

102
2ej'



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA COPULA VIOLENTA ENTRE CONYUGES DEBE
SANCIONARSE COMO EJERCICIO INDEBIDO
DEL PROPIO DERECHO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARIBEL BOJORGES BELTRAN

DIR. TESIS: LIC. CARLOS DAZA GOMEZ



MEXICO, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1991



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

**LA COPULA VIOLENTA ENTRE CONYUGES DEBE SANCIONARSE
COMO EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO**

INTRODUCCION	1
 CAPITULO PRIMERO	
I. CONCEPTO DE VIOLACION	4
A. ETIMOLOGICO	4
1. GRAMATICAL	4
B. CONCEPTO DOCTRINARIO	5
C. CONCEPTO JURIDICO	6
II. CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION	7
A. CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION	7
1. VIOLACION PROPIA	7
2. VIOLACION EQUIPARADA	8
3. VIOLACION IMPROPIA	8
4. VIOLACION PLURISUBJETIVA	9
III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE VIOLACION.	10
A. COPULA	12
B. VIOLENCIA FISICA O MORAL	15
C. JURISPRUDENCIA	20
CAPITULO SEGUNDO	
I. ANTECEDENTES HISTORICOS	27
A. EN EL MUNDO	27
B. EN MEXICO	30
1. EPOCA PRECORTESIANA	30
2. EPOCA COLONIAL	32

II.	EL MATRIMONIO	35
	A. ETIMOLOGIA DEL MATRIMONIO	35
	B. CONCEPTO JURIDICO	35
	C. ANTECEDENTES DEL MATRIMONIO	35
	MATRIMONIO CONSENSUAL	37
	D. LA NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO	38
	1. INSTITUCION	38
	2. ACTO JURIDICO	39
	3. CONTRATO ORDINARIO	39
	4. CONTRATO DE ADHESION	40
	E. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL MATRIMONIO	41
III.	CONCUBINATO	44
	A. ETIMOLOGIA	44
	B. JURIDICO	44
	C. BREVE RESERA HISTORICA DEL CONCUBINATO	45
	D. DERECHO COMPARADO	46
	1. ESPAÑA	46
	2. FRANCIA	46
	3. MEXICO	47
	E. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCUBINATO	47
	F. NATURALEZA JURIDICA DEL CONCUBINATO	49
IV.	FUNDAMENTO JURIDICO DEL MATRIMONIO	50
	A. REGIMEN JURIDICO	53

CAPITULO TERCERO

I.	ELEMENTOS DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO. ART. 226 CODIGO PENAL VIGENTE	59
	A. AL QUE	59
	B. DERECHO	59
	C. PRETENDIDO DERECHO	60
	D. VIOLENCIA	60

II.	DIVERSAS CORRIENTES JURIDICAS SOBRE LA COPULA VIOLENTA ENTRE CONYUGES.	63
A.	CORRIENTE DOCTRINARIA QUE ADMITE LA VIOLACION ENTRE CONYUGES.	63
B.	CORRIENTE DOCTRINARIA QUE NO ADMITE LA VIOLACION ENTRE CONYUGES.	64
C.	CORRIENTE DOCTRINARIA QUE EXISTE UN DELITO DIVERSO	66
III.	DERECHO COMPARADO	71
A.	ESPARA	71
B.	CUBA	72
C.	QUERETARO	73
D.	ESTADO DE MEXICO	74
E.	GUERRERO	75
CAPITULO CUARTO		
I.	TEORIA DEL DELITO	78
A.	CONDUCTA O HECHO	78
1.	AUSENCIA DE CONDUCTA	80
B.	TIPICIDAD	82
1.	CAUSAS DE LA TIPICIDAD	87
C.	ANTI JURIDICIDAD	90
1.	CAUSAS JUSTIFICACION	95
D.	CULPABILIDAD	97
1.	INCUPLABILIDAD	102
	CONCLUSIONES	106
	BIBLIOGRAFIA	108
	LEGISLACION CONSULTADA	110

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

Al cursar la materia de Derecho Penal en su parte especial, y al estudiar el delito de violación, me llamó la -- atención todas las complicaciones que lleva consigo tanto ffsicas como mentales y ahora que me enfrento a realizar mi -- trabajo recepcional, decidí tocar el tópicó de violación entre cónyuges y la gran polémica que surge en este tema.

Desde mi punto de vista el derecho penal protege los bienes jurídicos de cada persona y tiende a conservar la - - unión de la familia.

Al aplicar una sanción de 8 a 14 años a un cónyuge - por cópula violenta, considero que está atentando contra su propio fin, que es el de conservar el núcleo familiar y la - protección de los bienes jurídicamente tutelados.

Esto no quiere decir que debe quedar impune dicha -- conducta, debe sancionarse, pero aplicando el tipo penal de ejercicio indebido del propio derecho ya que encuadra la conducta del acto en dicho precepto y se obtienen mayores beneficios para la familia.

Con ésto vendría a darse solución a la problemática ya que la familia seguiría unida al alcanzar libertad bajo fianza el sujeto activo, y al ser de querrela, los cónyuges solucionarían sus diferencias en forma privada, y el derecho penal cumpliría con sus finalidades, ésto es, preservar el núcleo familiar y sancionar la conducta antijurídica del cónyuge.

El presente trabajo lo divido en cuatro capítulos:

En el primero expongo un concepto de violación desde diversos aspectos, hago una clasificación del delito de violación y analizo los elementos constitutivos del mismo.

En el capítulo segundo hago una reseña histórica -- del delito de violación, para entrar al estudio y el análisis del concepto de matrimonio y realizo un breve análisis del concubinato.

En el capítulo tercero versa el artículo 226 del Código penal vigente analizando cada uno de sus elementos del tipo ejercicio indebido del propio derecho incluyendo las diversas corrientes jurídicas que habla de la cópula violenta.

ta entre cónyuges y transcribió el derecho comparado de algunos países europeos como en la República Mexicana.

En el último capítulo hago un estudio dogmático de delito de violencia aplicando la teoría tetraatómica.

Para llegar a las conclusiones y por último a la bibliografía.

CAPITULO PRIMERO

1. CONCEPTO DE VIOLACION

A. ETIMOLOGICO

Violación viene del latín violatio que es la acción y efecto de violar.

"Delito en que incurre la persona que tiene cópula carnal contra cuyo defectuoso estado somático funcional, anormalidad mental y cualquier otro origen, le impidan resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexual ". (1)

"Es la violencia que se hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad. La prueba de este delito es tan difícil, que algunos legisladores han prohibido admitir quejas de violencia no siendo evidente y real". (2)

1. GRAMATICAL

"Violación: La violación es el acceso carnal logrado en los siguientes casos: 1) Con fuerza o intimidación.

1) Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Pag. 1407

2) Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia con Suplementos. Editorial Nueva Edición. Pag. 1538

B. CONCEPTO DOCTRINARIO

Porte Petit. Debe entenderse por violación, la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de vis absoluta o de la vis compulsiva". (3)

González de la Vega. Considera que es la "imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o de la intimidación moral". (4)

Maggiore. Consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de la violencia o amenazas. (5)

Fontan Balestra. Debe entenderse la violación como el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta.

Osorio y Nieto Cesar Augusto. La violencia es la imposición de la cópula sin consentimiento, por medios violentos. (6)

-
- 3) Porte Petit, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de violación Editorial Porrúa, S.A. 4a. Edición, México, D.F. 1985. Pag. 12
 - 4) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 12a. Edición. México, D.F. 1986. Pag. 381
 - 5) Porte Petit, Celestino. Op. Cit. Pag. 12
 - 6) Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa, S.A. 3a. Edición. México, D.F. 1985. Pag. 203

Estriche. Define a la violación como la violencia que se le hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad. (7)

Carrara. Considera a la violación como el conocimiento carnal y que recae sobre una persona renuente y se logra por el uso de la violencia verdadera o presunta. (8)

C. CONCEPTO JURIDICO

El Código Penal en su artículo 265 establece: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con -- persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años".

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

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. (9)

7) Estriche. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Volumen II Madrid, 1847. Pag. 94

8) Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 3a. edición México, D.F. 1978. Pag. 250

9) Código Penal. Colección Porrúa, S.A. 48a. Edición México, 1991 Pag. 99

II. CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION

El título decimoquinto. Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

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

De acuerdo al Derecho Penal vigente; encontramos la siguiente:

A. CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION.

El delito de violación lo podemos clasificar:

- 1) Violación propia (Art. 265 Código Penal)
- 2) Violación equiparada (Art. 265 párrafo tercero)
- 3) Violación impropia (Art. 266 Código Penal).
- 4) Violación plurisubjetiva (Art. 266 Bis Código Penal)

1. VIOLACION PROPIA

Artículo 265 Código Penal, 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 8 a 14 años.

2. VIOLACION EQUIPARADA

Artículo 265, Párrafo Tercero. Se sancionara con prisión de 3 a 8 años, al que introduzca por vfa vaginal o anal - cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo - del ofendido.

3. VIOLACION IMPROPIA

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

I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de 12 años; y

II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del me dio o por cualquier causa no pueda resintirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentara en una media.

4. VIOLACION PLURISUBJETIVA.

Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la pena de prisión será de las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentará hasta en una mitad de su mínimo y máximo.

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.

III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE VIOLACION

Creemos que no es valido sobre todo por la finalidad de este trabajo, aclarar cual es el delito más grave de los -- llamados delitos en contra de la libertad sexual; pero no cabe duda de que la violación, de cualquier tipo y bajo cualquier -- circunstancia, es un delito muy actual.

