



3 21909

12  
24

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

"LA COMPROBACION DE LA VIOLENCIA FISICA Y  
MORAL EN EL DELITO DE VIOLACION  
EN EL MATRIMONIO".

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A :**  
**BEATRIZ IRIARTE JIMENEZ**

DIRECTOR DE TESIS: LIC. SERGIO T. MANCERA RODRIGUEZ

MEXICO, D. F.

1997

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



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 esta 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.

## **D E D I C A T O R I A S .**

A mis Padres: Porque gracias a su apoyo he llegado a realizar la más grande de mis metas, la cual constituye la herencia más valiosa que pudiera recibir.

A ti Papá, por darme la oportunidad de estudiar, y transmitirme las bases para luchar en la vida; agradeciendo la espera que tuviste para ver concluida esta Tesis.

A ti Mamá: Por ser una verdadera madre y amiga dandome tú ejemplo tan bello de admiración y respeto. Gracias por velar mis estudios durante todos estos años.

A mis hermanos Claudia y Guillermo: A los que considero mis mejores amigos y quienes siempre han estado conmigo en los momentos en los que más los he necesitado.

**In Memoriam**

**Tío Enrique:** Por ser un maestro más durante mi vida de estudiante. Con profunda gratitud a tú bondad y ejemplo que ha ennoblecido mi existencia.

**A tí Abuelito Raúl:** Con todo respeto y admiración, por tú espíritu de lucha y superación, a quien agradezco que haya compartido conmigo un momento tan esperado.  
Te quiero mucho.

**A la Sra. Virginia Sepúlveda:** Por ser una persona que ha sabido escucharme en todo momento y, a quien le doy las gracias por todo lo que me ha dado.

**Al Lic. Sergio T. Mancera Rodríguez:** Con mucho afecto, por haberme enseñado que la verdadera amistad es aquella que se entrega en todo momento, y a quien admiro como abogado litigante agradeciéndole el tiempo que le dedicó a la presente tesis.

**Al Lic. Rigoberto González Sánchez:** A quien siempre he tenido en un lugar muy especial durante el trayecto de mi licenciatura.

Al Lic. Rafael Palomeque: Quien me dio la mano cuando más lo necesite al principio de mi carrera, y por demostrarme su amistad en todo momento.

Al Lic. Enrique Salcedo Lezama: Por ser un buen amigo, y sobre todo maestro para darme una formación durante cinco años.

Al Lic. Miguel Romero Griego: Porque sin su apoyo, hubiese sido imposible la realización de la misma.

Muy especialmente a los Licenciados Octavio Alvarez, Gerardo Flores, Ma. de los Angeles Rojano y Victor Varela a quienes les agradezco el tiempo y la dedicación que le tuvieron a la presente, agradeciendoles sus comentarios que siempre fueron valiosos para su estudio.

A mis amigos y maestros todo mi agradecimiento.

# INDICE DE TRABAJO

## \* INTRODUCCIÓN.

### I.- ASPECTOS GENERALES ACERCA DEL MATRIMONIO.

1.1. Significado etimológico de matrimonio .....	1
1.2. Origen del matrimonio .....	2
1.2.1. Teoría Tradicional .....	4
1.2.1.1. Primitiva Promiscuidad.	
1.2.1.2. Matrimonio por grupos.	
1.2.1.3. Matrimonio por raptó.	
1.2.1.4. Matrimonio por compra.	
1.2.1.5. Matrimonio por consentimiento.	
1.2.2. Evolución del matrimonio .....	9
1.2.2.1. Matrimonio en el derecho romano.	
1.2.2.2. Matrimonio canónico.	
1.2.2.3. Matrimonio civil solemne.	
1.2.2.4. Matrimonio consensual moderno.	
1.3. Concepto y naturaleza jurídica del matrimonio .....	17
1.4. Requisitos para la celebración del matrimonio .....	24
1.4.1. Requisitos de fondo para contraer matrimonio .....	25
1.4.1.1. Diferencia de sexo.	
1.4.1.2. Pubertad legal.	
1.4.1.3. Consentimiento.	
1.4.1.4. Autorización para menores.	

1.4.1.5. Ausencia de impedimentos .....	28
1.4.1.5.1. La que proviene del Derecho Canónico, que los distingue en dirimentes e impedientes.	
1.4.1.5.2. La que los clasifica en absolutos y relativos.	
1.4.1.5.3. La que los divide en impedimentos dispensables y no dispensables.	
1.4.1.5.4. La aceptada por la doctrina española por Clemente de Diego y José Castán Tobeñas.	
1.4.2. Requisitos de forma para la celebración del matrimonio .....	31
1.4.2.1. Requisitos previos a la celebración.	
1.4.2.2. Requisitos propios de la celebración.	
1.5. Matrimonio por poder .....	34
1.6. Dispensa de impedimentos y suplencia de autorización .....	34
1.7. Oposición al matrimonio .....	35

## **II.- EFECTOS DEL MATRIMONIO.**

2.1. Efectos respecto de la persona de los cónyuges .....	37
2.1.1. Deber de cohabitación.	
2.1.2. Ayuda mutua.	
2.1.3. Débito carnal.	
2.1.4. Deber de fidelidad.	

