley exige la realización -- del hecho "en despoblado"; "con violencia", etc., (como el tipo de delito de asalto, a que se refiere el art. -- 286 y los contra la administración de justicia tipificados en las fracciones XIV y XVII del artículo 225 del -- Código Penal).

Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del delito;

verbigracia "por medio de la violencia física o moral", como es el caso de la violación (265 Código Penal).

Hay tipos donde se contienen elementos subjetivos del injusto; éstos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente, o al fin que persiguen. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito", etc., su ausencia hará operar una atipicidad (como ocurre en los tipos relativos a los artículos 199 bis, 277, 323, etc.).

Por excepción algunos tipos captan una especial antigüedad, como sucede por ejemplo en el artículo 285 del Código Penal (alianamiento de morada) al señalar en la descripción que el comportamiento se efectúa "sin motivo justificado," fuera de los casos en que la ley lo permite.

Entonces al obrar justificadamente, con la permisión legal no se calma el tipo y los cauces que en otros delitos serían, por su naturaleza, causas de justificación, tomándose atipicidades en estos casos. (70)

LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE VIOLACION

Porte Petit, la tipicidad en el delito de violación, consistiría en la adecuación a lo prescrito por la ley, o sea; que exista una cópula realizada por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva, en persona de cualquier sexo la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación dice. -

"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."

En otra ejecutoria se dice que "el elemento cópula a -- que se refiere el artículo 265 del Código Penal queda tipificado independientemente de que esté consumada fisiológicamente", y que no puede existir confusión, pues entre los términos cópula consumada y el delito consumado. (71)

ANTI JURICIDAD

Comunmente se acepta como antijurídico, lo contrario al Derecho.

Javier Alba Muñoz escribe: El contenido último de la -- antijuricidad que interesa al Jus-penalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de valores estatales, en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente. (72)

Para el autor citado actúa antijurídicamente quien con tradice un mandato del poder.

Raúl Carrancá y Trujillo, entendemos que la antijuricidad es la oposición a las normas de la cultura, reconocidas por el Estado. Se le denomina también "ilicitud" palabra que también comprende el ámbito de la Etica; -- "ilegalidad", palabra que tiene una restricta referencia a la ley; "entuerto" palabra puesta en circulación por los tratadistas italianos, y que en español constituye un arcaísmo; e "injusto", preferido por los alemanes para significar lo contrario al Derecho, equivalente a lo antijurídico. Es en suma la contradicción entre -- una conducta concreta y un concreto orden establecido -- por el Estado.

Cuando decimos oposición a las normas nos referimos a la ley.

Nos referimos a las normas de la cultura, o sea aquellas ordenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses.

(M.E. Mayer). Cuando éstas normas de cultura son reconocidas por el Estado la oposición a ellas constituye lo antijurídico.

Entendido el delito como disvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la ley positiva ya que ésta no manda ni prohíbe.

En el artículo del código penal encontramos preceptos y sanciones; no ordenes ni prohibiciones.

La norma " no matarás " del decálogo se haya subsumida en el artículo 302 del Código Penal, " comete el delito de homicidio el que priva de la vida otro ", éste -- precepto ni ordena ni prohíbe; la conducta humana causal de un homicidio no la infringe; lo que infringe o viola es la norma de cultura inmersa en el precepto, - el " No matarás ".

Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuricidad, o sea la violación u oposición o negación de la norma.

La norma crea lo antijurídico; la ley el delito.

Por ser la antijuricidad oposición a las normas de cultura, no puede ser más que una. Pero toda vez que las reglas de conducta, están recogidas en el Derecho con sus varias especialidades, puede hablarse de una antijuricidad en la especie penal, lo mismo que en otras - en atención a ello Welzel entiende que la " antijuricidad " es la relación de discordancia entre una acción y un concreto orden jurídico, lo que es válido para -- todo el orden jurídico; mientras que la acción misma - valorada como contraria al Derecho constituye el " injusto ". (73)

LA ANTIJURICIDAD EN LA VIOLACION

En el delito de violación la antijuricidad consiste en - que la violencia debe ser ilegítima, el yacimiento ha de ser ilícito Panainn, el hecho es ilegítimo todas las veces que concurren todos los extremos del hecho abstracto

y no concurren causas de exclusión del delito. (74)

Fontan Balestra dice el acceso carnal es ilegítimo cuando se realiza con persona respecto de la cual no tenga el agente derecho al coito. (75)

Es indudable que la conducta en la violación será anti jurídica cuando, siendo típica no exista una causa de licitud, en caso de que proceda.

CULPABILIDAD

El maestro Porte Petit, define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. (76)

Villalobos, la culpabilidad genericamente consiste, en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo; o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del interés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa. (77)

Jiménez de Asúa, la culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. (78)

FORMA DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad reviste dos formas: Dolo y Culpa.

Se puede delinquir mediante una determinada intención de lictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indis - pensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).

El Código Penal reformado (artículo 8 fracción III) in - cluye la preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a - la intención del sujeto.

Castellanos Tena, en el dolo el agente conociendo la sig - nificación de su conducta procede a realizarla. En la - culpa consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la in - consciente o sin previsión, no se prevé un resultado pre - visible; existe también descuido por los intereses de los demás.

Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comporta - miento del sujeto se traduce en desprecio por el orden - jurídico; " se reprocha el acto culpable por que al eje - cutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidaridad social en con - curso; y porque teniendo obligación de guardar la disci - plina y las limitaciones impuestas a la expansión indivi - dual, y todo el cuidado necesario para no causar daños, se desconoce se posterga ése deber queriendo sólo disfru - tar de los derechos y beneficios que brinda la organiza - ción, sin prescindir en nada de cuanto dicta el capricho o el desco aún con perjuicio de los demás hombres y como si el actuante fuese el único digno de merecer". (79)

El Código Penal dice, obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor, al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia (Art. 9o. Fracción III). (80)

CONCEPTO DE DOLO

Cuello Calón, lo define como la voluntad conciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. (81)

Jiménez de Asúa, el dolo es la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. (82)

ELEMENTOS DEL DOLO

El dolo contiene un elemento ético, y otro volitivo o emocional.

El elemento ético esta constituido por la conciencia de que se quebranta el deber.

El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

En resumen el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

LA CULPA COMO FORMA DE CULPABILIDAD

La culpa es el otro de los grados o especies de la culpabilidad. Se ha dicho en nuestro código penal, los delitos pueden ser: intencionales, no intencionales y preterintencionales.

Concepto de culpa.- Cuello Calón dice existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible, penado por la Ley. (83)

Edmundo Mezger, actua culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede probar. (84)

Castellanos Tena, nos dice, existe culpa, cuando se realiza una conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas. (85)

ELEMENTOS DE LA CULPA

El primer elemento de la culpa es un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero; los resultados del actuar han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

(Si el resultado es querido o aceptable, se estará en el caso de imputación dolosa).