Analizaremos los elementos del delito de violación de acuerdo a la Suprema Corte.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto "Las constitutivas de este delito son: el ayuntamiento; -- que este se verifique por medio de la violencia física o moral y que el agente pasivo no preste su voluntad; las señales de -- violencia que presente dicho agente pasivo, si no se comprueba que fueron el resultado de actos para vencer su falta de volun -- tad, no puede ser elemento para considerar que existe el delito. El dictamen pericial no puede comprobar, en manera alguna, la falta de voluntad del ofendido; por otra parte, es evidente -- que la definición del delito requiere la falta de voluntad --- cuando principia el acto, aun cuando después venga el arrepentimiento, pues de no darse esta interpretación a los preceptos legales relativos, estos resultarían antijurídicos y contra -- rios a la naturaleza, porque se castigaría a la víctima de un engaño, o cuando menos, de un arrepentimiento, del cual no es culpable, y porque la naturaleza del acto debilita el libre --

albedrío, y hace imposible suspender aquel, cuando el pariente manifiesta su falta de voluntad o arrepentimiento". (10)

El tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales ha establecido que "... el delito de violación se integra por tres distintos elementos: uno primero material, la consumación de la cópula, un segundo de la misma naturaleza y que consiste en el empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coerciones morales, siendo necesario a este respecto hacer notar que el empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral, en virtud de la intimidación que produce en la víctima. Hay finalmente, un tercer elemento que es la cópula realizada con violencia, se verifica en ausencia de la voluntad de la víctima". (11)

El tratadista Jiménez Huerta en su libro "Derecho Penal Mexicano" Tomo III dice: "Los elementos constitutivos de esta figura típica son la cópula y la violencia física o moral o la edad menor de doce años del sujeto pasivo u otras causas -- que impiden a este producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir". (12)

10) Semanario Judicial de la Federación, XXV. Pags. 1133 y 1134

11) Anales de Jurisprudencia. XIII. Pag. 236

12) Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. 252

A. LA COPULA

Porte Petit dice que hablar de la cópula única y exclusivamente no tiene importancia jurídica penal alguna, puesto que ella debe ir relacionada a los medios empleados, si se trata de violación propia, o a otras situaciones, en cuanto a la violación impropia. (13)

El artículo 265 de nuestro Código Penal, no hace ninguna referencia a la cópula normal, sino que menciona simplemente "cópula con una persona". Se considera que es acertado considerar que el delito de violación abarque tanto la cópula normal (introducción del pene a la vagina) como la cópula contra natura.

Para algunos autores la cópula contra natura puede incluirse en el artículo 260 del propio Código que dispone que "a) que sin consentimiento de una persona puer o impuber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto --erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión o multa de cinco a cincuenta pesos".

Copular significa desde el punto de vista jurídico la unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas.

13) Porte Petit, Celestino. Op. Cit. pag. 15

Los actos de obscenidad sobre un cadáver, quedan subsumidos en la Fracción III del artículo 281 del Código Penal aún en el caso de que la muerte acontezca a consecuencia de las violencias desplegadas para obtener la cópula, pero antes de la unión carnal. Esta debe producirse entre partes somáticas, es decir, - entre los cuerpos de los sujetos activo y pasivo. No existe cópula si en el cuerpo de la mujer son introducidas en forma - no naturales, secreciones masculinas aún cuando éstas conserven todavía potencialidad biológica. Es decir, se puede afirmar - que la inseminación artificial mediante violencias no constituye cópula carnal. (14)

La cópula se consuma en el mismo instante en que se -- produce la introducción, aunque fuese incompleta del miembro viril en la abertura vulvar, anal u oral sin que sea preciso - que se afectue la inmisio seminis. (15)

Cabe señalar que los Códigos Penales de Francia (artículo 372, primer párrafo), Alemania (artículo 167) y España -- (artículo 429) constituyen el delito bajo el esquema de que -- únicamente la mujer podía ser sujeto pasivo y el hombre sujeto

14) Carranca y Trujillo, Raul. Derecho Penal Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986

15) González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa, S.A. Pag. 307

activo primario. Así era la concepción clásica; sin embargo fué Martínez de Castro quién rompió con esa idea, al establecer en el artículo 795 del Código Penal de 1871 que "comete delito de violación el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo". Groizard en ocasión de comentar el Código Penal Español de 1870 muestra su adhesión al criterio seguido en el Código Penal Mexicano.

El Código Penal de Italia de 1889 siguió abiertamente el criterio del Código de Martínez de Castro, pues su artículo sancionaba, al que con violencia o amenaza obligue a una persona del uno o del otro sexo a conjunción carnal. En el artículo 519 del Código de Rocco se sigue, aunque menos explícitamente, el mismo criterio pues castiga, al que con violencia o amenaza obligue a alguno a la conjunción carnal. La opinión dominante en Italia con base en la frase "obliga a alguno", contenida en el citado artículo combinó en que tanto la mujer como el hombre podían ser sujeto pasivo y este mismo criterio impera abiertamente en los Códigos Penales Argentino (artículo 119) Costarricense (artículo 216), Ecuatoriano (artículo 487), Panameño (artículo 281), Uruguayo (artículo 272) y Venezolano -- (artículo 373).

Con base en lo expuesto podemos decir que en todos los Códigos Penales citados, la cópula con violencia no la puede -

realizar el varón en la mujer por vía vaginal, anal u oral y en el hombre por vía anal u oral. Son indiferentes las cualidades personales del sujeto, pues desde el instante en que el bien jurídico tutelado en el delito en estudio, es la libertad sexual, todos los seres humanos pueden ser sujetos pasivos.

Existe todavía cuestionamiento de que si la mujer puede ser sujeto activo de este delito; es decir, si además del varón que es el sujeto activo en la mayoría de los casos, puede también serlo la mujer. Consideramos que la mujer pueda ser sujeto activo, pues para ello no existe ningún obstáculo, verbi gracia es factible que una mujer sujete e intimide a la víctima de acuerdo a las reformas del artículo 265 del Código Penal ya antes mencionado comete el delito mediante la introducción anal, vaginal u oral de cualquier objeto.

Jiménez de Asúa comenta: "... el acceso carnal es una función perfectamente ajena al derecho punitivo, si no va acompañado (salvo hipótesis de menor edad penal de la víctima) de violencia o de fraude. (16)

B. LA VIOLENCIA FISICA O MORAL

Ya anteriormente en este trabajo se habló de la violencia física (vis absoluta) y de la violencia moral (vis compul-

16) Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Tomo II Pags. 565 y siguientes.

siva). Un poco a manera de resumen expresaremos lo que significan estos elementos del delito de violación.

La violencia física o vis absoluta es uno de los medios para la comisión del delito, entendida como la conducta del sujeto activo que por la fuerza obliga a la víctima al acceso carnal. Esta debe ser real y de tal naturaleza que haga disminuir la resistencia del sujeto pasivo para la obtención de la cópula. En la doctrina, como ya dijimos, se discute que si la mujer puede cometer el delito de violación haciendo uso de la fuerza física.

Es importante hacer hincapié en que la resistencia debe ser seria y constante; es decir, seria cuando esta exenta de simulación, refleja una auténtica voluntad contraria y es constante cuando es mantenida hasta el último momento excluyendo aquella que existe al comienzo y posteriormente cede para participar en el recíproco goce.

"Importante es señalar que el juzgador debe siempre -- conservar una gran astucia para dilucidar si faltó o no la voluntad de la mujer así como la conducta posterior de ésta". (17)

La fuerza o violencia debe recaer sobre la propia persona del sujeto, sin perjuicio de que la ejercida sobre estas

17) Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pag. 261

puedan tener trascendencia contemplada desde luego, desde otro punto de vista; que se considere una intimidación o violencia moral por ser enunciativa y demostrativa de lo que el sujeto activo hará con su futura víctima si ésta opone resistencia a -- sus propósitos. Lo mismo ocurre con la violencia física ejercida sobre quienes, por razón de amor o parentesco tenga lazos de identidad con la persona con la que se requiere tener la antijurídica cópula.

El empleo de la violencia física es inoperante para la integración del delito en examen, en aquellos casos en que su uso no tiene como fin reducir la voluntad ajena, por ser espontánea la entrega sexual, sino motivada por perversión sádica, esta hipótesis, puede dar responsabilidad por delitos diversos, por ejemplo lesiones personales, etc.

La violencia moral o vis compulsiva puede consistir en presiones, amenazas y actitudes que adopte el sujeto activo -- del delito para obtener la conjunción carnal. Es la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula. También según anota Carrancá y Trujillo debe ser seria, grave o de cual derive un -- mal inminente o futuro.

Es importante apuntar que no cualquier amenaza de un -- mal basta para constituir la vis compulsiva; es indispensable

que ese mal sea grave, presente e irreparable, aunque se reconoce que sobre las condiciones del temor no pueden establecerse reglas absolutas, pues en gran medida influye el carácter de la víctima elegida.

El mal con que se amenace puede recaer sobre cualquier interés jurídico de naturaleza personal; puede ser la vida, la integridad corporal, honor, etc. Puede recaer también sobre cualquier interés jurídico patrimonial, siempre que se refiera a bienes de gran valor.

Para algunos autores el mal con que se amenaza tiene que ser injusto, aunque este requisito no debe ser exigido por que también la amenaza sobre algo justo puede constreñir la libertad sexual, cuya esencia consiste en el interés de la persona en que no sean realizados actos de disposición sexual sobre su propio cuerpo.

En atención a lo que para el autor Jiménez Huerta constituyen los elementos del delito a estudio, brevemente se mencionará la circunstancia de que el sujeto pasivo sea menor de doce años y aquellas circunstancias que impiden al sujeto pasivo, producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales.

Por lo que respecta al sujeto pasivo menor de doce años se afirma que hay violación cuando se cópula con una per-

sona menor de doce años, pues la Ley Penal establece con carácter general que el consentimiento que pueda dar un menor de dicha edad carece de validez jurídica, ya que quien lo otorga no está capacitado para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y como consecuencia, la cópula con estas circunstancias encierra un ataque contra la libertad sexual, en virtud del principio de que todo hecho realizado sobre una persona sin voluntad válida encierra un atentado contra su libertad.

El artículo 266 del Código Penal, además de mencionar una edad específica, hace referencia a "...la cópula con persona...", que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales..."

La cópula que se efectúe con persona imposibilitada -- aún con su consentimiento, este último adolece del vicio de nulidad, con el mismo que se sancionan los actos que se realizan con personas que no se encuentran en su cabal juicio. El consentimiento prestado en tales circunstancias carece de valor para investir la licitud de la conjunción carnal, ya que es un consentimiento inválido por provenir precisamente de -- una persona que se encuentra en una imposibilidad de querer y consentir una normal motivación.