2.2. La emancipación .....	40
2.2.1. Concepto de emancipación.	
2.2.2. Introducción a la historia de la emancipación.	
2.2.3. La emancipación en nuestra legislación.	

### III. DELITO DE VIOLACIÓN.

3.1. Concepto y tipos de violación .....	55
3.2. Elementos de la violación .....	59
3.3. Concepto de cópula .....	60
3.4. Medios por los que puede realizarse la conducta descrita .....	64
3.4.1. Cópula por medio de fuerza física: vis absoluta.	
3.4.2. Cópula por medio de violencia moral: vis compulsiva	
3.5. La violación en orden a la conducta .....	71
3.6. Clasificación en orden al resultado .....	73
3.7. Ausencia de conducta .....	75
3.8. Tipicidad .....	76
3.9. Elementos del tipo .....	77
3.9.1. Bien Jurídico tutelado.	
3.9.2. Sujeto Activo.	
3.9.3. Sujeto Pasivo.	
3.9.4. Objeto material	
3.10. Atipicidad .....	83
3.11. Causas de licitud .....	84
3.12. Imputabilidad e inimputabilidad .....	85
3.13. Culpabilidad .....	87
3.14. Inculpabilidad .....	89

3.15. Consumación .....	91
3.16. Tentativa .....	92

#### **IV. LOS CÓNYUGES COMO SUJETOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN.**

4.1. ¿Violación entre cónyuges? .....	94
4.2. Análisis de por qué los cónyuges cumplen con los requisitos para que se de tal delito .....	100
4.3. Elementos que se deben de aportar para la comprobación del delito de violación entre cónyuges .....	107

* CONCLUSIONES .....	115
----------------------	-----

• BIBLIOGRAFIA.

• LEGISLACION.

Como dijo acertadamente un jurista,  
ninguna acusación es más difícil de hacer  
que la de violación; ni existe proceso en  
que la inocencia del acusado sea más  
difícil de probar.

**Sidney Smith.**

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

El presente trabajo tiene como objetivo central, analizar la existencia del delito de violación cometido por uno de los cónyuges en agravio del otro, ya que la negativa de uno de los consortes para acceder a la relación sexual que debe al otro, de ninguna manera autoriza a éste para ejercer su derecho por medio de violencia física o moral.

El Código Civil al regular al matrimonio, no establece expresamente como obligación de los cónyuges la sexual; pero siendo la libertad, uno de los valores del ser humano, nadie puede imponernos a realizar una determinada conducta contraria a nuestra voluntad, de manera que donde termina la libertad sexual de un cónyuge comienza la libertad sexual del otro.

En este orden de ideas el desarrollo de esta tesis se ha dividido en cuatro capítulos. En el primero de ellos titulado "Aspectos Generales acerca del matrimonio", abordamos el significado etimológico del matrimonio, así como el origen, concepto y naturaleza del mismo, mencionando cuáles son los requisitos para la celebración del mismo. En el Apartado segundo, denominado "Efectos del matrimonio", realizamos una breve referencia de éstos en cuanto a la persona de los cónyuges, así como al concepto de emancipación y su regulación en nuestra legislación civil. El capítulo tercero denominado "Delito de violación", hacemos el análisis jurídico de este delito, así como de cada elemento que integra dicha figura típica. Y por último el capítulo cuarto titulado "Los cónyuges como sujetos del delito de violación", se examinará a la Violación entre cónyuges y el porqué se cumplen con los requisitos para la integración de los elementos del tipo.

Somos los primeros en reconocer que, desde luego, no faltarán errores y vacíos en el desenvolvimiento de la tesis, por lo que de antemano pedimos la benevolencia y comprensión del lector especialista en el estudio del Derecho.

Por otra parte, es de señalar la escasa bibliografía jurídica y de publicaciones periódicas nacionales que traten con profundidad y amplitud sobre el delito de violación entre cónyuges, por lo que si la presente tesis resulta de alguna mínima utilidad para trabajos subsecuentes, será honda y suficientemente compensado por las horas dedicadas a su preparación.

Aprovechamos complacidamente, la oportunidad para manifestar nuestro agradecimiento a todas aquellas personas que, de alguna manera, nos estimularon y ayudaron a escribir este trabajo hasta su conclusión. Finalmente, deseamos hacer patente nuestro más respetuoso reconocimiento al Licenciado Sergio T. Mancera Rodríguez por su atinada dirección y valiosos comentarios dispensados que hicieron posible realizar esta tesis.

Agosto de 1996.

Beatriz Iriarte Jiménez.

**CAPITULO I**

**ASPECTOS GENERALES ACERCA  
DEL MATRIMONIO.**

## CAPÍTULO I. ASPECTOS GENERALES ACERCA DEL MATRIMONIO.

### 1.1. SIGNIFICADO ETIMOLÓGICO DE MATRIMONIO.

Guillermo Cabanellas, en su " Diccionario de Derecho Usual" dice que la palabra matrimonio deriva de la voz latina *matrimonium*, derivado a su vez de *matri* (por *matris*), genitivo de madre; y de *manus*, cargo u oficio de la madre.