LA INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad.

Jiménez de Asúa sostiene, que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el Juicio de reproche. (80)

Castellanos de Tena nos dice, la inculpabilidad opera al hallarse ausente los elementos esenciales de la culpabilidad; conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjunción de los caracteres institutivos de su esencia. Así la tipicidad debe referirse a una conducta, la antijuricidad la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la Culpabilidad (como aspecto subjetivo de él --

presupone ya una valoración de la antijuricidad de la -- conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesto a una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. (87)

LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE VIOLACION

González Blanco, La violación en orden a la culpabilidad es un delito de dolo. Esto se infiere de los medios de comisión constitutivos de la conducta.

En cuanto a la culpabilidad en la violación equiparada, es requisito para fundarla que el sujeto activo conozca las condiciones que guarda la víctima, pues de lo contrario no incurre en responsabilidad, según estima Fontan - Balestra al considerar que en éste último caso "no existirá violación por falta de dolo específico, que es indispensable para la configuración del delito". (88)

Manzini, la especie de culpabilidad que se presenta en este delito, es el dolo. (89)

LA CULPABILIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

Nuestro Código Penal vigente en su artículo 8o. divide a los delitos en:

I.- Intencionales

II.- No intencionales o de Imprudencia

III.- Preterintencionales (90)

1.- Intencionales.- obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley. (Art. 9 Fracción I del Código Penal). (91)

2.- No intencionales o de imprudencia.- "obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico, incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones le imponen". (art. 9 Fracción II del Código Penal). (92)

3.- Obra Preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, se aquel si produce por imprudencia (art. 9 Fracción III del Código Penal). (93)

PUNIBILIDAD

La Punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

También se utiliza la palabra punibilidad con menos propiedad para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito.

Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada.

LA PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE VIOLACION

La Punibilidad en el Delito de Violación la encontramos establecida en el artículo 265 del Código que a la letra dice. " si la Persona violada fuese púber se le aplicará prisión de 6 a 8 años, y si fuese impúber la pena de prisión será de 6 a 10 años. (94)

Tratándose de Violación Tumultuaria cuando ésta es cometida con la intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de 8 a 20 años y la multa de cinco mil a doce mil pesos. A los demás partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este código.

Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquel por el tutor en contra de su pupilo, por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. En los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

Cuando el delito de violación sea cometida por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión. Art. 266 bis del Código Penal. (95)

IV

PIE DE PAGINA

- (45) Castellano Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 149. Vigésimo Cuarta Edición. - Ed. Porrúa, S.A.
- (46) Jimenez de Asúa. La Ley y El Delito. Pág. 210. - Primera Edición. Editorial Hermes.
- (47) Raúl Carrancá y Trajillo. Derecho Penal Mexicano. Pág. 235. Décima Primera Edición. Ed. Porrúa, S.A
- (48) Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 149. Vigésima Cuarta Edición. - Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (49) Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 152.
- (50) Cuello Colón. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 271 - Octava Edición Barcelona 1947.
- (51) Eugenio Florian. Lista General de Derecho Penal. - Tomo I. Pág. 539. Habana 1953.
- (52) Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Págs. 152 y 153. Ed. Porrúa, S.A.
- (53) Porte Petit. Programa de Derecho Criminal. Pág. 175.

- (54) Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano
Pág. 252. Edit. Porrúa, S.A.
- (55) Raúl Carrancá y Trujillo Derecho Penal Mexicano, -
Pág. 239. Edit. Porrúa, S.A.
- (56) Porte Petit, importancia de la Dogmática Jurídica-
Penal 34.
- (57) Castellanos Tena Lineamientos Elementales de Dere-
cho Penal, pág. 155.
- (58) Franz Von Liszt, Tratado de Derecho Penal, pág. 79
3a. edición en español Reus Madrid.
- (59) Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano -
pág. 275. Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (60) Francisco Gonzalez de la Vega, Derecho Penal Mexi-
cano, pág. 353, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (61) González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, pág. -
383, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (62) González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, pág.
383, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (63) González Blanco, Delitos Sexuales en la Doctrina -
y en el Derecho Positivo Mexicano, págs. 151 y --
152, tercera edición, Edit. Porrúa, S.A. México, -
D.F.
- (64) González Blanco, Delitos Sexuales, pág. 152, Edit.
Porrúa, S.A. México, D.F.

- (65) González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, pág. 387, décimoquinta edición, Edit. Porrúa, México, D.F.
- (66) Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 167 y 168, Edit. Porrúa, S.A. - México, D.F.
- (67) Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 169, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (68) Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, pág. 37.
- (69) Javier Alba Muñoz, Apuntes de Derecho Penal, pág. 47.
- (70) Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 174, 175 y 176, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (71) Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, págs. 31 y 32, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (72) Prólogo a la Tesis Profesional de R. Higuera Gil - pág. 11.
- (73) Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, págs. 311 y 312, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (74) Pannain Delitti Contra la Moralita Pubblica e il-buon Costume, pág. 57 Roma, 1952.

- (75) Fontan Balestra, Delitos Sexuales, pág. 66, Edit. Cepalpa, Buenos Aires, 1953.
- (76) Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 49, 1954.
- (77) Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pág. 283, tercera edición, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (78) Jiménez de Asúa, La ley y el Delito, pág. 444, Caracas, 1945.
- (79) Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 238 op. cit., Derecho Penal Villalobos, primer tomo, pág. 285.
- (80) Código Penal, Artículo 9, Fracc. 3ra. pág. 9, Edit. Porrúa, 45ava. edición.
- (81) Cuello Calón, Derecho Penal, pág. 302, tomo I.
- (82) Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, pág. 459, Caracas, 1945.
- (83) Cuello Calón, Derecho Penal, pág. 385, 8ava. edición.
- (84) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo II - pág. 171, 2a. edición, Madrid.
- (85) Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 246, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F.
- (86) Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, pág. 480, Caracas, 1945.

- (87) Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 257 y 258.
- (88) González Blanco, Delitos Sexuales, págs. 170 y 171, op, cit. Fontan Balestra, Derecho Penal, pág. 71.
- (89) Manzini Trattato di Diritto Penale Italiano, Tomo-VII, págas. 286 y 287. Torino, 1946.
- (90) Código Penal, pág. 9, Colección Porrúa, S.A. 43ava. edición, México, D.F. 1987.
- (91) Código Penal, pág. 9, Colección Porrúa, S.A. México D.F.
- (92) Código Penal, pág. 9, Colección Porrúa, S.A. México D.F.
- (93) Código Penal, pág. 9, Colección Porrúa, S.A. México D.F. 1987.
- (94) Código Penal, pág. 98, Colección Porrúa, S.A. México, D.F. 1987.
- (95) Código Penal, Colección Porrúa, pág. 99, 43ava. edición, México, D.F. 1987.