C. JURISPRUDENCIA

El máximo tribunal la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia con respecto al delito de violación y por el cual entiende como aquel, el que es realizado por un individuo que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sea cual fuere su sexo, criterio que se apoya con la siguiente tesis jurisprudencial:

VIOLACION, EXISTENCIA DEL DELITO DE. NO SE EXTINGUE CON EL MATRIMONIO DEL ACUSADO Y LA OFENDIDA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). "Es infundada la reclamación del inculpado en el sentido de que por efecto de que contrajo matrimonio con la ofendida, quedo extinguida la acción penal - que en su contra se ejercito por el delito de violación por equiparación, en atención a que esa causa sobreviene de extinción, solo opera conforme al artículo 245 del Código de - Defensa Social del Estado de Chihuahua, que es de los que se persiguen por querrela, lo que no ocurre con el de violación". Séptima Epoca: Segunda Parte. Vol. 84, Pag. 69 A.D. 710/75 Vicente Bocanegra Rodríguez. Unanimidad de 4 votos.

VIOLACION DE MUJER CASADA. QUERRELLA NO NECESARIA SI EL MARIDO COADYUVA EN EL ILICITO (LEGISLACION DEL ESTADO DE MICHOACAN). El artículo 245 del Código Penal del Estado de - Michoacan 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 necesaria además, la anuencia de la ofendida. Dentro de una correcta interpretación del anterior dispositivo legal, debe entenderse que al estatuir el requisito de querrela, el legislador quiso respetar el pudor de la mujer, que si bien ha sido víctima de la violación, prefiere ocultar sus consecuencias, no debiéndose causar un segundo mal haciendo público, en contra de su voluntad y por el camino de la injusticia, el hecho acontecido. Sin embargo, la discreción que el legislador quiso precaver, pierde su razón de ser en casos en el que el propio marido, movido por el despecho, coadyuva con otros para que violen a su esposa. Ante tal situación, ya no es necesaria la querrela, como requisito de procedibilidad penal, porque el evento perdió su carácter secreto y la deshonor trascendió al conocimiento público. En suma: El requisito de procedibilidad de la querrela en el delito de violación, fue estatuido por el legislador, no en beneficio del sujeto activo, propiciando su impunidad, sino en gracia a la ofendida, facilitándose mantener el secreto de su honra mancillada".

Séptima Epoca: Segunda Parte; Vol. 50 Pag. 27 A"D" 5323/72.
Jose Luis Figueroa Romero. Unanimidad de 4 votos.

También nuestros tribunales han establecido la siguiente tesis jurisprudencial:

"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, aquellas en -- que intervenga el uso de anticonceptivos y las cópulas con enfermos que padecen males transmisibles, porque estos ayuntamientos serían ilícitos, considerandose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge 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".

Anales de Jurisprudencia, XXXIV, Pag. 523.

"VIOLACION, DELITO EQUIPARADA A LA: Independientemente de la edad de la ofendida, el delito que la doctrina y la ley equiparan a la violación lo configura la sola cópula - carnal con persona cuyo defectuoso estado somático funcional, anormalidad mental o cualquier otra causa de carácter patológico, congénito o de cualquier otro origen, le impiden resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexuales, - pues esas circunstancias implican: ausencia de fuerza y con-

diciones físicas para no dejarse fornicar, no tener suficiente uso de razón para comprender o discernir la conveniencia del yacimiento sexual, o carencia de volición consciente para copular".

Sexta Epoca: Segunda Parte; Vol. XII. Pag. 180

"VIOLACION, COPULA CON ELEMENTO DEL DELITO DE. El elemento cópula que precisa el delito de violación queda plenamente acreditado con cualquier forma de ayuntamiento carnal, homosexual o heterosexual, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, en la que haya penetración del miembro viril por -- parte del agente. Si se establece que el acusado introdujo - el pene en la boca del menor ofendido, ello es suficiente para estimar presente la cópula".

Septima Epoca: Segunda Parte. Vols. 192-198
A.O. 2084/83. José Angel Pérez Gonzáles. 5 votos

"La cópula que la ley exige en la tipificación del delito de violación no requiere la plena consumación del acto - fisiológico ya que para integrar dicho elemento constitutivo es suficiente el solo ayuntamiento carnal aún cuando no haya eyaculación".

Sexta Epoca: Segunda Parte. Número 300

"El delito de violación se integra por tres distintos elementos: Uno, el primero, la consumación de la cópula, un

segundo, de la misma naturaleza, que consiste en el empleo de violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacciones morales, siendo necesario hacer notar que el empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral en virtud de la intimidación que producen en la víctima; y hay, finalmente, un tercer elemento: que la cópula realizada con violencia se verifique -- con ausencia de la voluntad de la víctima. El hecho de que una mujer impuber haya concurrido voluntariamente al hotel -- donde fue desflorada no supone forzosamente que haya tenido voluntad de verificar el acto carnal, ya que esta condición anímica puede sufrir ausencias e intermitencias a impulso de causas poderosas que obren sobre el agente: algunas físicas que lo imposibiliten para obrar por el empleo de medios mecánicos y otras psíquicas, como las amenazas, que lo imposibiliten igualmente para resistir por la reacción producida en el ánimo. En resumen, en atención a la inconsciencia de una mujer impuber de muy corta edad, la cópula que se tenga con ella debe interpretarse como equivalente al empleo de la violencia física o moral, dada la imposibilidad para resistir. Para la integración del delito de violación el elemento violencia física o moral, tiene en la legislación mexicana una equivalente cuando se reúnen ciertas circunstancias, es decir, cuando la víctima de la copulación este privada de razón o de sentido o cuando no pueda resistir por enfermedad u otras causas".

En el capítulo correspondiente se mencionó que el delito de violación es un delito con pluralidad de hipótesis -- normativas, porque independientemente de la violencia física o moral para la obtención de la cópula sexual, el artículo -- 266 del Código Penal, equipara al delito de violación la cópula con mujer menor de doce años, o que por cualquier circunstancia el sujeto pasivo no pueda oponerse al ayuntamiento carnal.

"VIOLACION, DELITO DE. Para la integración del delito de violación no se requiere el desfloramiento de la mujer violada, ya que esta puede ser o no doncella y en caso afirmativo, puede tener himen complaciente, sino que solo se requiere la realización de la cópula con una persona por medio de la violencia física o moral".

Quinta Epoca: Suplemento al Semanario Judicial de la Federación. 1956. Pag. 506 A.D. 4955. Manuel Main Gutierrez, 5 - votos.

"El desfloramiento no hace falta para configurar el delito de violación que solamente requiere la cópula contra la voluntad de la persona o que esta se encuentre en estado de inocencia".

Sexta Epoca: Tesis Relacionada. Tomo XIV. Pag. 227

"El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de -- violación esta constituido por la libertad sexual y no por la castidad y la honestidad que son elementos constitutivos de - estupro, pero no de violación".

Sexta Epoca: Tesis Relacionada. Tomo XIII. Pag. 170

"El delito de violación se configura no solo imponiendo la cópula por la fuerza física, sino también cuando mediante violencia moral la parte ofendida accede o no opone resistencia al acto sexual ante las graves amenazas de que es objeto".

Sexta Epoca: 2a. Parte. No. 301

Un elemento substancial para la integración del delito de violación es la cópula. En el capítulo correspondiente de este trabajo se estableció lo que se entiende por cópula: ayuntamiento, unión o conjunción carnal entre dos seres vivos.

CAPITULO SEGUNDO

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

A. EN EL MUNDO

El delito de violación como figura criminosa y ya penada desde la época de los romanos, que recibiera el nombre de estupro, aunque con significado no siempre igual en la --doctrina y en los códigos. Este ilícito para los romanos no estableció una categoría diferenciada, sancionandola como especie de los delitos de coacción y a veces de lujuria, en esta categoría de delitos se sancionó con la pena de muerte.

De igual manera la Ley Julia de Vfs Pública, castigaba con la pena de muerte la unión sexual violenta con cualquier persona. El Derecho Canónico, considero el struprum--violentum, como la violación propiamente dicha, tan sólo en la desfloración de una mujer y se obtuviera ésta contra su voluntad, por tal, en mujer ya desflorada no podía cometerse el ilícito de violación, la punición para este delito era aquella que estaba prescrita para la fornicatio.

En la antigua legislación española, al hombre que forzaba a una persona, si era libre se le sancionaba con cien azo

tes y la entrega por ciervo o esclavo a la mujer que forzaba y si era ciervo se le quemaba.

"En el fuero viejo de castilla se encontraba en el - Lib. II, Tit. II, 3 leyes de las cuales dos se refieren al - ilícito de violación carnal, que se sancionaba al agresor con la pena de muerte. En el fuero real; las cuatro primeras leyes del Lib. IV, Tit X, se refieren a la violación sin diferenciarla o distinguirla del rapto, y la sancionan con la pena de muerte, ésta pena se presentaba también cuando la violación era cometida en mujer soltera y con presencia de varrias personas como agresor (hoy violación tumultuaria), cualquiera que fuere su condición social o religiosa. (1)

Entre los hebreos se encontraba sancionado el ilícito de violación con la pena de muerte. En el código de Manú, se aplicaba al violador pena corporal, siempre y cuando la - mujer no fuera de su misma clase social, ni prestara su consentimiento pues si se presentaban esas condiciones, al agresor del ilícito no se le sancionaba.

En Grecia, se castigaba al agresor de una violación con una multa, al mismo tiempo se le obligaba al agresor a - contraer matrimonio con la persona victimizada, sólo si esta última consentía; en situación contraria se le aplicaba la - pena de muerte.

1) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales. México, 1979
Edit. Porrúa. 4a. edición. Pag. 137

En la ley de los Sajones, el ilícito de violación ya considerado, se sancionaba con un multa, la cual podía reducirse sólo si la mujer victimizada lo permitía aprobándolo. Teodorico impone la obligación de contraer matrimonio al agresor del ilícito, con la mujer ofendida y si era noble y rico, tenía que hacer entrega de la mitad de sus bienes.

En Italia renacentista, a la mujer que presentaba una denuncia de violación se le arrancaban las uñas de las manos, si después de haber resistido que le arrancaran las diez uñas, persistía en acusar al agresor del ilícito de violación se procedía con la investigación, si en algún momento vencida por el dolor de la tortura, la mujer abandonaba su acusación, no sólo se abandonaba el proceso, sino ella podría enfrentar privarle de su libertad por haber manchado el honor de un inocente.

En general, en la historia legislativa sobre el delito de violación en el mundo, revela que sus sanciones se han caracterizado por severas y aplicadas con rigor.