Explica que se prefirió el nombre de matrimonio y no el de patrimonio, por cuanto era la mujer la que, en realidad, determinaba el vínculo de parentesco, por la certidumbre de la filiación, en las primitivas épocas de promiscuidad sexual; y, más adelante por entenderse que para la mujer son las mayores obligaciones del matrimonio, por los hijos y el hogar, sin excluir que su atracción es la que mueve al hombre, casi siempre, a la iniciativa de proponerlo y al hecho de consumarlo.

Cita otras cuatro etimologías, indicadas, en la Suma Teológica, por Santo Tomás: a) de *matrem munies*, defensa de la madre; b) de *matrem monens*, porque previene a la madre que no se aparte del marido; c) de *matre nato*, por cuanto la mujer se hace madre del nacido; y, d) de *motos y materia*, porque al ser dos en carne una, forman los cónyuges o matrimonio una sola materia.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina, 1972, págs. 653, 654.

Sara Montero Duhalt, señala que la etimología de matrimonio significa carga de la madre, y que el término patrimonio proviene del latín *patris nomium*, que expresa carga del padre. Considera que el concepto etimológico de las palabras matrimonio y patrimonio demuestra el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre. El padre que debe proveer al sustento del grupo familiar, y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar.<sup>2</sup>

## 1.2. ORIGEN DEL MATRIMONIO.

Por ser el matrimonio la forma casi universal de constituir la familia, el panorama histórico del mismo coincide con el de la familia.

El estudio de la evolución del matrimonio a través de la historia, nos proporciona también el conocimiento de la situación ancestral de desigualdad de trato entre las personas de ambos sexos, el predominio del varón y el sojuzgamiento de la mujer, (si esto ha sido patente en todo tipo de relaciones, asume su forma más aguda en el matrimonio).

En épocas muy remotas, se conoció el matrimonio en forma exogámica; los hombres de un clan o de una tribu tomaban como esposas a las mujeres de otra tribu.

---

<sup>2</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 5a. ed. Porrúa, S.A., México, 1992, pág. 95.

La teoría tradicional acerca del comportamiento sexual de los primeros humanos nos habla de una total promiscuidad en la que los hombres no se dejan guiar más que por su instinto, el que satisfacen cuando surge y con la pareja que esté a la mano, por tanto, a lo largo de toda evolución de la figura matrimonio vamos a encontrar la misma actitud, real o figurada por los que la estudian: el varón viola, rapta, compra, se disputa, cambia, persigue, repudia, posee, se apropia de la mujer.

El rapto pudo haber sido también una forma de matrimonio, que evolucionó, hacia el matrimonio por compra, la figura romana de la *coemptio*, es una huella del matrimonio por compra, y posiblemente la entrega de las arras en el matrimonio católico, es un antecedente de esta forma de matrimonio.

Encontramos que en uno de los orígenes del matrimonio hay una relación de carácter social, después aparece el vínculo religioso en Roma bajo la forma de *confarreatio*. En todo caso se descubre en el desarrollo de esta institución, un dato constante que es la voluntad de los consortes de convivir como marido y mujer.

Las *justae nuptiae* hace que la esposa ingrese al hogar del marido y participe del culto de los dioses lares y penates, que presidían y protegían toda la vida doméstica.

Desde sus principios, la Iglesia Católica sustituyó las ceremonias paganas de celebración del matrimonio, por un rito que se apoya en los principios del Evangelio.

El matrimonio católico es un sacramento que adquieren los esposos por voluntad libre y espontánea, manifestada en el acto en el que ellos son los ministros y el sacerdote testigo que da fe ante la Iglesia y ante Dios, de que los consortes declaran en una ceremonia solemne su voluntad de unirse en matrimonio y de permanecer fieles a la promesa que hicieron ante Dios.

En el siglo XVI, la potestad civil recobra jurisdicción sobre las causas matrimoniales, en el siglo XVIII, el Estado poco a poco desconoce los efectos civiles de determinados matrimonios celebrados ante la Iglesia, si no reúnen los requisitos que establecía la ley civil, la Constitución Francesa de 1791, establece que el matrimonio es un contrato civil y así la institución familiar queda incorporada definitivamente al derecho civil positivo sancionado por el Estado.

En nuestro país por la ley de 23 de julio de 1859 quedan secularizados todos los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos el matrimonio. Los códigos civiles de 1870 y 1884 confirman la naturaleza civil del matrimonio y su carácter indisoluble.

### **1.2.1. TEORÍA TRADICIONAL.**

Distingue esta teoría diversas etapas, no coincidentes en el tiempo y en todos los lugares pero que estuvieron presentes en muchas culturas. La primitiva promiscuidad sexual, el matrimonio por grupos que asume a su vez variantes, el matrimonio por raptó, el matrimonio por compra, el matrimonio consensual.

### 1.2.1.1. PROMISCUIDAD PRIMITIVA.

Este tipo de comportamiento sexual se supone que corresponde a la etapa del salvajismo anterior a toda cultura, en sus principios el humano se comportó guiado por sus instintos primarios, la búsqueda del alimento para la sobrevivencia y el instinto reproductor para la continuidad de la especie, la lucha del hombre por sobrevivir con otras especies animales mucho más fuertes, hizo desarrollar su astucia e intelecto.

Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y por lo tanto, la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre, los hijos seguían la condición jurídica y social de aquélla, dándose así lugar al matriarcado.

Modernamente, a partir del siglo XIX empezó a ponerse entre dicho la teoría de la primitiva promiscuidad, aduciéndose que en ningún lugar del planeta, por primitiva que sea la cultura, se encuentran vestigios de un discriminado comercio sexual.

Ahora bien, con la influencia del cristianismo, tan definitiva en la cultura occidental, convirtió en tabú todo lo relativo al sexo. Nada tiene de raro, que los sociólogos, antropólogos y demás estudiosos de las relaciones humanas, inspirados de las ideas de la cultura occidental, sobre todo del puritanismo que caracterizó al siglo XIX nieguen rotundamente la posible existencia de un estado primitivo de promiscuidad, basados más en cuestiones morales que en realidades científicas.

### 1.2.1.2. MATRIMONIO POR GRUPOS.

Algunos estudiosos como Engels, afirman que el matrimonio por grupos, pertenece a una época tan remota que no se han podido encontrar pruebas directas de su existencia, ni aún en los fósiles sociales o entre los salvajes más atrasados.

Esta etapa también es conocida con el nombre de "cenogamia", ya que consiste en la relación sexual establecida entre un grupo de hombres con un determinado grupo de mujeres en el cual todos son cónyuges en común, se presenta como una forma de promiscuidad relativa pues por la creencia mítica derivada del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan.

En razón de esta prohibición, los miembros varones de una tribu tienen que buscar mujeres fuera de la misma y viceversa, las mujeres no pueden casarse con los varones de su familia extensa, de allí surge la llamada exogamia que consiste en la relación sexual con miembros de tribus diferentes a los de la propia.

"El matrimonio por grupos de carácter exogámico a su vez, presenta dos características principales; la que consiste en que los diferentes varones de una tribu se casan con diferentes mujeres de otra, y la segunda en que el grupo de mujeres hermanas entre sí, o un grupo de hermanos tengan en común por esposas a diversas mujeres, a este especial matrimonio por grupos se le ha llamado *Punalúa* (hermano) y su existencia fue conocida en la Polinesia por investigadores del siglo pasado."<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob. Cit. pág. 102.

### **1.2.1.3. MATRIMONIO POR RAPTO.**

Fue una de las formas más usuales de realizar el matrimonio en diversos pueblos de la tierra; entre los principales factores que originaron este matrimonio pueden citarse la exogamia que prohibía el matrimonio entre los miembros de una misma tribu, la escasez de mujeres derivada de la salvaje costumbre generalizada en algunos pueblos (China, Egipto, Babilonia, Asiria, Israel, India y Persia por ejemplo), de sacrificar a las recién nacidas, pues las mujeres no eran elementos deseables como proveedores de satisfactores.

En esta institución la mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por tanto, los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que logran arrebatar al enemigo, de la misma manera que se apropian de bienes y animales.

El matrimonio por rapto es un primer paso hacia la monogamia, el raptor se casa únicamente con la raptada y le exige fidelidad y obediencia plena, castigándose terriblemente sus faltas al respeto; no sucede lo propio con el hombre, quien es libre por ser el conquistador y puede ser infiel impunemente.

Derivada de la exclusividad sexual que tiene el hombre sobre la esposa raptada, los hijos de ésta tendrán paternidad cierta; el hombre se siente seguro de su paternidad y en base a ella, sus hijos serán sus herederos legítimos, el parentesco se establece por línea paterna.

#### 1.2.1.4. MATRIMONIO POR COMPRA.

Aquí se consolida definitivamente la monogamia adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra sometida a su poder. En donde el varón además de la fuerza física superior y que la utilizó primariamente para apoderarse de las mujeres, como se vio en el matrimonio por raptó, un segundo factor que contribuyó a la supremacía masculina fue la división del trabajo y su valoración económica, dentro del mismo se desarrollaba la actividad femenina que, si para ella no necesitaba la fuerza física, si significaba infinito gasto de energía para la producción de los innumerables servicios que requería la crianza de los hijos y el mantenimiento de las condiciones de vida dentro de la casa.

El varón es estimado dentro del seno familiar por constituir un elemento productivo, a la mujer se le desdeña y se le vende como a un objeto; de esta manera el padre recupera en algo todos los gastos que le ha ocasionado la crianza y la manutención de una niña. La mujer pasa del dueño padre al dueño esposo, éste la ha comprado, es su propiedad y puede ejercer sobre ella actos de dominio.

Fueron las civilizaciones hebrea, griega y romana las que consolidaron y transmitieron a otros pueblos el matrimonio por compra, el precio de la novia se entregaba al padre o al ascendiente más cercano, por medio de las *arrae sponsaliciae*, que era la donación que el hombre entregaba a la mujer en respaldo o como remuneración de la dote.

El precio llegó a significar la legitimación del matrimonio y daba firmeza y realce al honor de la mujer, de esta suerte en África Occidental, la mujer casada sin haber sido debidamente pagada, se le considera deshonesto y disoluta.