CAPITULO V

**RELACION DEL DELITO DE VIOLACION CON
MATRIMONIO Y CONCUBINATO**

RELACION DEL DELITO DE VIOLACION CON MATRIMONIO
Y CONCUBINATO

RELACION JURIDICO PENAL

Sobre la problemática de que si existe el delito de violación entre cónyuges, la doctrina ha adoptado tres posturas: Unos dicen que si existe la violación entre cónyuges, otros por el contrario niegan que se de éste delito, argumentando que el cónyuge que ejerce violencia para llegar a la cópula lo hace en ejercicio de un derecho derivado del matrimonio, y una tercera postura; que admite que no se da la violación sino otro delito.

POSTURA DE QUE SI ADMITE LA VIOLACION ENTRE
CONYUGES

Gómez dice: Los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación entre cónyuges, invocan el argumento de la licitud de la cópula emanada del derecho a la misma que al marido pertenece.

Es inegable tal derecho, tiene su fundamento en la -- institución del matrimonio y a sus finalidades respon de. Pero la licitud de la conjunción carnal entre -- cónyuges que está fuera de toda controversia; no es - argumento bastante para fundar la tesis enunciada, lo que sus defensores han debido demostrar, necesariamen te, es que contra todos los principios, el marido ten ga la facultad de recurrir a la violencia para ejerci tar su derecho, cuando le es negado por la mujer. -- 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 físico o mo ral, tiene acceso carnal con su mujer comete el deli to de violación. (96)

DOCTRINARIOS QUE NO ADMITEN LA VIOLACION ENTRE CONYUGES

Jiménes de Asúa, al tratar la legítima defensa mani - fiesta que no cabe contra el que ejercita un derecho; por eso la mujer no puede actuar en defensa legítima

negando al marido el derecho al coito, puesto que éste tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio; pero si puede defenderse violentamente de actos contra natura o de Libidines psicopática que le quieran ser impuestos por el marido, y --- también cuando éste se halle enfermo y embriagado, para evitar el contagio, en el primer caso, y la fecundación nefasta para la prole en el segundo. (97)

Groizard, sostiene al respecto que ningún derecho se -- atropella a la mujer, al obligársele por el marido, contra su voluntad, a realizarse con él un acto, que tiene ella deber de prestarse a ejecutar en atención a que -- dentro de los fines, del matrimonio ninguno es más im - portante que el de la procreación. (93)

Raúl Carrancá y Trujillo, no es constitutivo del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando moderada violencia, pues ello es un ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima; en cambio, sí cabe esta especie de violación cuando el marido pretende la cópula en conjunción anormal o contra natura. (99)

Cuello Calón, "el ejecutado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer, no constituye violación, pues aquel al disponer sexualmente de ésta obra en el ejercicio legítimo de un derecho, pero además la mujer no puede invocar, en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay por parte del marido agresión ilegítima. Podrá aquel en ciertos casos ser responsable en vías de hecho de lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un

delito de violación. (100)

Manzini, "no es punible el cónyuge que constriñe al otro cónyuge que mediante violencia o amenazas, a la conju - ción carnal según la naturaleza y condiciones normales.

Entre los fines del matrimonio, en verdad está también - el de proveer remedium concupiscentine". (101)

Soler, "no existe violación cuando media debito conyugal." (102)

DOCTRINARIOS QUE SOSTIENEN QUE NO EXISTE EL
DELITO DE VIOLACION ENTRE CONYUGES SINO QUE
SE DA OTRO DELITO

Vanini, sostiene que, "no puede existir delito de violación carnal en la violación entre casados pues no subsiste un derecho a la inviolabilidad sexual de un cónyuge - respecto del otro, cuando por el contrario, si subsiste un derecho a la no violación de la libertad individual. " Por tanto, agrega ", ¿ No comete delito el marido que con violencias o amenazas se una carnalmente con su mu - jer ? contesta: si comete un delito, pero no el delito - de violación, sino el de lesiones. (103)

Porte Petit, el cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimo - nio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud. Por tanto, al realizarla, - ejerce un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha có - pula, por medio de la violencia física o moral, está ---

ejercitando legalmente su derecho; en consecuencia, no -- le puede amparar una causa de ilicitud, habida cuenta que para que el ejercicio origine el aspecto negativo de la -- antijuricidad debe ser un ejercicio ilegítimo.

Por otra parte no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aún cuando ha habido -- abuso de ese derecho originándose en todo caso un diverso ilícito penal; en otros términos, a virtud del matrimonio los cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquellos y, consiguientemente cuando realiza uno la cópula por medio de la Vis absoluta (violencia física) o de la Vis Compulsiva (violencia moral), no atacan a la libertad sexual porque ésta no -- existe por el mismo matrimonio, no produciéndose en consecuencia el delito de violación. (104)

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

El objeto sexual del conubio establecido por la historia y la doctrina jurídica fué reconocido por el antiguo código civil mexicano de 1884 (art. 155) al establecer: el

matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Aún cuando nuestro código civil suprimió la anterior definición del matrimonio, en su reglamentación que contiene diversas disposiciones de las que se desprende que la relación sexual es derecho correlativo deber entre los cónyuges. Así se establece: cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta (art. 147 del código civil).

Entre los impedimentos indispensables para contraer matrimonio y que son causa de nulidad se menciona la impotencia incurable para la cópula (art. 156 fracción III, 236 y 267); para hacer posible el objeto del matrimonio se ordena que la mujer debe vivir al lado de su marido, (art. 163); obligación de cohabitar que se suspende en los casos de los artículos 275 y 276; es causa de divorcio la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio (art. 267 fracción VI). En consecuencia concluimos, que existe entre los cónyuges la obligación del concubito y por tanto, derecho legal a su cumplimiento.

Reconocida la licitud de la cópula matrimonial y aceptado el derecho legal a su realización, puede pensarse que el marido que por la fuerza impene su cumplimiento a la esposa renuente, no comete el delito de violación por au

sencia de antijuricidad de su conducta, por que le existe la incluyente de responsabilidad de obrar en el ejercicio de un derecho reconocido por la Ley (art. 15 Fracción XV del código penal).

No obstante que reconocemos el palmario derecho al fornicio matrimonial estimamos que su exigencia por medios -- violentos no puede quedar amparada la excluyente.

Cierto que esta es una causa de justificación de la conducta o de la eliminación de lo injusto; pero como los derechos individuales están condicionados por los derechos de terceros, en la estimativa de la eximente, se hace necesaria la valoración jurídica de las acciones -- efectuadas por el sujeto al exigir o al imponer el cumplimiento de su derecho y recordar los casos de "abuso del derecho" estudiados por la doctrina moderna. La cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio, es lícita, pero la cópula impuesta -- violentamente no; ya que ninguna persona podrá hacerse -- justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos (art. 17 constitucional).