En los códigos penales contemporáneos, sin que este ilícito penal haya perdido su signo característico de máxima gravedad dentro de los delitos clasificados como sexuales, se ha olvidado la pena de muerte para los casos de violación en sí mismo considerados, sin que con esto no se extremen las --

sanciones, mediante especiales agravantes o bien por acumulación, cuando con ella concinden otros eventos delictuosos, como de asalto, lesiones, homicidios, contagio venéreo, incesto, etc.

La conformación de la sociedad es un proceso lento en el que intervienen factores históricos, antropológicos, geográficos, demográficos y políticos, cada sociedad evoluciona a su propio tiempo y dentro de su propio espacio y contexto, no pueden ser idénticos los grupos sociales, aún dentro de un mismo país o región, aunque presentan en algunos casos problemas similares, por lo tanto, al tratar de analizar el fenómeno del ilícito de violación, no es posible la generalización, ya que en determinado tiempo o espacio se presenta de diferentes formas, según su origen o causas que lo provocaron y no puede darse tampoco el mismo tratamiento en todos los procesos, en términos tomando gran importancia la aplicación de la pena, que en algunos casos el merecimiento para el agresor semejante delito, es la pena de muerte. Lo que es de considerarse importante son los estudios comparativos que se realizan dentro de las instituciones especializadas en general.

B. ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO

1) EPOCA PRECORTESIANA

En el ilícito de violación carnal, la pena de muerte como una de las más frecuentes de nuestros antepasados, se --

presentaba de múltiples formas que incluían descuartizamientos, seguido por canibalismo, empalamientos y mutilación, que fueron castigos frecuentes por numerosas conductas delictivas.

En la época de los Aztecas se nota claramente que la mujer no es colocada de la misma forma que el hombre, no existiendo la igualdad, de allí que se le tratara en otra circunstancia como un objeto sin valor, ya que sus labores generalmente domésticas, trabajo que aprendían desde muy pequeñas, -- más tarde se le preparaba para el matrimonio.

La mujer azteca a los doce años de edad, ingresaba a una escuela donde se le preparaba para convertirse en buena esposa, siendo esta educación tan estricta que se le indicaba hasta la forma de vestir, de hablar, de escuchar, de reír, de ver, de caminar, etc.

Los Aztecas dentro de los delitos contra el orden a las familias, la moral pública o buenas costumbres donde se encontraba tipificado el ilícito de violación sancionado con la muerte aún existía un delito que más se castigaba por la clase de tormentos utilizados hasta llegar a la confesión y una vez dándose ésta se le condenaba a la pena de muerte, "el adulterio" que en ocasiones los mataban a pedradas.

La horca era el castigo común para el delito de violación, la ley azteca era brutal, de hecho desde la infancia el individuo seguía una conducta social correcta; el que vulneraba la ley sufría grandes consecuencias.

El código penal Netzahualcoyotl, para Texcaco estipulaba y facilitaba al juez una amplia libertad para la fijación de las penas. Entre los delitos con mayor penalidad se encuentra el ilícito de violación, al cual se le aplicaba la pena de muerte, otro tipo de sanciones que observaba el código era la esclavitud, confiscación, destierro, la horca, etc.

En la ejecución de las penas en el presente código, - en varios delitos entre ellos el adulterio y la violación se caracterizaban por el tipo de procedimientos; de ahorcaduras, lapidación, decapitación o descuartizamiento, empalamiento, garrote, etc.

2) EPOCA COLONIAL

Nuestros antecedentes legislativos se encuentran plasmados en la legislación española y referente a la aplicación de las penas se caracterizan por su crueldad al de los equivalentes europeos y asiáticos.

Con la conquista española, como se mencionó con anterioridad, las penas para esta clase de delitos sexuales, princi

palmente el ilícito de violación eran las más severas, una de las más usuales, la pena de muerte que se presentaba en diferentes formas según la ley o pueblo. Y si bien con ésta conquista no se extingue por completo las costumbres prehispánicas si las transforma creando un nuevo y complejo modo de cultura de allí que la moral cristiana impuesta por los españoles, se caracteriza por su repulsa a todo lo relacionado con lo sexual, lo cual no era diferente a las ideas sexuales de los pueblos precortesianos, por lo que no fue difícil el convencer a los indios sobre el acatamiento de las leyes cristianas en relación a lo sexual generalmente.

En general todos los pueblos desconocían las sanciones pecunarias y como por otra parte no concebían el hecho de tener a un hombre que cometiese un delito de prisión, pensando que era inútil, para la sociedad y además una carga para la economía, no conocieron de cárceles y los delincuentes eran encerrados en jaulas, por poco tiempo, hasta resolver su situación jurídica que generalmente eran con la aplicación de torturas hasta llegar a la pena de muerte.

Es de notarse que desde el código de Hamurabi, uno de los más antiguos que se conocen, hasta nuestras actuales leyes mexicanas, los procedimientos que se aplicaban en los casos de presentarse el ilícito de violación, son prueba de que este es un delito donde la víctima resulta más culpable que el agresor.

En nuestro país generalmente los delitos sexuales en el transcurso del tiempo y con más frecuencia el ilícito de violación día con día aumenta en número, siendo las víctimas principalmente mujeres, niñas y ancianos, considerando que la sociedad en su conjunto y con gran énfasis sus representantes debemos tener conciencia de tan terrible delito.

Creemos que con este tipo de ilícito de violación afecta con más frecuencia y para toda la vida a los infantes, para lo cual con el agresor no se deban tener consideraciones de ninguna clase y que de alguna manera las personas adultas somos responsables en un gran porcentaje y es hasta hace poco tiempo que empezamos a valorar como lesionan esta clase de agresiones la integridad personal, pues afecta a la víctima su condición física, psicológica, moral y social.

En el transcurso del tiempo aún en la actualidad, el hombre presenta un intenso deseo de mandar, herir o humillar, por su ficticia superioridad frente a las demás personas, esta forma de conducta es la que está presente en su sexualidad, en donde la agresión sexual se encuentra ligada, lo que es probable que en la mayoría de los casos propicie y aumente el ilícito de violación.

Generalmente, cuando pensamos en violencia, tendemos a pensar en imágenes de guerra, asesinatos, asaltos, etc. y -

muy poca gente que pueden ser contadas, al cuestionarles sobre violencia, piensa en aquella tan presente y cotidiana que padecemos día con día con el transcurso de nuestra historia y que va en aumento "la violación carnal".

II. EL MATRIMONIO

A. ETIMOLOGIA DEL MATRIMONIO

La palabra matrimonio proviene del latín *Matrimonium*, *matris* (madre) y *minium* (cargas), es decir que el significado etimológico del matrimonio parece comprender las cargas de la madre. (3)

B. CONCEPTO JURIDICO

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. la considera como contrato solemne.

C. ANTECEDENTES DEL MATRIMONIO

En los antiguos, este tipo de comportamiento sexual - corresponde a la etapa del salvajismo anterior a toda cultura,

3) Magallón Ibarra, Jorge. Tipográfica. Edit. Mexicana, S.A. México, 1969. Pag. 129

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; da do éstas relaciones sexuales promiscuas impidieron determinar la paternidad originando ésto, 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.

Existía también 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 con sideraban hermanos entre sí y por esa situación no podían te ner relaciones sexuales con mujeres del propio clan, tenfa - 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 traería como consecuencia el desconocimiento de la paternidad; dando origen al sistema de filiación -- uterina es decir por la madre.

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 supremacía del hombre sobre la mujer fué la división del trabajo, el hombre se dedicaba a ac-

tividades de la caza y la guerra, y la mujer a crear la prole y el cuidado del hogar; el hombre produce bienes y la mujer - servicios, al abundar los bienes se intercambiaron por un valor económico, mientras que los servicios 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 llegará a esta forma única libre y digna, en que dos seres por amor y libre voluntad deciden llevar una vida en común sancionada -- por la sociedad a través del derecho.

D. LA NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

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

1. Como institución
2. Como acto jurídico condición
3. Como contrato ordinario
4. Como contrato de adhesión
5. Como estado jurídico
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.

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

Las instituciones 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 so

cial 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 la voluntad de los cónyuges, bien por disposición de la Ley. (2)

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 vendra a regir 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, comprendido en el art. 130 párrafo. II.

2) Código Penal, Op. Cit. pag. 3

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

7. MATRIMONIO COMO 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.

E. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL MATRIMONIO

1. 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). (4)

4) Código Penal Comentado para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia Federal. Libro Primero de las personas. I.I. Jurídicas UNAM TOMO I 1990 pag. 124

2. 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). (5)

3. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, -- así como a la educación de éstos 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). (6)

5) Código Penal. Op. Cit. pag. 125

6) Código Penal. Op. Cit. pag. 126

4. 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). (7)

5. 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 for mación 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). (8)

6. 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 trate, y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición. (Art. 169 del Código Civil). (9)

7) Idem. pag. 127

8) Idem. pag. 128

9) Idem. pag. 128

III. CONCUBINATO

A. Etimológicamente concubinato deriva de la palabra Concubinatus de cum (con) y cubare (acostarse).

B. Desde un punto de vista jurídico, se entiende como concubinato, 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 cinco años; pudiendo ser este plazo menor si han procreado.

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 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).

C. BREVE RESERVA HISTORICA 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.

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

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.

D. Derecho Comparado.

1. España. 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, este 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 en la Ley 3 Título XIV, Partida IV. las personas ilustres por su parte no podían tener por barragana a la mujer que fuere sierva, hija de sierva; manumitida o hija de ella, Juglaresas, Taberneras, 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.

2. Francia. 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 Désistéresse déux*), y respecto de los hijos habidos de uniones extramatrimoniales en vano trató --

Gambacères de lograr que se obligue a ciertos casos de reconocimientos por parte de sus padres a través de las acciones de investigación de la paternidad, "La Sociedad replica Napoleón no tiene interés en que sea reconocidos los bastardos".

3. México. 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 afectos 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.

E. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCUBINATO

a. La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio esta permitida:

1. En los casos de rapto, estupro o violación: cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

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

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

4. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre (Artículo 382 del Código Civil). (10)

b. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

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

2. 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). (11)

c. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

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

2. A ser alimentado por las personas que lo reconocen.

3. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley (artículo 389 del Código Civil). (12)

10) Código Civil. Editorial Porrúa, 55a. Edición México, pag. 1986

11) Idem.