### 1.2.1.5. MATRIMONIO CONSENSUAL.

Se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie.

Es tan reciente en la historia humana el matrimonio plenamente consensual entre ambos cónyuges que apenas en 1962 surgió un tratado internacional mediante el cual las naciones firmantes se comprometen a que el matrimonio será únicamente producto del consentimiento de los consortes, México recién ratificó ese tratado (D.O. 19 de Abril de 1983) aunque nuestra tradición jurídica desde siempre ha admitido solamente este tipo de matrimonio.

### 1.2.2. EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

#### 1.2.2.1. MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.

"El romanista Modestino definió al matrimonio como *'conjunctio maris et foeminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio'*. El matrimonio lo entendían como una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis* (amor), siendo necesaria una convivencia afectiva, debiéndose guardar la consideración y respeto debidos".<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Derecho Matrimonial. 5a. ed. Temis, Bogotá, 1990. pág. 47.

Se consideraba al matrimonio como un hecho natural, un estado de vida, cuando se presentaban los dos elementos esenciales del mismo: la comunidad de vida (*deductio*) y la comunidad espiritual (*affectio maritalis*), la primera, fija el instante en que se inicia el matrimonio y consiste en la unión física de ambos cónyuges que va a establecer entre ellos un estado de vida conyugal; la *affectio maritalis* se manifiesta por la permanencia de la vida en común en que ambos tienen trato recíproco de esposos, es trascendental para la constitución y duración del matrimonio, de allí que el matrimonio era disoluble en vida cuando dejaba de existir el elemento esencial del afecto entre ambos consortes.

Este tipo de matrimonio romano consensual, fue llamado matrimonio por usus, es decir, por el hecho de vivir como casados sin ninguna ceremonia particular que le diera realce, y se disolvía con la misma facilidad con que se había iniciado cuando, antes de transcurrir un año de vida en común, la mujer se ausentaba del hogar por tres noches seguidas, mas que disolver el matrimonio como comunidad de vida, la ausencia *trinocti* de la mujer lo que hacia era impedir que ella cayera bajo la *manus* (potestad) de su marido, es decir, ambos permanecían libres uno respecto del otro y podían separarse por la voluntad unilateral o mutua.

Roberto Suárez Franco menciona que "en el derecho antiguo no se conoció otro matrimonio que el *cum manus*. Hacia fines de la República, cuando los divorcios se hicieron frecuentes y la depravación de las costumbres fue invadiendo la sociedad, la *manus* cayó en desuso. Por el matrimonio *cum manus* la mujer *sui o alieni iuris* (persona que se encontraba subordinada a la potestad de la otra), salía de la familia de origen y entraba en una nueva familia en su condición de sometida, con la particular función de procurar al jefe de la familia o a sus súbditos libres una decencia legítima.

El marido adquiría la *manus* sobre su esposa mediante alguno de los tres modos que existía en Roma para contraer nupcias siendo estos: la *confarreatio*, (modo de contraer matrimonio en donde debían decirse palabras solemnes en presencia de diez testigos, celebrándose un sacrificio) si se trataba de patricios; por la *coemptio*, (ceremonia en virtud de la cual se celebraba el matrimonio *cum manu*) si de plebeyos, quienes también podían lograr la *manus* mediante la cohabitación continuada por espacio de un año o más años y; el *contubernium* (convivencia sexual entre esclavos, autorizada por los señores, en donde podía tener efectos jurídicos después de la *manumissio* que era una de las causas de extinguir la esclavitud en donde el amo daba su declaración expresa de otorgar la libertad a aquél) si se trataba de esclavos. El matrimonio sólo podía contraerse entre personas que hubiesen llegado a la edad de la pubertad, y que poseyeran el *status libertatis* y expresaren intención de contraerlo. El matrimonio *cum manus* ponía fin a los vínculos con la familia de origen; la mujer perdía toda independencia y parentesco civil (*agnaticio*), quedaba sustraída de sus parientes agnados y perdía todo derecho derivado de tal parentesco.

El matrimonio *sine manus* nació como reacción contra el anterior. No se ha podido determinar cronológicamente de manera precisa su aparición en el derecho romano.

Para algunos, existía ya en la época de las Doce Tabas; para otros, solo se le conoció a fines del siglo IV. El matrimonio *sine manus* fue el más común entre los romanos; su celebración no sustraía a la esposa de su *status familiae*, ni perjudicaba la legitimidad de los hijos; ella conservaba sus vínculos y posición que tenía antes de su matrimonio".<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Idem.

Existieron otras formas de matrimonio ya mencionadas entre los romanos, ellas son la *coemptio* y la *confarreatio*, la primera corresponde al ya estudiado matrimonio por compra que tuvo gran aceptación entre los plebeyos y posteriormente entre los patricios cuando decayó la costumbre de la *confarreatio*, esta última corresponde al llamado matrimonio solemne.

#### 1.2.2.2. MATRIMONIO CANÓNICO.

El canon 1055 con el que comienza el título denominado "El Matrimonio" se refiere a este, explicando que la alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida ordenado por su misma índole natural, al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo a la dignidad de Sacramento entre bautizados. Por tanto, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.