Proclamar el derecho marital a la cópula aún por medios violentos no consentidos por la esposa, nos parece resabio bárbaro o de tipo medieval.

Pero aún suponiendo que, por el ejercicio de un derecho, el marido forzador de la negativa de su mujer para el co -- u -- bi -- to no fuera responsable del delito de violación, de -- todas maneras su conducta sería punible por las infrac --

ciones penales que la violencia en sí misma integre - - (amenazas, golpes, lesiones, homicidio, etc.). Además - civilmente quedaría expuesto a las acciones y sanciones privadas de divorcio y sus consecuencias legales por las sevicias, amenazas o injurias graves que sus procedimientos de violencia entrañen, y por haber cometido en la - persona del otro cónyuge un acto (la cópula sin voluntad de éste y por medio de la violencia) que sería punible - si se tratara de persona extraña. (fracción XI y XIV -- del art. 267 del Código Civil).

Si se aceptara la supuesta juricidad de la cópula material impuesta por la fuerza, al menos tendría que reconocerse que la justificación no podría cubrir los casos en que se forzase a la esposa a los ayuntamientos ilícitos contrarios a los fines del matrimonio o en sí mismos delictuosos tales como: el forzamiento contra el orden material (ilícito por contrariar al objeto del matrimonio y a las buenas costumbres). O cuando el marido violentador esté enfermo de males venéreos o de dolencias serias en períodos infectantes (por el peligro de contagio que sería constitutivo de delito), o en forma de exhibicionismo obsceno (por ser delictuoso de acuerdo con el - - artículo 199 bis del código penal). (105)

JURISPRUDENCIAS DE LA HONORABLE SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA NACION SOBRE EL DELITO DE -
VIOLACION ENTRE CONYUGES.

JURISPRUDENCIA.- nuestros tribunales han establecido:

"El código civil, al referirse al matrimonio, no menciona en forma expresa como una obligación de los contrayentes, la sexual; pero siendo uno de los fines del matrimonio la reproducción de la especie, los cónyuges 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, aquellos en que intervenga el uso de anti-conceptivos, y las cópulas con enfermos que padecen males transmisibles, por que estos ayuntamientos serían ilícitos, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónvuge para el otro.

Aún en el supuesto de que la cópula se verifique por la vía normal, si se exige en forma violenta existirá 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. (100)

JURISPRUDENCIA.- Violación de mujer casada. Querrela no necesaria si el marido coadyuva en el ilícito (legislación del Estado de Michoacán).

El artículo 245 del Código Penal del Estado de Michoacán prescribe que cuando el delito de violación recaiga sobre mujer casada, no se perseguirá de oficio, sino a petición de cualquiera de los cónyuges; pero si formula la querrela el marido, será necesario, además, la anuencia de la ofendida. Dentro de una correcta interpretación del anterior dispositivo legal, debe entenderse que al estatuir

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

el requisito de querrela, el legislador quiso respetar - el pudor de la mujer, que si bien ha sido víctima de una violación prefiere ocultar sus consecuencias, no debiéndosele causar un segundo mal haciendo público, de su voluntad y por el camino de la justicia, el hecho acontecido sin embargo la discreción que el legislador quiso precaver, pierde su razón de ser en casos de que el propio marido, movido por despecho coadyuva con otros para que violen a su esposa.

Como requisito de procedibilidad penal porque el evento perdió su carácter secreto y la deshonra procedió al conocimiento público.

En resumen: el requisito de procedibilidad de la querrela en el delito de violación, fué estatuido por el legislador, no en beneficio del sujeto activo, propiciándole su impunidad, sino en gracia a la ofendida facilitándose mantener el secreto de su honra mancillada. (107)

OPINION PERSONAL SOBRE EL DELITO DE VIOLACION ENTRE CONYUGES

Opino que si se da el delito de violación entre cónyuges, ya que el marido no tiene ningún derecho de ejer-cer violencia física ni moral para llegar a la cópula con la esposa cuando ésta le es negada; en todo caso -- tiene el derecho de pedir el divorcio ante los tribunales ya que nadie puede hacer justicia por su propia --- mano ni ejercer violencia para reclamar su derecho art. 17 constitucional.

EL DELITO DE VIOLACION ENTRE CONCUBINOS

Sobre el cuestionamiento de si existe el delito de violación entre concubinos existen dos puntos de vista, por un lado se dice que: a) no existe el delito de violación entre concubinos; b) si se da este delito.

Manfredini.- opina que no se da el delito de violación entre concubinos, al considerar que "asimismo, tampoco es antisocial y por ende, no es antijurídica la violación sobre la concubina de un hombre que viva en concubinato, siendo obvio que las relaciones sexuales en estas hipótesis deben tener en el hecho aquella demostración de constancia, de unión sexual consentida, que está insisto en el matrimonio, y que justifica los principios expuestos. (108)

Vanini.- opina que si se da la violación entre concubinos se pregunta si puede equipararse la concubina a la esposa, o sea, si puede la concubina ser sujeto pasivo de la violación carnal; y contesta que "no es difícil responder a la pregunta, ya que la concubina no puede ser equiparada a la esposa", y, por tanto, es posible la violación carnal del hombre sobre la concubina, por que la concubina no tiene ninguna obligación jurídica de prestaciones carnales frente al amante; que el hecho que la ley no prohíba convivencia more uxorio, no confiere al hombre ningún derecho a prestaciones sexuales por parte de la mujer con quien convive, incluso porque sería extraño, no admitir el delito de violación carnal, del soltero sobre la concubina y, en cambio, admitirlo en la

violación carnal del casado sobre la concubina, agregando: "en este punto, toda la cuestión se centra, sobre el consentimiento, si se tienen presentes las relaciones especiales que obligan al sujeto activo con el sujeto pasivo, pero si pudiera probarse con certeza que el hombre - violó a sabiendas a la mujer (concubina) y conociendo el preciso y decidido desentimiento de ella ¿ Comó podrá negarse el delito de violación carnal ?. (109)

Gómez opina, que si se da el delito de violación al sostener que el hombre que por medio de la violación llega al acceso carnal con su concubina, comete violación. (110)

OPINION PERSONAL DEL DELITO DE VIOLACION ENTRE CONCUBINOS

Opino que si se da el delito de violación en virtud de - que a la pareja no los une ningún vínculo jurídico, lo único que une a la pareja que vive en concubinato es el deseo de estar juntos ya que el concubinato no es un contrato, por lo tanto de esa unión voluntaria no se genera ninguna obligación de tener relaciones sexuales entre la pareja, si éstas existen; es porque así lo desean libremente, consecuentemente puede terminarse esta unión en el momento que así lo deseen. Por lo tanto si las relaciones sexuales en el concubinato no son libres, espontáneas, si por el contrario se ejerce violencia física o moral - para llegar a ellas se comete el delito de violación.