12) Idem.

d. Tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

1. 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;

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

3. 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;

4. A falta de cónyuge supérstite, hijos y ascendientes, 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;

E. 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.

IV. FUNDAMENTO JURIDICO DEL MATRIMONIO

El artículo 130 párrafo tercero constitucional Estados Unidos Mexicanos, establece:

"...Art. 130. Corresponde a los poderes federales -- ejercer en materia de culto religioso y disciplina externa la intervención que designe las leyes. Las demás autoridades -- obrarán como auxiliares de la Federación.

Párrafo Tercero... "El matrimonio es un contrato civil"
(13)

El artículo 1793 a la letra dice: ..."Los convenios - que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman - el nombre de contratos". (14)

13) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 1990 Pag. 573 y 574

14) Código Civil. Op. Cit. Tomo IV Pag. 2

Cabe mencionar que en doctrina ha distinguido a los convenios en sentido lato y los contratos en sentido estricto. Recordemos también que para la existencia de un contrato se requiere de: I. Consentimiento y II. Objeto que puede ser materia del contrato.

Los contratos: pueden ser invalidos por las siguientes causas:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Por que su objeto, o su motivo o fin sea illicito;
- IV. Por que el consentimiento no se ha manifestado en la forma que la ley establece.

El mismo Código Civil en su artículo 1796 establece; Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a la consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al caso o a la ley.

De lo anterior se desprende que conforme a la Constitución el matrimonio es un contrato, que de un contrato se desprenden derechos y obligaciones y que debido al fin último del matrimonio es la preservación de la especie, cuando el cónyuge

quiere ejercitar es decir incumple con su obligación; y el cón yuge violenta física o moralmente a la conyuge para hacer valer su derecho; es decir realiza la cópula por medio de la violencia física o moral para ejercer su derecho en mi criterio se integran los elementos de tipo previsto en el artículo 226 del Código Penal que a la letra dice: ... "Al que para ser efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, cumpla-se violencia se aplicará prisión de tres meses a un año. En es tos casos solo se procedera por querrelia de la parte ofendida.

A mayor abundamiento Bertrand Russell, sostiene que la Institución del matrimonio, en sus aspectos religioso y secular, SE JUSTIFICA, entre otras razones por el interés que la sociedad ha tenido en salvaguardar los intereses de los hijos que pudieran surgir de una relación sexual, de manera indubitable la paternidad. De otra manera explica la posición de otros autores en el sentido de que el fin del matrimonio en la procreación o perpetuación de la especie. (15)

Donde por lógica no se puede procrear o perpetuar la especie sin realizar la cópula.

El artículo 162 del Código Civil que se encuentra comprendido en el capítulo III con el título De los Derechos y Obligaciones que nacen del matrimonio en donde se establece --

15) Código Civil. Op. Cit. pag. 124

que los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espacialmente de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, ESTE DERECHO será ejercido de común acuerdo por los cónyuges. (16)

De lo anterior se desprende claramente que el matrimonio tiene como finalidad la procreación y perpetuación de la especie y que es un derecho de ambos conyuges de determinar el número de hijos, y que para tener hijos debe realizarse una cópula voluntaria, y cuando un conyuge en forma violenta obtiene la cópula esta ejerciendo un derecho indebidamente.

A. REGIMEN JURIDICO DEL MATRIMONIO

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.

16) Código Civil. Op. Cit. pag. 124

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.

1. Doctrinariamente los elementos esenciales del matrimonio son:

- a) La voluntad de los cónyuges
- b) El objeto
- c) Las solemnidades requeridas por la ley.

a) La voluntad de los cónyuges, 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 aclaración del oficial del Registro Civil en el sentido de que los cónyuges queden unidos en nombre de la sociedad y de la Ley.

b) 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.

c) 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).

2. Según el Código Civil, los requisitos de validez son:

- a) La capacidad
- b) La ausencia de vicios de 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 cópula entre los contrayentes, que la ley fija en la edad requerida para contraer matrimonio (art. 148 del Código Civil), a la salud física y mental de los contrayentes y a la no existencia de hábitos viciosos - como la toxicomanía o el alcoholismo (art. 156 fracciones I, - VIII, y IX del Código 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 Código Civil). Este --

consentimiento necesario (propriadamente es una autorización), puede ser suplido por la autoridad administrativa, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin causa justa (art. 151 del Código Civil).

Ortiz Urquidí, comenta; cuando faltan los padres o tutores, el juez de lo familiar de la residencia del menor, podrá prestar el consentimiento para que pueda celebrarse válidamente el acto (art. 150, 151 y 152 del Código 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 contrayente, cuando entendiendo celebrar matrimonio con persona determinada, se contrae con otra (art. 235 fracción I del Código 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:

- Si existe parentesco por consanguinidad, por afinidad o por adopción, entre los cónyuges.

- Si ha habido adulterio entre las personas que pretendan con traer matrimonio, siempre que éste adulterio haya sido com probado.
- El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para ca- sarse con el que queda libre.
- 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 re ferido al tratar los elementos esenciales del matrimonio es ne cesario 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 dis- tinguir la solemnidad del acto propiamente dicha, de las sim- ples formalidades que debe contener el acta de matrimonio.

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

d) Las formalidades. Son simples formalidades: (requi- sitos de validez) los siguientes: la solicitud que previamen- te 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 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 (artículo 102 y 103 del Código Civil).

CAPITULO TERCERO

1. ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION

Es importante en este capítulo, analizar el artículo 226 comprendido en el capítulo segundo del Código Penal vigente que a la letra dice:

"... Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, emplease violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un años. En estos casos, solo se procederá por querrela de la parte ofendida".

De dicho precepto, se desprenden los siguientes elementos:

A) Al que:

Se refiere a que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito, es decir, no se requiere ninguna calidad en el sujeto activo o pide dicho tipo un número de sujetos, si no que cualquier persona puede realizar dicho ilícito.

B) Derecho

La palabra Derecho proviene del latín Directus, que significa directo, recto, seguido, igual, sin torcerse a un lado y otro. Facultad de hacer o exigir todo lo que -- -

la ley o la autoridad determina a nuestro favor, o que el due
ño de una cosa nos permite en ella.

Acción que se tiene sobre una persona o cosa.

De lo anterior se desprende que el sujeto activo para
hacer valer un derecho, esto es, que aún que jurídicamente -
el tenga la posibilidad y que el Derecho le faculte utilizare
la violencia, encuadraría en el presente tipo penal a estudio.

C) Pretendido Derecho

Pretender significa querer conseguir algo. Hacer
diligencias para conseguir algo. Intentar, procurar.

El legislador encierra una cuestión muy profunda al -
analizar e implantar la palabra "Pretendido Derecho", ya que
en el tipo a estudio en la cópula por vía inidonia, puede con-
siderarse que encuadraría la violación, ya que la realiza por
un pretendido derecho.

D) Violencia

La violencia puede definirse como: "la acción y
efecto de violentar o violentarse".

Proviene del latín violentia, que significa calidad
de violento.

En materia penal la violencia de las personas se distingue en física y moral.

La violencia física consiste en la acción material sobre el cuerpo del ofendido, que la obliga, contra su voluntad a dejarse por medios que no puede evadir.

Nuestro querido maestro Francisco González de la Vega nos da algunos ejemplos:

Las maniobras materiales coercitivas, como amordasamiento, ataduras, sujeción; o en la comisión de delitos en el cuerpo del ofendido, como golpes, disparos, etc.

Por violencia moral el Código Penal vigente para el Distrito Federal existe cuando se amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo. Esta violencia moral produce efectos similares a la física, porque la conminación amenazante impide el libre ejercicio de la voluntad.

Del análisis de estos elementos podemos concluir que el cónyuge que somete por medio de la violencia física o moral a su pareja, ejercita un derecho, éste es, realiza la cópula, contra la voluntad de ésta incurriendo y encuadrando en

el tipo penal a estudio ya que es evidente que la conducta -- desplegada por el activo al ejercitar un derecho por medio de la violencia agota los elementos del tipo ejercicio indebido del propio derecho.

Independientemente de que este tipo penal a sido estudiado dentro del tftulo de delitos cometidos por servidores públicos, desde mi punto de vista, es equívoca esta clasificación, ya que el tipo a estudio no requiere calidad en el su jeto activo y aceptar que solo los servidores públicos tengan derechos de cualquier persona consagrados en nuestras leyes - solamente a un grupo que serfan los servidores públicos.

II. DIVERSAS CORRIENTES JURIDICAS SOBRE LA COPULA
VIOLENTA ENTRE CONYUGES.

A. CORRIENTE DOCTRINARIA QUE ADMITE LA VIOLACION ENTRE
CONYUGES.

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 responde. Pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges que está fuera de toda controversia; no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada, lo que sus defensores han debido demostrar, necesariamente, es que contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando le es negado por la 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 física o moral, tiene acceso carnal con su mujer comete el delito de violación.

()

B. CORRIENTE DOCTRINARIA QUE NO ADMITE LA VIOLACION
ENTRE CONYUGES.

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.

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.

Jiménez de Asúa, al tratar de legítima defensa manifiesta que no cabe contra el que ejercita un derecho, por eso la mujer no puede actuar en defensa legítima negando al marido el derecho al coito, puesto que éste tiene derechos -

personales sobre 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.

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 importante que el de la procreación.

Soler, "no existe violación cuando media debido conyugal".

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

Entre los fines del matrimonio, en verdad está también el de proveer *remedium concupiscentine*".

C. CORRIENTE DOCTRINARIA QUE EXISTE UN DELITO
DIVERSO.

Por Porte Petit, el cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias -- que la maticen de ilicitud. Por tanto, al realizarla, ejercita un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha cópula, 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 antijuridicidad 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.

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 mujer? contesta: si comete - un delito, pero no el delito de violación, sino el de lesiones.

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 antijuridicidad de la conducta.

El objeto sexual del conubio establece 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 los 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 impone su cumplimiento a la esposa renuente, no comete el delito de violación por ausencia de antijuricidad de su conducta, porque le existe la exclu-

yente 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 hacer se justicia por sí misma, ni ejercer violencia para aclarar 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 concubina

to no fuera responsable del delito de violación, de todas maneras su conducta sería punible por las infracciones 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 periodos 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).

III. DERECHO COMPARADO

A. ESPAÑA. En este país, en el título noveno, de los delitos contra la honestidad.

CAPITULO PRIMERO. "De la violación y de los abusos desonestos.

ART. 429. La violación de una mujer será castigada - con la pena de reclusión menor.

Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando se usare fuerza o intimidación.
2. Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.
3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores. (1)

1) Afonso Arroyo de las Heras y Jose Ma. Luzon Cuesta. Código Penal Editorial Hispano Europea. Barcelona España 1968. Pag. 175

B. CUBA. CAPITULO VII. EJERCICIO ARBITRARIO DE DERECHOS.

ART. 159. 1. El que, en lugar de recurrir a la autoridad competente para ejercer un derecho que le corresponda o razonablemente crea corresponderle, lo ejerza por sí mismo, - en contra de la voluntad expresa o presunta del obligado, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres meses o multa hasta cien cuotas.

2. Si se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas para ejecutar el hecho y siempre que éste, por sus resultados, no constituya un delito de mayor entidad, la sanción es la privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas. (2)

2) Código Penal. República de Cuba, 1977. Pag. 82

C. CODIGO PENAL DE QUERETARO. Título octavo. Delitos contra la libertad e Inesperiencia sexuales.

CAPITULO I. VIOLACION.

ART. 160. Al que por medio de la violencia realice cópula con una persona sin el consentimiento de ésta, se le impondrá prisión de 3 a 10 años.

ART. 161. Al que realice cópula con persona impúber o que tenga capacidad para comprender o que por cualquier cosa no pueda resistir la conducta delictuosa, se le impondrá prisión de 3 a 10 años.

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

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

Si la violación es cometida aprovechando los medios o circunstancias que le proporcione el empleo, cargo o profes-

sión que se ejerce, se aplicará la misma pena de prisión señalada en el párrafo que antecede y se le privará del cargo o empleo o se le suspenderá del ejercicio del empleo, cargo o profesión por el término de cinco años.

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

ART. 164. La violación entre cónyuges sólo se perseguirá por querrela. (3)

D. CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO.

CAPITULO III. VIOLACION.

ART. 279. Se impondrán de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a setecientos días-multa, al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta. Se impondrán de seis a quince años de prisión y de cien a mil días-multa, si la persona ofendida fuere impúber.

ART. 280. Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años.

3) Código Penal para el Estado de Queretaro. Orlando Cardenas V. Editor y Distribuidor. Irapuato, Gto. 1990. Pag. 197

ART. 281. Se impondrán de cinco a quince años de prisión y de cien a mil días-multa, cuando en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas.

ART. 281. Se impondrán de uno a tres años de prisión además de las sanciones que señalan los Artículos que anteceden, cuando el delito de violación fuere cometido, por el autor 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 ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión, - utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o sus pendido hasta el término de cinco años en el ejercicio de su profesión. (4)

E. CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUERRERO. Título Octavo. Delitos ^{sex} contra la libertad e inexperencia sexuales.

CAPITULO I. VIOLACION.

Art. 139. A quien por medio de la violación física o

4) Códigos Penal y Procedimientos Penales. Edit. Cajica, S.A. Puebla, Pue. Pag. 193

moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de cuatro a nueve años y de treinta a ciento ochenta días de multa.

Art. 140. La misma pena del artículo anterior se impondrá al que realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga capacidad para comprender o posibilidad para resistir la conducta delictuosa.

Art. 141. Se aplicará prisión de seis a doce años y de cuarenta a doscientos cuarenta días multa:

I. Cuando se ejerciere violencia sobre la víctima en los casos previstos por el artículo anterior;

II. Cuando la violación se realice aprovechando la autoridad que se ejerza legalmente sobre la víctima, sancionándose además con privación del ejercicio de la patria potestad, de la tutela o custodia y, en su caso de los derechos sucesorios con respecto del ofendido, o

III. Si la violación se comete aprovechando los medios o circunstancias que proporcione el empleo, cargo o comisión que ejerza; en este caso, el agente será sancionado, además, con privación o suspensión del ejercicio del empleo, cargo o comisión por el término de cinco años.

Art. 142. Cuando la violación se cometa por dos o más personas, se impondrán de ocho a quince años de prisión y de sesenta a trescientos días de multa. (5)

5) Nuevo Código Penal para el Estado de Guerrero. Edit. Cajica, S.S. Puebla, Puebla, 1986. Pag. 109

CAPITULO CUARTO

I. TEORIA DEL DELITO

Es importante hacer un análisis del delito de violación aplicando la teoría del delito. Analizaremos los elementos positivos y negativos de acuerdo a los cuatro elementos utilizados por el Profesor Porte Petit.

A. CONDUCTA O HECHO

El Profesor Franz Von Liszt, le llama acto a la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo exterior. (1)

Es común que un gran sector de la doctrina de un concepto de la conducta refiriéndose a las maneras en que esta pueda expresarse; es decir, el proceder humano, la actividad o inactividad voluntaria que produce un resultado final y que viola una norma.

Citando a otro autor nos indica que "...la conducta -- consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria...". (2)

-
- 1) Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial Instituto Editorial Reus, S.A. 3a. Edición. Madrid
 - 2) Pavon Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. 7a. Edición Ed. Porrúa, 1950 pag. 186

La maneras en que se puede manifestar la conducta son: Acción u Omisión, es decir puede ser una actividad o movimiento corporal o puede ser una abstención, un no hacer. El actuar - como el omitir, es hacer como el no hacer, tiene íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la conducta esperada. (3)

En el Derecho Penal Mexicano se sanciona al individuo que haga aquello que está prohibido por la ley, o deje de hacer aquello que la ley le exige que realice; así entendemos -- que se puede hablar de "delitos de acción" y de "delitos de -- omisión". Los delitos de omisión se dividen en "delitos de -- omisión simple" y "delitos de omisión impropia" conocidos también "delitos de comisión por omisión". Este último tipo de delito -de omisión- señala una inactividad, un no hacer voluntario y tipificado por una ley como una conducta que lo sanciona. La omisión es una conducta negativa y que la Ley obliga a que se realice el acto, de esta manera si un sujeto permanece en la inactividad viola un derecho jurídico de obrar, por otro lado, en la comisión por omisión se violan dos derechos jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

3) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa 1989. pag. 148

A partir de este breve análisis podemos concluir que el delito motivo de este estudio es un delito de acción, porque solo se podrá realizar por un hacer, siendo imposible la realización omisiva.

Dentro de los sujetos que intervienen en la acción -- existen sujetos activos y sujetos pasivos.

El sujeto activo es el que realiza la conducta ilícita penal, pudiendo ser tanto el hombre como la mujer. El sujeto pasivo es el titular de un bien jurídico tutelado por la -- norma penal y es quien resiente en forma indirecta los efectos del delito.

Cabe señalar que la doctrina distingue entre objeto material y objeto jurídico del delito. El objeto material es -- precisamente sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa. El objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan. Por lo tanto el objeto material del delito en cuestión puede ser cualquier persona, hombre o -- mujer, niño o adulto y el objeto jurídico es la libertad sexual.

1. Ausencia de Conducta. La teoría analítica del delito nos permite aislar sus elementos conformativos y determinar en un momento dado la ausencia de uno de ellos.

El primer elemento la conducta, acción o hecho, el as
pecto negativo en la ausencia de conducta, ésto es, que falta
la voluntad de realización, si existe un comportamiento humano
pero no hay la voluntad de realización a decir, encontramos va
rias causas de ausencia de conducta.

La vis Mayor o Fuerza Mayor es un fenómeno muy pareci-
do a la Vis Absoluta. Es una actividad o inactividad involun-
taria por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza
exterior o él, de carácter irresistible, proveniente de la na-
turaleza o de seres irracionales.

La diferencia inmediata que encontramos entre la Vis -
Absoluta y la Vis mayor es que en la primera la fuerza impulso
ra proviene necesariamente del hombre, mientras que en la se-
gunda la fuerza encuentra su origen en una energía distinta, -
ya sea natural o subhumana (energía no humana).

Para una parte de la doctrina son reales aspectos nega
tivos de la conducta; el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo
porque afirman que en tales fenómenos psíquicos el sujeto -
realiza la actividad o inactividad sin voluntad porque se en-
cuentra en un estado en el cual su conciencia esta suprimida y
han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

En el sonambulismo por ejemplo, el sujeto se rige por
imagenes de subconciencia, de ambula dormida, por lo que tiene

movimientos corporales inconscientes y consecuentemente involuntarios.

El hipnotismo se considera como una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una obediencia automática, que puede ir desde un simple estado de somnolencia hasta un sonambúlico, por supuesto pasando por diferentes fases. El estado sonambúlico del hipnotizado se identifica por la ausencia del dolor y el olvido de lo sucedido durante el sueño hipnótico cuando se despierta de él.

Con relación al delito que nos ocupa, no se sabe la existencia de alguna causa de ausencia de conducta, ya que con el simple hecho de tener intención de copular aún en contra del consentimiento de la otra persona, es tener voluntad de cometer una acción.

B. TIPICIDAD

"La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento como el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa". (4)

4) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. pag. 168

Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crime sine tipo*. (5)

Por su parte Pavon Vasconcelos la define como "una forma general y abstracta, como un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa, el encuadramiento de la subyunción del hecho en la figura legal". (6)

Por otro lado, Jiménez de Asúa comenta: "Que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar al alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El código o las leyes que los definen, los concretan, para poder castigarlos. Esta descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es la que constituye la tipicidad. (7)

Para gran parte de la doctrina, el tipo es la descripción de una conducta estimada por la norma penal, es, una conducta hecha dentro del marco legal, de las leyes.

-
- 5) Porte Petit, Celestino. Op. Cit. Pag. 35
- 6) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pag. 277
- 7) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal. Editorial Sudamericana, 1981. Pag. 235

En tiempos remotos en Alemania al tipo se le consideraba como el conjunto de caracteres integrantes del delito, incluyendo el dolo o la culpa.

Max Ernesto Mayer, en su libro Tratado de Derecho Penal, decía que la tipicidad no era meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad; es decir, que no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad. Tiempo después Mezger decía que el tipo no es simplemente descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio esendi de la antijuridicidad, su razón de ser.

Fernando Castellanos, finalmente concluye que Mezger es el que tiene razón al observar como toda conducta típica es siempre jurídica, por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria. (8)

Anteriormente dijimos que para Castellanos Tena el tipo es uno de los elementos esenciales del delito; si hay ausencia del tipo faltara un elemento para que este se configure, - habida cuenta de que en nuestra Constitución Federal en su art. 4, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aún por -

8) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pag. 169

mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una Ley exactamente aplicable al Delito de que se trata". Por lo que cabe afirmar que no existe Delito, sin tipo.