A la caída del Imperio Romano de Occidente (476 d.C.), la rigurosa institución patriarcal romana, vigente desde sus orígenes monárquicos, durante la república y a principios del imperio, se había debilitado grandemente. La patria potestad ya no era exclusiva del varón, sino compartida por la madre; la mujer adquirió una serie de derechos con la extinción de la tutela perpetua a que se vio sometida hasta el año 321 en que Constantino la abolió; proliferó el divorcio, la familia sufrió fuertes disgregaciones por la necesidad de cumplir con las misiones bélicas que la expansión del imperio trajo consigo.

Tanto el matrimonio, como los principales actos del estado civil de las personas (nacimiento y muerte), empezaron a ser de la incumbencia de la Iglesia a través de los registros parroquiales, el matrimonio permaneció

consensual, sin reglas específicas de constitución y organización, sino como una situación de hecho, reconocida por la Iglesia y por ende, por la sociedad medieval.

No fue sino hasta el Concilio de Trento (1545-1563) en que se estableció a través del derecho canónico, la organización del matrimonio como un sacramento.

El matrimonio canónico es consensual por excelencia, son los propios contrayentes quienes manifiestan su voluntad de unirse en matrimonio, y la presencia de la autoridad eclesiástica tiene únicamente el papel de testigo de calidad, además de tener dos características fundamentales: es indisoluble y constituye un sacramento.

### **1.2.2.3. MATRIMONIO CIVIL MODERNO.**

El matrimonio canónico se caracteriza por sus rituales religiosos solemnes y en tanto esa clase de matrimonio como el civil se celebran con festividades sociales a los que los contrayentes, sus familiares y círculo de amigos conceden importancia.

Todo lo anterior explica que la ceremonia de contraer matrimonio es normalmente un acto solemne, con solemnidad social o religiosa, no necesariamente como acto jurídico solemne.

El matrimonio civil surgió en Holanda en 1580, como un medio para regular la posición de los disidentes religiosos, de las minorías que no tenían una organización de algún modo reconocida por el Estado en forma que

se pudiera atribuir a sus ministros la facultad de celebrar uniones con efectos ante el Estado.

La introducción del matrimonio civil era una forma de tolerancia religiosa y la participación del Estado inicialmente era formal. A mediados del siglo XVII, en un país no católico (la Inglaterra de Cromwell) se estableció el matrimonio civil obligatorio, previa la afirmación del Derecho del Estado a regular plenamente la institución.

En los países católicos, hacia fines del siglo XVIII, cuando se intensifica el concepto de Soberanía del Estado y la necesidad de que presencie las actividades más significativas de la vida de las personas, se insinúa el deseo de que sea el Estado el que regule íntegramente el matrimonio; expresión de esta conciencia es la patente matrimonial de José II, del 16 de Enero de 1783, esta corriente laicista produjo una reacción en la Iglesia, que sostuvo la tesis de que entre bautizados no se puede dar contrato matrimonial que al mismo tiempo no sea sacramento.

La Revolución Francesa, y específicamente la Consumación de 1791, declaró que "la ley no reconoce en el matrimonio más que un contrato civil", reafirmada por la ley 20 del 25 de septiembre de 1792. El Código de Napoleón de 1804, no reprodujo la definición de 1791, pero, consideró al matrimonio como acto civil.

En Italia, el Código Albertino que estuvo en vigor hasta 1865, remitía a la Iglesia la celebración del matrimonio, estatuyendo sobre los efectos civiles de éste; el Código Civil, que entró en vigencia el primero de Enero de 1886, sólo reconocía al matrimonio civil y la ley del 27 de mayo de 1929 le reconoció efectos civiles al matrimonio católico por último el Concordato del mismo año consagró dualidad de regímenes: civil y religioso.

El matrimonio es un acto jurídico solemne cuando la ley exige ciertas formas particulares, llamadas solemnidades, como requisito de existencia del mismo, no todas las legislaciones exigen la solemnidad, sino que basta con el consentimiento de los contrayentes mediante ciertas formas que, si no se cumplen, el matrimonio de todas maneras subsistirá.

Nuestro derecho positivo considera al matrimonio un acto solemne. Consiste la solemnidad en que forzosamente tiene que realizarse frente al oficial del Registro Civil, en que preguntará a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y ante la respuesta afirmativa de ambos, declarar en nombre de la ley y de la sociedad que los contrayentes han quedado unidos en legítimo matrimonio, acto seguido se levantará el acta y será firmada por los consortes y el oficial cuando menos.

Ante la ausencia de estos requisitos, no existirá el matrimonio. Por ello se les consideran requisitos de existencia y en su conjunto constituyen la solemnidad del matrimonio.