RELACION JURIDICO CIVIL DEL MATRIMONIO Y EL CONCUBINATO

En nuestro medio jurídico, el código civil establece en su artículo 148 que para contraer matrimonio el hombre - necesita haber cumplido 16 años y la mujer 14 años; asimismo establece en el artículo 147 que uno de los fines del matrimonio es la perpetuación de la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges, estableciendo que cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta; el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley, y con las formalidades (solemnidades) que ella exige.

En el matrimonio existen ciertos requisitos que deben darse para que éste sea plenamente válido, siendo estos requisitos los elementos esenciales y los requisitos de validez".

Galindo Garfias nos dice que los elementos esenciales - del matrimonio son:

- 1.- La voluntad de los contrayentes
- 2.- El objeto
- 3.- Las solemnidades requeridas por la ley

1.- La voluntad de los contrayentes, se manifiesta a través de la declaración expresa que éstos hacen. Esta concurrencia de voluntades en el sentido de unirse - en matrimonio forma el consentimiento propiamente - dicho. Se requiere además declaración del oficial -

del Registro Civil, en el sentido de que los cónyuges queden unidos en nombre de la sociedad y de la Ley.

- 2.- El objeto del Acto consiste en que la vida es común entre un sólo hombre y una sola mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por propia voluntad. (111)
- 3.- Son solemnidades que han de constar en el acto los siguientes:

La expresión de voluntad de los consortes de unirse en matrimonio en presencia del juez de lo civil, la declaración del Registro Civil en el sentido de declarar a los contrayentes unidos en matrimonio, la existencia del acta en el libro del Registro Civil, así como los nombres y firmas de los contrayentes y del oficial del Registro Civil. (art. 250 del Código Civil).

LOS REQUISITOS DE VALIDEZ EN EL MATRIMONIO

Los requisitos de validez son:

- a) La Capacidad
- b) La Ausencia de vicios de la voluntad
- c) La Licitud en el objeto
- d) Las formalidades

- a) La Capacidad.- Nestor de Buen dice, la capacidad de goce alude a la aptitud para la c6pula entre los -- contrayentes, que la ley fija en la edad requerida para contraer matrimonio (art. 148 del C6digo Civil), a la salud ffsica y mental de los contrayentes y a la no existencia de h6bitos viciosos como la toxico manfa o el alcoholismo (art. 156 fracciones I, VIII y IX del C6digo Civil).

En cuanto a la capacidad para celebrar el acto de - matrimonio (capacidad de ejercicio), los menores de edad requieren el consentimiento de quienes ejerce sobre ellos la patria potestad o la tutela (art. -- 149 y 150 del C6digo Civil). Este consentimiento - necesario (propriamente es una autorizaci6n), puede ser suplido por la autoridad administrativa, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin causa jus ta (art. 151 del C6digo Civil). (112) ;?)

Ortiz Urquidi, comenta; cuando faltan los padres o tutores, el juez de lo familiar de la residencia -- del menor, podr6 prestar el consentimiento para que pueda celebrarse v6lidamente el acto (art. 150, 151 y 152 del C6digo Civil).

- b) La Ausencia de Vicios de la Voluntad.- la voluntad ha de estar exenta de vicios. El error, vicia el - consentimiento si recae sobre la persona del contra yente, cuando entendiendo celebrar matrimonio con - persona determinada, se contrae con otra (art. 235 Fracci6n I del C6digo Civil).

La violencia que consiste en la fuerza o miedo graves, tiene especial importancia en el caso de raptó; porque la voluntad de la raptada no puede expresarse con libertad, hasta que se le restituya a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad (art. 156 fracción VII del Código Civil).

c) La Licitud en el Objeto.- La ilicitud del objeto -- tiene lugar en el matrimonio:

- 1.- Si existe parentesco por consaguinidad, por afinidad o por adopción, entre los cónyuges.
- 2.- Si ha habido adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio, siempre que éste adulterio haya sido comprobado.
- 3.- El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que queda libre.
- 4.- Finalmente la bigamia, (art. 156 fracciones III, IV, V, VI y X del Código Civil).

Además de la solemnidad del acto a la que nos hemos referido al tratar los elementos esenciales del matrimonio es necesario que en su celebración, concurren otros elementos de forma que constituyen requisitos de validez y se refieren al contenido del acto de matrimonio; por lo que es necesario distinguir la solemnidad del acto -- propiamente dicha, de las simples formalidades que debe contener el acta de matrimonio. (113)

Son solemnidades que han de constar en el acta, las siguientes: La expresión de voluntad de los consortes de unirse en matrimonio en presencia del juez del Registro Civil (art. 250 del Código Civil).

Son simples formalidades (requisitos de validez) los siguientes: la solicitud que previamente han de suscribir y presentar los contrayentes, la mención del lugar y la fecha en el acta de matrimonio; así como la edad, ocupación y domicilio de los contrayentes; la constancia de que son mayores o menores de edad y en este segundo caso, de que se presta el consentimiento de los padres; la de que no existe impedimento para celebrar el matrimonio y la mención de régimen patrimonial de los consortes, así como los nombres, apellidos y ocupación de los testigos (artículos 102 y 103 del Código Civil).

FINES DEL MATRIMONIO

Al referirnos a los fines del matrimonio, que ya quedaron vistos en capítulos anteriores, tal vez uno de los más importantes sea la Perpetuación de la especie (art. 147 del Código Civil), el derecho a la procreación libre entre los cónyuges (artículo 162 del Código Civil), con secuentemente la perpetuación de la especie implica tener relaciones sexuales pero éstas deben ser voluntarias entre los cónyuges sin violencia.

Por otro lado nuestro Código Civil no establece específicamente como una causal de divorcio en su artículo 267 falta de relaciones sexuales, pero sí se permite el di-

vorcio tratándose de relaciones sexuales injuriosas de acuerdo en lo establecido es la siguiente tesis jurisprudencial.

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION ESTABLECE.- DIVORCIO, ABSTENCION DEL DEBER CONYUGAL COMO CAUSAL INOPERANTE DE.- La abstención del débito conyugal no es una causal 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 aún cuando celebrado entre los esposos, no existe la injuria necesaria para decretar el divorcio; pero si al contrario obedece a un desprecio ofensivo de uno de los cónyuges para el otro, existe una injuria suficiente para considerar fundada la acción.

Cuando tal negativa por parte de la mujer, obedece al deseo de no morir para cuidar a los hijos procreados - esto no constituye una injuria para el marido y, por lo mismo no basta para hacer procedente la acción de divorcio. (114)

DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO MOTIVO DE DIVORCIO, LOS HA ESTIMADO ESTA SUPREMA CORTE COMO UNA CAUSAL AUTONOMA DESTACADA DE LAS OTRAS.- También considerada por la ley, y su aceptación como causal de divorcio es estricta y no lata y debe aparecer probada y suficientemente configurada, para determinar la disolución del vínculo matrimonial, en vista de que significa desho-

nor; descrédito y ofensa para el cónyuge ofendido y que por lo tanto hace imposible la vida en común por el pro fundo distanciamiento que existe entre ambos cónyuges.