Es importante aclarar que no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que hace el Estado de una conducta dentro de los preceptos penales. La tipicidad es la ADECUACION de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Finalmente, podemos decir que el tipo es la descripción legal de una conducta que se estima como delito y que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos que se encuentran protegidos por la norma penal. El tipo es, una concepción legislativa, es la descripción de una conducta que en cualquier momento puede realizar un sujeto dentro de los preceptos legales.

Existen diferentes clases de tipos. Se pueden clasificar por su composición, de la siguiente forma:

NORMALES. Son los que se limitan a hacer una descripción objetiva. v.gr. el homicidio.

ANORMALES. Además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos. v.gr. estupro.

El primero contiene conceptos puramente objetivos, y el segundo contiene además situaciones valoradas y subjetivas.

Por su ordenación metodológica:

FUNDAMENTALES O BASICOS: Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos.

ESPECIALES. Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen.

COMPLEMENTADOS. Se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta.

Los dos últimos pueden ser agravados o privilegiados.

El tipo también se puede clasificar en función de su autonomía o independencia en:

AUTONOMOS O INDEPENDIENTES. Tienen vida por si

SUBORDINADOS. Dependen de otro tipo.

Por su formulación:

CASUISTICOS. Preveen varias hipótesis; a veces al tipo se integra con una de ellas; es decir, pueden ser alternativos; otras con la conjunción de todas y vienen a ser acumulativas.

AMPLIOS. Describen una hipótesis única que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

Por último, el tipo puede clasificarse atendiendo al daño que causan:

DE DARO (O DE LESION): Protegen contra la disminución o destrucción del bien.

DE PELIGRO. Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados.

Por lo anteriormente expuesto podemos concluir que el delito motivo de nuestro estudio se clasifica: en NORMAL porque no contiene elementos normativos ni subjetivos; AUTONOMOS O INDEPENDIENTES, en cuanto a que el tipo tiene absoluta autonomía, es decir, no depende de otro tipo para existir; y CAUSUSTICO, atendiendo al hecho de que este tipo describe varias formas de cometer el delito y no solo una modalidad.

1. Causas de Atipicidad

Al hablar de atipicidad, nos referimos al aspecto negativo de la tipicidad, es decir, un impedimento de la integración del delito.

Para 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 existe cuando el comportamiento del hombre que es previsto con anterioridad en la ley en forma abstracta, no encuentra una adecuación en ese precepto por estar au-

sentos alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa.

El principio "nullum crimen", "nulla poena sine lege" que se equipara al principio "nullum crime sino tipo" que se traduce "no hay delito sin tipicidad" es perfectamente aplicable en nuestro Derecho y nos ubica en el supuesto de no aceptarse la analogía. Cuando el hecho no se encuentra tipificado o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no se aplicará ningún precepto por analogía, sino que no se integrará el delito.

Como ya mencionamos en el apartado anterior, suele confundirse entre ausencia de tipo y de tipicidad. La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador por cualquier circunstancia no describe una conducta que deberá ser incluida. La ausencia de tipicidad se presenta cuando existiendo el tipo, la conducta no se amolda a éste.

Finalmente, en toda atipicidad hay falta de tipo, en el sentido de que si un hecho específico no encuentra exactamente en el descrito por la ley, con referencia a él, no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden resumirse en 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 es pecíficamente señalados en la ley.
- e. Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.
- f. Por no darse en su caso, la antigüedad especial.

Algunas veces cuando se describe el comportamiento por el legislador, éste se refiere a cierta calidad en el su jeto activo, en el pasivo o en ambos. Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico. También 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. El artículo 302 del Código Penal dice ..."Comete el Delito de Homicidio el que priva de la vida a otro". (Cabe aclarar que en este caso -- tampoco hay objeto jurídico).

En ocasiones el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o tiempo; es decir, si la hipótesis le-

gal precisa de modalidades específicas, estas han de verificarse para la integración del delito, verbigracia el art. -- 265 del Código Penal que tipifica la violación "por medio de la violencia física o moral". (9)

Hablando exclusivamente del delito de violación, para Porte Petit la tipicidad de este delito, consistiría en la adecuación a lo prescrito por la ley; es decir, que exista una cópula realizada por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva, en cualquier persona sin importar el sexo.

C. ANTIJURIDICIDAD

Se ha afirmado que la antijuridicidad es un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al Derecho.

Algunos autores, siguiendo un criterio que atiende a la ley, han pretendido dar una noción de la antijuridicidad en forma negativa, así, entre ellos, Porte Petit argumenta que se tendrá como antijuridicidad una conducta adecuada al tipo cuando no se pruebe la existencia de una causa de justificación, recalcando que por hoy así funcionan los Códigos Penales, valiéndose de un procedimiento de exclusión, lo cual significa, en su criterio, la concurrencia de una doble condición para tener por antijurídica la conducta: la violación

9) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pag. 176

de una norma penal y la ausencia de causas de justificación.

Al respecto Castellanos Tena dice: "La antijuridicidad, es lo contrario al Derecho, por tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho".

(10)

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente el hecho realizado a una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo por solo recaer sobre la acción ejecutada.

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Por su parte Pavón Vasconcelos al respecto expresa: "la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el derecho del hombre y las normas del Derecho". (11)

Para alguna parte de la doctrina lo que realmente interesa al Jus-penalista, es, la contradicción objetiva de valores estatales en el núcleo mismo de todo fenómeno penal.

10) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pag. 178

11) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pag. 295

Para este sector actua antijurfdicamente quién contradice un mandato del poder. Raúl Carrancá y Trujillo, entendemos que la antijuridicidad es la oposici3n a las normas de la cultura, reconocidas por el Estado. Se le denomina tambi3n "ilicitud" palabra que tambi3n comprende el ambito de la referencia a la ley; "entuerto" palabra italiana y que en espaol -- constituye un arcaismo; e "Injusto", preferido por los alemanes para significar lo contrario al Derecho, que es equivalente a lo antijurfdico. Podemos resumir que antijuridicidad es la contradicci3n entre una conducta concreta y un concreto orden establecido por el Estado.

Cuando decimos "oposici3n a las normas" nos referimos a la ley.

Nos referimos a las normas de la cultura; es decir a las ordenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses, y cuando estas normas las reconoce el Estado la oposici3n a ellas viene a ser lo antijurfdico.

Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurfdico, se hace posible la antijuridicidad, es decir la violaci3n u oposici3n o negaci3n de la norma.

d. Ejercicio de un derecho.

Es aquella circunstancia en la que el individuo actúa de acuerdo al Derecho que la propia Ley le confiere. Es el obrar en el ejercicio de un derecho consignado en la Ley.

e. Impedimento legítimo.

El impedimento legítimo está reconocido como "circunstancia excluyente de responsabilidad" en el artículo 15, fracción VIII, de tal manera que no existirá delito cuando se contravenga lo dispuesto en una ley penal siempre que la conducta atienda a un interés preponderante.

Por todo lo que anteriormente -de manera muy somera- se expuso, podemos concluir que en el delito de violación por ningún motivo se puede dar una causa de justificación, porque un delito como el que nos ocupa no se cometerá ni por legítima defensa, si por estado de necesidad, mucho menos por cumplimiento de un deber, etc.

Es necesario que tal agresión sea real, presente, que no sea pasada ni futura, contraria a la ley, que entrañe un peligro inminente, inevitable por otros medios, para la persona, honor o bienes propios o ajenos.

b. Estado de necesidad.

Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de otros bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otras personas.

El estado de necesidad se caracteriza por ser un choque de intereses pertenecientes a distintos titulares, es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvar el grupo.

c. Cumplimiento del deber

Consiste en el actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de una ley o de un superior jerárquico. Actuar en cumplimiento de una obligación consignada en la ley.

En el delito de violación la única causa de atipicidad será la falta de medios exigidos por el tip, v.gr.: que haya consentimiento para realizarse la cópula y así el sujeto interesado no estará amenazado moralmente (vis compulsiva) o bien obligado por una fuerza física (vis absoluta).

Podemos decir que en el delito de violación no exige para su tipificación características específicas en el sujeto activo o pasivo; así como tampoco hace referencias temporales en cuanto a la violación propia, ni especiales ni a elementos normativos ni a elementos subjetivos.

Fontan Balestra comenta que el acceso carnal es ilegítimo cuando se realiza con persona respecto de la cual no tenga el agente derecho al coito.

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

1. Causas de licitud

Jiménez de Asúa, dice que son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; es decir, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva, pe-

ro en los que falte, sin embargo el carácter de ser antijurídico, contrario a Derecho, que es el elemento más importante del crimen. (12)

Debemos entender por causas de justificación aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Se considera como un aspecto negativo del delito; en presencia de una causa de licitud falta -- uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad.

Para Fernando Castellanos Tena, las causas de licitud son: "aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica". (13)

A continuación se mencionan las causas de licitud que en nuestro Derecho existen, según F. Castellano Tena:

a. Legítima Defensa:

Es la reacción que se tiene frente a una agresión antijurídica realizada por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

12) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. pag. 284

13) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pag. 183

D. CULPABILIDAD

La culpabilidad se identifica con la responsabilidad hacia el sujeto activo, pro haberse este conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal.

Con relación a este punto algunos autores como Castellanos Tena y Porte Petit, manifiestan "... ue la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto -- con su acto..." (14)

Jiménez de Asúa por su parte manifiesta que "... En el mas amplio sentido puede definirse la culpabilidad como - conjunto de presupuesto que fundamentan la reprochabilidad - personal de la conducta antijurídica". (15)

Son considerados elementos de culpa los siguientes:

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 resultado del actuar han - de ser previsibles, evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer y no hacer iniciales y el resultado no querido.

En nuestro Derecho Penal, la culpabilidad presenta -- tres formas:

14) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pag. 246

15 , Jiménez de Asua, Luis. Op. Cit. Pag. 352

- a. El dolo o intención
- b. La culpa o imprudencia
- c. La preterintencionalidad

a. El Dolo o Intención se presenta cuando el individuo o sujeto activo ya se ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado que esta misma tendrá enseguida decide en un acto de voluntad, llevar a cabo lo que en su mente se representó. Podemos ver que este tipo de conducta es intelectual y voluntaria.