Ramón Badenes cita que "en España, existe el matrimonio civil secreto, dentro del cual se otorga una dispensa para su celebración la que es concedida por el Ministerio de Justicia, a propuesta de la Dirección General de los Registros; el acta, sin producir asiento alguno en los libros de inscripciones, será remitida original inmediata, y reservadamente al Registro Central, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del Reglamento del Registro Civil. El Código Civil español en su artículo 54 (reformado) se refiere a esta clase de matrimonio disponiendo que 'cuando ocurra causa grave suficientemente probada, el Ministerio de Justicia podrá autorizar el matrimonio

secreto. En este caso, el expediente se tramitara reservadamente, sin la publicación de edictos o proclamas".<sup>6</sup>

#### 1.2.2.4. MATRIMONIO CONSENSUAL MODERNO.

El matrimonio consensual o *Common law marriage* es aquel creado por el mutuo consentimiento de las partes contrayentes, y cuya validez no depende de ceremonia alguna, bien sea de tipo civil o religioso, es una creación de los jueces de diversos Estados de la Unión Americana, sin apoyo en legislación alguna, de ahí su denominación de *Common law marriage*.

En su aspecto teórico este tipo de matrimonio informal descansa enteramente en una concepción contractual de la unión conyugal similar a la del derecho canónico.

Los Estados que consagran la validez de este tipo de matrimonio lo hacen a pesar de que en sus respectivas jurisdicciones rigen estatutos que requieren la obtención de una licencia antes de contraer matrimonio, y su celebración ante funcionario autorizado.

A través de la jurisprudencia se pueden vislumbrar tres modalidades del matrimonio consensual:<sup>7</sup>

a) La que expresa que para el perfeccionamiento del vínculo matrimonial es suficiente el intercambio de consentimiento manifestado oralmente o por escrito, entre un hombre y una mujer que no están impedidos para contraer matrimonio;

<sup>6</sup> BADENES GASSET, Ramón. Las Relaciones Jurídicas Patrimoniales. Marcambo Beixeu Editores, 6a.ed. Barcelona, 1982, pág. 271.

<sup>7</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob. Cit. pág. 110.

b) La que postula que para el perfeccionamiento del vínculo matrimonial no basta el acuerdo de voluntades manifestado oralmente, o por escrito, sino que es indispensable la convivencia como marido y mujer; y,

c) La que señala que para el perfeccionamiento del vínculo matrimonial se requiere además del consentimiento y la convivencia, que la comunidad en donde la pareja vive los considere como matrimonio.

Una vez perfeccionado el matrimonio, los contrayentes tienen iguales derechos y obligaciones, que si hubiesen contraído matrimonio formal, y el vínculo sólo puede disolverse por declaración judicial en acción de divorcio, o por muerte de uno de los cónyuges.

Las razones de ser de este tipo de matrimonio, se desprenden de la jurisprudencia de los tribunales, y son básicamente dos: salvaguardar la legitimidad de los hijos y la integridad del patrimonio de familia.

### 1.3. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

Diversas son las definiciones que sobre esta institución ha aportado la Doctrina Nacional.

La institución del matrimonio ha sido definida por los sociólogos como "una relación estable de cohabitación sexual y domiciliar, entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que pueda surgir".<sup>8</sup>

<sup>8</sup> GINER, Salvador, citado por Alicia Pérez Duarte, Derecho de Familia. Fondo de Cultura Económica, Colección Popular 503, México, 1994, pág. 43.

Alicia Pérez Duarte <sup>9</sup> explica la definición y naturaleza jurídica del matrimonio. Nos dice que el matrimonio es una estructura cuya pretensión es la organización de la sexualidad de varones y mujeres y la crianza de los hijos e hijas que pudieran nacer de esa convivencia sexual.

Expone que a lo largo de la historia, el control de los grupos en el poder a cerca de esta relación ha variado. En algunas épocas ha sido más rígido que en otras, pero desde que existe una organización social es de afirmar que donde hay familia hay matrimonio o una forma legal similar de control sobre la sexualidad de la pareja. A veces este control se ejerce por grupos de poder de corte religioso y otras por grupos de poder seculares. La historia de México, no escapa de este esquema. Durante la época prehispánica, hay noticias de la realización de matrimonios a través de una serie de ritos de índole eminentemente religioso pero sancionados por el poder público. Algunos de estos ritos se encuentran entre grupos étnicos de nuestro país mezclados ya con ritos de la iglesia católica. Se trataba —y trata aún en estos grupos indígenas— de una unión formal y solemne realizada cuando los jóvenes alcanzaban la edad púber, cuyos fines principales fueron la perpetuación de la raza y las tradiciones.

En la época colonial rigió en nuestro territorio el Derecho Español y el Derecho de Indias. En el primero se prohibía los matrimonios celebrados sin noticia de la Iglesia, según lo establecido en la Cédula Real del 23 de septiembre de 1776. Sin embargo, dentro de la Nueva España, desde el 5 de agosto de 1555, Carlos V, a través de una ordenanza, dispuso que las leyes y buenas costumbres de los indios se aplicarán entre ellos en lo que no se opusieran a la religión católica, a las leyes de Castilla y de la propia Nueva España.

---

<sup>9</sup> PEREZ DUARTE, Alicia. Ob. Cit. págs. 43-50.

Durante la primera etapa de la vida independiente de México se le dio validez a los matrimonios celebrados conforme al Derecho Canónico, tal es el caso, por ejemplo, del artículo 78 del Código Civil de Oaxaca de 1828, y a nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal.