Existen hechos que alguno de los cónyuges comete contra el otro que, por cuenta significan violación grave de los deberes mutuos de respeto y afecto, aun cuando no constituyan injurias desde el punto de vista del Dere cho Penal, sin embargo, no podría ponerse en tela de -- juicio de que sí se comprenden en la causal de divorcio "injuria grave" a que se refiere el Código Civil. (115)

RELACION JURIDICO CIVIL DEL CONCUBINATO

Respecto al concubinato podemos decir que nuestro ordenamiento Jurídico no lo regula como Institución en sí, lo que regula nuestro Derecho son algunas consecuencias jurídicas derivadas de esa unión libre; ya sea en favor de los hijos, o en favor de los concubinos siempre y -- cuando hayan vivido como si fueran marido y mujer (por lo menos 5 años), pudiendo ser este tiempo menor si han procreado; debiendo estar ambos libres de matrimonio.

En el primer capítulo de esta tesis se habló ya, de la -- naturaleza jurídica del concubinato, considerándose este como un mero hecho natural, una unión libre entre dos -- personas que no requiere de ninguna formalidad. El concubinato no es un contrato.

Surgen ciertos derechos y obligaciones entre los concubi -- nos cuando este es reconocido legalmente.

El concubinato puede disolverse en cualquier momento ya que lo único que une a la pareja es el deseo de estar juntos.

Entre los concubinos no existe ninguna obligación de tener relaciones sexuales ya que esto no se deriva de ningún acto jurídico a contrario sensu en el matrimonio, La Ley establece que uno de los fines de éste es la procreación.

Consecuentemente si se ha desvanecido el deseo de estar juntos en el concubinato, éste puede disolverse en cualquier momento.

TESIS JURISPRUDENCIALES RESPECTO AL CONCUBINATO

PRUEBA DEL CONCUBINATO.- El Concubinato es una unión libre de mayor o menor duración, pero del que no puede obtenerse un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra al interior de la morada de los concubinos, para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia común. (116)

FILIACION NATURAL, HIJO HABIDO EN CONCUBINATO. LEGALMENTE SE PRESUME HIJO DE LOS CONCUBINOS (LEGISLACION DEL ESTADO DE DURANGO).- El artículo 378 del Código Civil del Estado de Durango dispone que se presumen hijos del concubinario y la concubina: I.- Los hijos nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato; II.- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Esta presunción legal, evidentemente, rige si de las - constancias de autos y del acta de nacimiento del menor se prueba que existió el concubinato y que el nacimiento del menor ocurrió dentro del concubinato y no hay en autos prueba alguna que destruya los hechos en que se finca esa presunción legal, para atribuir legalmente la paternidad al concubinario. (117)

CONTINUACION DEL GRUPO FAMILIAR CON EL CONTRATO DE --- ARRENDAMIENTO. DECRETO DEL 24 DE DICIEMBRE DE 1948.- La afirmación que se haga en el sentido de que el decreto de prórroga de arrendamiento y congelación de rentas so lamente es aplicable en favor del inquilino y de los -- miembros de su familia legítima, no corresponde a una - correcta interpretación jurídica toda vez que la dispo sición legal no tiene esa taxativa pues dice que se pro rrogan. Por ministerio de ley, sin alteración de ningun a de sus clausulas, los contratos de arrendamiento de las casas destinadas exclusivamente a habitación, que - ocupen el inquilino y los miembros de su familia que -- viven con él, claramente se entiende que se refiere, co mo familiares, a las personas que conviven con el inquilino, en la casa arrendada, sean ascendientes, descen dientes, legítimos o naturales, colaterales, esposos o concubinos; tanto puede ser familiar un esposo o esposa como un concubino, y la ley protege a unos y a otros, - pues no puede desconocer que haya entre nosotros una manera peculiar de formar la familia: El concubinato. - Hasta ahora se habían que dado al margen de la ley los que en tal estado vivían pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser --

muy generalizado, en algunas clases sociales, y por eso se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo que es madre ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia.

Si bien se considera al matrimonio como la forma moral y legal de constituir la familia, se conceden efectos al concubinato, porque se encuentra muy generalizado, y aunque no se apruebe ni fomento, el legislador no lo debe ignorar. No hay nuevo contrato de arrendamiento que quede fuera de la protección del decreto del 24 de diciembre de 1948, cuando el propietario de la finca logra celebrar el posterior, con el hijo de la inquilina en el anterior, y ambos han venido ocupándola, desde la época de la celebración del de ésta, porque madre e hijos son integrantes del grupo familiar y el decreto citado rige para el inquilino y los miembros de su familia que viven con él. (118)

DERECHOS HEREDITARIOS DE LA CONCUBINA LEGISLACION DE MICHOACAN.- El artículo 1492 del Código Civil del Estado de Michoacán establece el derecho de heredar, para la mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Ahora bien el sentido natural de esta disposición legal, es que haya habido convivencia entre los concubinos igual a la que existe entre marido y mujer, y no puras relaciones sexuales, lo que implica

la comunidad del lecho y de la habitación, por ser esta una relación que debe existir entre esposos. Nota: Esta tesis se refiere al artículo 1492 del Código Civil del Estado de Michoacán vigente en el año en que se promovió el amparo respectivo. (119)

CONCLUSIONES

En el capítulo primero se estudió la institución del concubinato, podemos definirlo como la unión de un sólo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse, y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente bajo el mismo techo por un período mínimo de 5 años, pudiendo ser este plazo menor si han procreado.

En Roma la institución del concubinato es admitida social y jurídicamente, fue producto de una estratificación basada en la desigualdad de clases, el derecho romano reglamenta el concubinato y reconoce la producción de ciertos efectos, inclusive llegó a equipararse a el matrimonio por Usus, diferenciándose este por la ausencia de la Affectus Maritalis rigiéndose el concubinato como una verdadera institución social.

En nuestro país en los códigos civiles de 1870 y 1884 no encontramos disposición alguna sobre el concubinato, es hasta el código de 1928 actualmente en vigor que ha reconocido ciertos efectos de derecho derivados del concubinato, como son derecho de carácter económico a los concubinos y algunos otros en relación con la investigación de la paternidad respecto de los hijos de éstos.

En el capítulo segundo se estudió la institución jurídica del matrimonio, entiéndase por matrimonio; la unión de un sólo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. Para el derecho canónico el matrimonio es un contrato natural elevado a la dignidad

de sacramento solemne; cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la iglesia a presenciarse el acto, la unión de los esposos es la imagen de la unión de Cristo con la iglesia y como esta indisoluble. El matrimonio ha tenido su evolución pasando por diferentes etapas; promiscuidad primitiva, matrimonio por grupos, matrimonio por raptos, matrimonio por compra, hasta llegar al matrimonio consensual.