Se presenta cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con plena conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y el 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.

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

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

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

b. La Culpa, también denominada imprudencia, se presenta cuando e da cuenta el sujeto activo que no quiere realizar una conducta que conlleve a un resultado delictivo, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados o reflexión realiza una conducta que produce un resultado delictuoso previsible.

La culpa, es la ejecución de un acto, que pudo, y además debio ser previsto, y que por falta de previsión en el agente, trae como resultado un efecto dañoso. Existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer. Esto no solamente cuando ha faltado al autor la representación del resultado que vendra, sino también cuando la esperanza de que no se sobreponga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico.

Las dos principales clases de culpa son: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.

La primera es aquella en la que el sujeto activo ha previsto el resultado típico como posible, pero a pesar de ello no lo quiere, es decir, abriga la esperanza de que no ocurra.

La culpa inconsciente, sin previsión o sin representación, existe cuando precisamente el sujeto activo no prevee

el resultado que es penalmente tipificado. Se presenta voluntariedad en la conducta causal, pero no se ha representado en la mente del sujeto el resultado de naturaleza previsible; es decir, no se previó un resultado por falta de diligencia.

A esta última clase de culpa solía clasificarse en lata, leve y levisima, atendiendo al criterio que rige en el campo del Derecho Civil según la mayor o menor facilidad en la prevención.

c. Preterintencionalidad. En el Código Penal para el Distrito Federal, está considerada esta última forma en la que se presenta la culpabilidad, en la fracción III del artículo 8° que dice: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia".

De aquí podemos derivar que en la preterintención, el resultado típico sobrepasa a la intención del sujeto.

Para Fernando Castellanos, la preterintencionalidad es no solamente dolo, ni únicamente culpa, sino una suma de ambas especies, que se inician en forma dolosa y terminan culp

samente en su adecuación típica. (16)

En los comentarios que el profesor Celestino Porte Petit hace al Código Penal para el Distrito Federal expresa que con la preterintención se evita sancionar como intencionales conductas que realmente no lo son, como ocurre cuando el responsable del ilícito quiere causar un delito menor y ocasiona imprudencialmente uno más grave. (17)

El dolo y la culpa, se representan en diferentes formas; el dolo puede presentarse de las siguientes formas;

Directo, el resultado corresponde al que había previsto el sujeto activo, es decir, hay voluntariedad en la conducta y se quiere el resultado.

Indirecto, que corresponde a la voluntad genérica de delinquir, sin proponerse a causar un delito en especial.

Eventual, el sujeto se propone un resultado diletivo, previniendo la posibilidad de otros daños mayores, pero se aceptan en el supuesto de que ocurran.

Por otro lado, la culpa puede revestir las siguientes formas: Consciente o inconsciente como ya se analizaron anteriormente.

16) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pag. 252

17) Código Penal para el D.F. Serie Legislación Mexicana 1984 Pag. 20

Para concluir con el análisis de la culpabilidad, se hará referencia al caso fortuito, en el que la conducta y el resultado que se verifica, no son atribuibles al sujeto, ni a título de dolo, ni de culpa; toda vez que el sujeto no se propone realizar una conducta típica, ni actuar en forma negligente o imprudente; en consecuencia, el acto viene a ser un accidente, un hecho extraño a la voluntad y al cuidado del sujeto que realizó la conducta.

Con relación a lo estudiado con la culpa, se concluye que en el delito a estudio puede existir el dolo -y especialmente el directo-, como forma de culpabilidad, ya que para la verificación de dicho ilícito se requiere necesariamente -del actuar consciente y voluntario, encaminado a la producción de un resultado típico y antijurídico. Resulta ser directo, porque el propósito del sujeto activo coincide con el resultado.

1. Inculpabilidad.

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad. Jiménez de Asúa nos dice que son causas de inculpabilidad "las que absuelven al sujeto del juicio de reproche".
(18)

18) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pag. 274

Castellanos Tena por su parte manifiesta que 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, solo existirá mediante la conjunción de los caracteres institutivos de su esencia. Así la tipicidad debe referirse a una conducta, la antijuridicidad 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 antijuridicidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular o de las causas de excluye la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesto a una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. (19)

La inculpabilidad se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa precisamente de inculpabilidad, que se refiere a la ausencia del conocimiento o voluntad en la realización de la conducta como en el caso de error esencial del hecho, y en general, la coacción sobre la voluntad.

A continuación se mencionaran las causas de inculpabilidad:

19) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pags. 257 y 258

- a. El error de hecho y error de derecho
- b. La obediencia jerárquica
- c. La legítima defensa putativa
- d. Estado de necesidad putativa
- e. Deber y derechos putativos
- f. La no exigibilidad de otra conducta
- g. El temor fundado
- h. Encubrimiento de parientes y allegados.

a. El error.

Es un falso conocimiento de la verdad, es una idea falsa o errónea respecto de un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo, en un defecto de origen psicológico en la formación de la voluntad.

El error de hecho, también llamado error de tipo, se produce cuando el agente cree encontrarse ante una causa de justificación, por error invencible, es decir, tiene un falso concepto sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación.

Los errores de hecho se puede dividir en esenciales y en accidentales.

Los errores esenciales producen inculpa**bil**idad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elemen

tos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad.

El accidental, no es causa de inculpabilidad, por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito o sobre simples circunstancias objetivas.

El error de Derecho, también llamado error de prohibición, es cuando existe una voluntad directamente encaminada a la concreción del tipo pero al tiempo que existe un cierto contenido doloso de la voluntad que rige a la conducta, hay circunstancias que impiden que esa voluntad dolosa sea también culpable.

El sujeto no sabe que su hecho es antijurídico o cree que esta exculpado, es decir, no sabe que su proceder está prohibido. El individuo tiene una facultad especial para valorizar el hecho, por lo que se refiere a su contenido y significación, en orden a la antijuridicidad y cuando teniendo esa facultad incurre en un error respecto de la naturaleza y alcance de la prohibición contenida en la norma, esto puede motivar a que aparezca una causa de inculpabilidad del hecho perpetrado, que haya realizado motivado en esa falsa valoración.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El matrimonio es un contrato civil, con fundamento en el artículo 130 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

SEGUNDA. El Derecho Penal tiene como finalidad proteger los bienes jurídicos de cada persona y por ende conservar la unión de la familia.

TERCERA. En el matrimonio el hombre y la mujer tienen los mismos derechos y obligaciones, y el fin último del matrimonio es la procreación y preservación de la especie.

CUARTA. Son derechos de los cónyuges decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, este derecho lo ejercerán en común acuerdo.

Es obligación de los cónyuges, contribuir cada uno -- por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Vivirán juntos en el domicilio conyugal, es decir, el

establecido de común acuerdo por ellos. Es obligación de ambos contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, -- alimentación, educación y a la de sus hijos.

QUINTA. Para que exista concubinato se requiere que vivan en unión como mínimo 5 años.

SEXTA. Considero que aplicar una pena de 8 a 14 años a un cónyuge, va en contra de los fines del Derecho Penal, ya que en vez de integrar, desintegra a la familia.

SEPTIMA. El cónyuge que impone una cópula violenta debe ser sancionado en base al artículo 226 del Código Penal vigente ya que él cree ejercer un Derecho y lo realiza por medio de la violencia.

OCTAVA. La cópula por vfa inidonia, encuadra en los elementos del artículo 226 al mencionar que ejercita un pretendido derecho.

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

1. ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO Y JOSE MA. LUZON CUESTA
CODIGO PENAL. EDITORIAL HISPANO EUROPEA.
BARCELONA ESPAÑA, 1968
2. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL
EDITORIAL PORRUA. 1986
3. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES
DEL DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRUA. 1989
4. CORTES IBARRA, MIGUEL ANGEL. DERECHO PENAL
EDITORIAL CARDENAS. 3a. EDICION, 1987
5. GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. DELITOS SEXUALES
EDITORIAL PORRUA, 4a. EDICION. MEXICO, 1979
6. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO
EDITORIAL PORRUA, 3a. EDICION, 1986.
7. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. CODIGO PENAL COMENTADO
EDITORIAL PORRUA.
8. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. LA LEY Y EL DELITO. PRINCIPIOS
DEL DERECHO PENAL. EDITORIAL SUDAMERICANA, 1981

9. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO
EDITORIAL PORRUA, 3a. EDICION. 1985

10. MAGALLON IBARRA, JORGE. TIPOGRAFICA
EDITORIAL MEXICANA, S.A. MEXICO, 1969.

11. OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. LA AVERIGUACION PREVIA
EDITORIAL PORRUA, 3a. EDICION, 1985.

12. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO
PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL. EDITORIAL PORRUA
7a. EDICION. MEXICO, 1958.

13. PORTE PETIT, CELESTINO. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL
DELITO DE VIOLACION. EDITORIAL PORRUA, S.A.
4a. EDICION. MEXICO, 1985.

LEGISLACION CONSULTADA

1. CODIGO CIVIL. EDITORIAL PORRUA. 55a. EDICION MEXICO, 1986.
2. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA. INSTITUTO DE INVESTIGACION JURIDICA UNAM. 1990
3. CODIGO PENAL. REPUBLICA DE CUBA, 1977
4. CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERETARO. ORLANDO CARDENAS V. EDITOR Y DISTRIBUIDOR. IRAPUATO, GTO. 1990.
5. CODIGOS PENALES Y PROCEDIMIENTOS PENALES. EDITORIAL CAJICA, S.A. PUEBLA, PUE.
6. ESTRICHE, JOAQUIN. DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CON SUPLEMENTOS. EDITORIAL NUEVA EDICION 1984
7. PALOMAR DE MIGUEL JUAN. DICCIONARIO PARA JURISTAS EDICION MAYO, 1988
8. ESTRICHE. DICCIONARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA VOLUMEN II. MADRID, 1947
9. CODIGO PENAL. COLECCION PORRUA, S.A. MEXICO, 1991.
10. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, XXV.
11. ANALES DE JURISPRUDENCIA.

12. CODIGO PENAL COMENTADO PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS I.I. JURIDICAS U.N.A.M. TOMO I, 1990

13. NUEVO CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUERRERO. EDITORIAL CAJICA. PUEBLA, PUE. 1986

14. TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO II EDITORIAL INSTITUTO EDITORIAL REUS, S.A. 3a. EDICION MADRID.