La naturaleza jurídica del matrimonio ha sido considerada desde distintos puntos de vista, matrimonio como institución, como acto jurídico condición, como contrato ordinario, como contrato de adhesión, como estado jurídico, como acto de poder estatal, como un acto mixto y como un sacramento.

Los cónyuges están obligados, a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Tienen derecho a decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, este derecho lo ejercerán de común acuerdo. Vivirán juntos en el domicilio conyugal, entendiéndose este el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de estos en los términos que la ley establece, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales.

En el tercer capítulo se hace un somero análisis del delito de violación, entendiéndose este la cópula con persona de cualquier sexo obtenido por medio de la

violencia física o violencia moral. Por Petit define a la violación la cópula con persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o vis compulsiva.

La pena en el delito de violación a través de la historia ha tenido diferentes sanciones. En Egipto al violador se le castigaba con la castración, entre los hebreos con la pena de muerte, el código de Manú aplicaba al violador pena corporal, siempre que la mujer no fuera de su misma clase social ni prestara su consentimiento, ya que si se daban 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 esta consentía, y en caso contrario se le condenaba a muerte, la ley de los sajones la castigaban con una multa que era disminuida si la víctima consentía, en Inglaterra Guillermo el Conquistador impuso la pena de ceguera y la de castración, la Constitución de Carolina impuso la pena de muerte, actualmente nuestro Código Penal castiga al violador con una pena de 6 a 8 años de prisión si la persona violada fuese púber y de 6 a 10 años si es impúber.

El delito de violación lo podemos clasificar: violación propia, impropia y tumultuaria.

Entiéndase por violación propia la violación genérica, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con persona de cualquier sexo.

Violación impropia o equiparada es aquella relación sexual que se obtiene con persona menor de 12 años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, o de re

sistir la conducta delictuosa.

La violación tumultuaria la encontramos establecida en el artículo 266 bis de nuestro ordenamiento jurídico, y ésta se da cuando es cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas.

Existe una relación entre el delito de violación y el delito de aborto en los casos de aborto cuando el embarazo es producto de una violación ya que de acuerdo a lo establecido en el artículo 333 del Código Penal estos abortos no serán punibles.

En el capítulo cuarto analizamos los elementos del delito de violación; conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. En la violación la conductatípica se integra por el acceso carnal o cópula siempre y cuando ésta se realice mediante el empleo de la violencia física o violencia moral con persona púber o impúber.

La tipicidad es la adecuación de la conducta a la norma jurídica, al tipo; y el tipo consiste en la descripción que hace el legislador del delito. El tipo es la creación legislativa, la descripción que hace el estado de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

La tipicidad en el delito de violación consistirá en adecuación a lo prescrito por la ley o sea que exista cópula realizada por medio de la violencia física o violencia moral con persona de cualquier sexo.

La antijuricidad es lo contrario al derecho, actúa

antijurídicamente quien contradice un mandato del poder, - la antijuricidad es la oposición a las normas de la cultura reconocidas por el estado, en la violación la antijuricidad consiste en que la violencia debe ser ilegítima el yacimiento a de ser ilícito, la conducta en la violación será antijurídica cuando siendo típica no exista una causa de licitud en caso de que proceda.

Podemos definir la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.

La culpabilidad en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos en el artículo 8 que divide a los delitos en intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales.

Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la ley. Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico, incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones le imponen. - Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor la querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia.

La punibilidad en el delito de violación la encontramos establecida en el artículo 265 del Código Penal estableciendo una pena de 6 a 8 años de prisión si la persona violada fuese púber y de 6 a 10 años si la persona violada es impúber.

En el capítulo quinto se vió sobre la problemática de si existe o no la violación entre cónyuges y concu

binos, sobre esta cuestión existen tres posturas, hay quienes afirman que sí existe la violación entre cónyuges, y por el contrario hay quienes niegan que se de el delito de violación, y una tercera postura que sostiene que no se dá el delito de violación entre cónyuges sino que se da otro delito. Sobre el cuestionamiento de sí existe el delito de violación entre concubinos, hay -- quienes afirman que no se da el delito de violación entre concubinos y por el contrario hay quienes afirman - que sí existe el delito de violación.

PRIMERA CONCLUSION.- El concubinato no se encuentra reglamentado por nuestro derecho, nuestro ordenamiento jurídico sólo se ocupa de algunas consecuencias que se derivan de ese tipo de uniones irregulares, como son derecho a heredarse entre los concubinos, alimentos para los hijos de estos, y algunos otros en relación con la investigación de la paternidad de los hijos de los concubinos.

SEGUNDA CONCLUSION.- No son jurídicamente concubinato las uniones transitorias entre un hombre y una mujer ya que para que este se de se requiere que vivan 5 años como mínimo.

TERCERA CONCLUSION.- El concubinato no es un contrato es un mero hecho, carece de formalidad se puede poner fin a esta relación en cualquier momento.

CUARTA CONCLUSION.- El matrimonio es un contrato de naturaleza jurídica compleja, ya que existe acuerdo de voluntades entre dos personas para llevar a cabo este acto, pero al mismo tiempo los derechos y obligaciones que

se derivan de ese acuerdo de voluntades las impone el estado.

QUINTA CONCLUSION.- Considero que es muy baja la pena que establece nuestro Código Penal al violador al imponerle de 6 a 8 años de prisión si la persona violada es púber y si es impúber de 6 a 10 años; ya que el violador cumple su condena y nuevamente se incorpora a sus actividades, a la sociedad; y muchas de las veces hasta sigue delinquiendo y en el caso de la persona violada, esta sufre un daño moral para toda la vida, los traumas que le dejan ese acto brutal jamás lo supera.

SEXTA CONCLUSION.- Opino que si se da la violación entre cónyuges. De acuerdo a lo establecido en el artículo 147 del Código Civil, se establece como uno de los fines del matrimonio la procreación, en este precepto están implícitas las relaciones sexuales, pero estas deben ser voluntarias sin violencia, no puede alegar el ejercicio de un derecho derivado del matrimonio el cónyuge que utiliza violencia para llegar a la cópula ya que se estaría atentando a la libertad sexual de la pareja, en todo caso tiene que hacer valer su derecho ante los tribunales, ahora bien; analizando el concepto de delito dado por nuestro Código Penal en su artículo 265 establece: comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con persona sea cual fuere su sexo, de acuerdo a este precepto en cónyuge que ejerce violencia para llegar a la cópula su conducta se adecúa al tipo penal, consecuentemente considero que sí hay violación.

Respecto al concubinato opino que sí se da la violación, ya que si existe la unión libre es porque así lo desea la pareja, y las relaciones sexuales son voluntarias,

pudiéndose disolver esta unión en cualquier momento, ya que lo único que une a los concubinos es la voluntad de cohabitar y por ende voluntad para conducirse libremente en sus relaciones sexuales, caso contrario dejaría de existir la relación de concubinato y por añadidura la relación existente de manera libre, consecuentemente existe el delito de violación entre concubinos al obtenerse la cópula por medio de la violencia física o violencia moral.

PIE DE PAGINA

- (96) Porte Petit. Ensayo Dogmático sobre el Delito de - violación, págs. 60 y 61.
- (97) Jiménez de Asúa, Derecho Penal, Tomo I, pág. 273.
- (98) Groizard, El Código Penal de 1870, Tomo V, pág. 27 Madrid, 1913.
- (99) Raúl Carrancá y Rivas, Código Penal anotado, pág. 253, 7a. edición, 1978.
- (100) Cuello Quiñ, Derecho Penal, Tomo I, pág. 273, 8va. edición, Barcelona, 1947.
- (101) Manzini Trattato di Diritto Penale Italiano, Vol. VII, pág. 263. Torino, 1946.
- (102) Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo III, pág. 345, 5a. edición, Buenos Aires, 1956.
- (103) Vanini Quid Iuris? Manuale Diritto Penale II dilito di violenza Carnale III, pág. 5, Milano, 1949.
- (104) Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de -- Violación, págs. 52 y 53, Edit. Porrúa, S.A. México D.F.
- (105) González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, págs. 400 y 401, Edit. Porrúa, México, D.F.

- (106) Anales de Jurisprudencia XXXIV, pág. 523.
- (107) Jurisprudencia, Apéndice 1917-1975, Primera Sala, pág. 729 y 730, séptima época. segunda parte, Vol. V. Amparo Directo 5323/72, José Luis Figueroa Romero, Unanimidad.
- (108) Manfredini, Dilitti Contra la Moralita Pública Costume, pág. 152, Milano, 1934.
- (109) Vanini Quid Iuris? Manuale di esercitazioni Pratiche in Diritto Penale, II, dilitto diviolenza - Carnale III, pág. 6, Milano 1945.
- (110) Gómez, Las Leyes Penales anotadas, Vol. III, pág. 67, Buenos Aires, 1953.
- (111) Galindo Garfias, Derecho Civil, personas, familia; primera edición, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1973.
- (112) Nestor de Buen Lozano, El Consentimiento en el Matrimonio de Menores en Estudios Jurídicos en Homaje a Manuel Borja Soriano, Universidad Latinoamericana, págs. 269 y sigs. Edit. Porrúa, S.A. - México, D.F. 1969.
- (113) Raúl Ortiz Urquidi, Matrimonio por comportamiento México, 1955, pág. 55, op. cit., Rafael Rojina -- Villegas, Tomo II, Vol. 1, pág. 365.
- (114) Amparo Directo 2576/1975, Ramón Alvarez Durán, -- Noviembre 11 de 1974, mayoría 3 votos. Ponente - Ramón Palacios Vargas, Tercera Sala, séptima época. Vol. 71, 4a. parte Boletín 11 y 12 del semanario Judicial de la Federación, pág. 52.

- (115) Amparo Directo, 3826/57, Alicia Lara de Platas.
31 de julio de 1959, mayoría de 3 votos ponente -
José Lara Lira, sexta época.
- (116) Amparo Directo, 825/68, Francisco García Coyoc.
20 de junio de 1969, 5 votos, ponente Enrique Mar-
tínez Ulloa, pág. 39, Tomo VI séptima época.
- (117) Amparo Directo, 3571/73, Angel Rivas Barraza, 16
de octubre de 1974, 5 votos, ponente; Ernesto So-
lis López, pág. 43, Tomo VII, séptima época.
- (118) Amparo Directo, 3100/66, Miguel Morales, 16 de --
octubre de 1967, 5 votos, ponente; Rafael Rojina
Villegas, pág. 43, Tomo CXXIV, sexta época.
- (119) Torres Arias Concepción, pág. 1957, Tomo LXIX, 4
de agosto de 1941, 4 votos, quinta época.

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

El concubinato (En el Derecho Civil Argentino y comparado Latinoamericano Eduardo A. Zannoni, Ediciones Depalmar Buenos Aires 1970.

El consentimiento matrimonial y sus anomalías y vicios como causa de nulidad. Victor Reyna Editorial Ariel, - Barcelona.

Estudios de Derecho Matrimonial, Enrique Lalaguna ---- Domínguez Editorial Rialp, S.A. Madrid 1962.

Derecho de Familia, Antonio de Ibarrola, Editorial --- Porrúa, S.A. Madrid 1962 Primera Edición.

El Matrimonio, Jorge Mario Magallón Ibarra, Tipográfica Editora Mexicana, S.A. México, DF., 1965 página 109.

El Derecho de Familia, Antonio Cicu, Traducción de Santiago Sentís Melendo.

Tratado Elemental de Derecho Civil, Marcel Planiol, traducción de la 12a. Edición por el Lic. José M. Cajica Jr.

Matrimonio por comportamiento, Raúl Ortíz Urquidí (Tesis Doctoral).

Derecho de Familia, Sara Montero Duhalt, Editorial Porrúa S.A. 1a. Edición 1984.

Enciclopedia Jurídica Omeba XXVI.

Delitos Sexuales (En la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano).

Dr. Alberto González Blanco Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición 1974.

Código Penal Anotado, Raúl Carrancá y Trujillo, Raúl --- Carranca y Rivas Editorial Porrúa 1978 Séptima Edición.

Derecho Penal Comentado Francisco González de la Vega, - Editorial Porrúa Tercera Edición 1976.

Derecho Penal Mexicano, (los delitos) Francisco ---- González de la Vega, Editorial Porrúa, Décimo Quinta Edición 1979.

Estudio Dogmático del Delito de Violación, Celestino --- Porte Petit, Editorial Porrúa.

Ediar Soc. Anón Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Tucuman Buenos Aires 1947.

La Ley y el Delito (Principios de Derecho Penal), Luis Jiménez de Asúa. Primera Edición, Editorial Hermes.

Lineamientos elementales de Derecho Penal (Parte General), Fernando Castellanos Tena, Vigésima Cuarta Edición Editorial Porrúa, S.A.

Lecciones de Derecho Penal (Parte General), Francisco Pavon Vasconcelos, Tercera Edición Editorial Porrúa, --- S.A., México, 1976.

Derecho Penal Argentino, Soler, Tomo III.

Diccionario de Derecho Procesal Penal. Marco Antonio Díaz de León, Tomo II, Editorial Porrúa 1986.

Derecho Penal Mexicano, (Tomo II, La Tutela Penal de la Vida, e Integridad Humana).

Mariano Jiménez Huerta, Editorial Porrúa, S.A., 1984

Delitos Sexuales, Marcela Martínez Roaro.

El Delito de Violación, José O. Mendoza Durán, Colección Nereo Madraso 157 Barcelona.