No es sino hasta después de declarada nuestra independencia y con la promulgación de las Leyes de Reforma, cuando se suprime en definitiva la injerencia de la Iglesia en la institución del matrimonio.

Entre estas leyes, el 23 de julio de 1859 se dictó la Ley del Matrimonio Civil, que en su artículo 30 dispuso: " Ningún matrimonio celebrado sin las formalidades que prescribe la ley será reconocido como verdadero y legítimo para los efectos civiles pero los casados conforme a ella podrán, si lo quieren, recibirlas bendiciones de los ministros de su culto" .

Posteriormente, los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884 estatuyen que " El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" , en sus artículos 159 y 155, respectivamente.

El artículo 13 de la Ley sobre Relaciones Familiares, del 9 de abril de 1917, establece que " El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" .

Precisa la mencionada autora que el cambio de naturaleza entre los ordenamientos decimonónicos y la citada Ley de 1917 obedece a la adecuación de esta última al artículo 130 Constitucional, donde establece que el

matrimonio es un contrato civil siendo un acto de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Aclara que los estados de Baja California y México tienen dentro de sus ordenamientos una definición de matrimonio que reforma las bases establecidas originalmente por nuestra Carta Magna. El artículo 143 del Código Civil del primero señala que: " el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para convivir y realizar los fines esenciales de la familia como institución social y civil" , y se añade que debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades por ellas exigidas. El artículo 131 del Código Civil para el Estado de México establece: " el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente" .

Considera que la naturaleza jurídica del matrimonio es controvertible. el matrimonio es una figura tan compleja de múltiples vértices , como la relación que pretende normar.

El legislador mexicano, explica, parece haber disuelto el problema señalado el carácter contractual de esta figura. Sin embargo, no es una definición que satisfaga a todas las personas estudiosas del derecho Familiar de nuestro país, la razón de ello se encuentra precisamente en la connotación afectiva y ética que debería prevalecer en esta relación particular entre un hombre y una mujer. La experiencia vivida que cada persona tiene en el ámbito amoroso afectivo la lleva a cuestionar toda definición de la naturaleza del matrimonio que implique una conceptualización de carácter patrimonial como contractual.

Afirma que la naturaleza contractual del matrimonio obedece a razones históricas, en concreto a la necesidad que a finales del siglo pasado tenía nuestro estado de quitarle a la Iglesia católica el control que ejercía sobre el estado civil de las personas.

Resulta inoperante hacer un estudio comparativo entre los contratos nominados y el matrimonio para decidir si éste es o no de naturaleza contractual. El elemento común entre unos y otros lo constituye el acuerdo de voluntades que se requiere para la concreción de los contratos y la celebración del matrimonio.

Identifica a Jorge Magallón Ibarra entre los autores que aceptan el concepto de matrimonio-contrato, quien hace una salvedad que distingue este instituto del resto de los contratos de corte patrimonial. Según este autor, el matrimonio es un contrato *sui generis*, totalmente distinto a todos los demás, con reglas propias, con formas específicas para su celebración, pero sigue siendo un acuerdo de voluntades y, por lo tanto, un contrato.<sup>10</sup>

Además de esta naturaleza contractual, se le ha querido adjudicar otras características como: institución, acto jurídico, mixto o condición, contrato de adhesión, estado jurídico o acto de poder estatal.

La autora Alicia Pérez Duarte estima que la naturaleza institucional es la de mayor aceptación entre quienes se oponen a la naturaleza contractual del matrimonio. Se debe a Bonnacasse haberla precisado. En este sentido, el matrimonio es una institución porque se trata de un núcleo de normas que regulan relaciones de una misma naturaleza y persiguen un mismo fin que, en este caso, es la creación de un estado permanente entre los cónyuges del que surgen una serie de efectos de tipo jurídico.

Considera que la definición de Bonnacasse comprende los tres momentos del matrimonio, es decir: el momento de su celebración, que

---

<sup>10</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, El matrimonio. Sacramento-Contrato-Institución. Tipográfica Editora Mexicana, México, 1965, pág. 237.

podemos definir como un acto jurídico y aceptar, incluso, su naturaleza contractual *sui generis*; el estado jurídico y el conjunto de reglas que, dentro de nuestro ordenamiento, señalan los efectos y fijan los límites de esta figura.

La institución se define como " un conjunto de reglas de derecho que forman un todo orgánico (institución) y que comprenden una serie indefinida de relaciones (estado jurídico) derivadas de un hecho fundamental (acto jurídico) considerado como punto de partida y base". <sup>11</sup> Aclara Pérez Duarte que Bonnacasse en su argumentación retoma la tesis de Savigny.

En México, éstas son las dos posturas que generan la controversia doctrinal. Las otras quedan englobadas, de alguna manera en ellas. Galindo Garfías y Chávez Asencio se inclinan por considerar el matrimonio como una institución, aunque éste último divide en su análisis los tres momentos del matrimonio y habla concretamente del matrimonio-comunidad de vida como equivalente de matrimonio-estado. Magallón Ibarra sostiene la tesis contractual. Sara Montero Duhalt <sup>12</sup> adoptó una postura que abarca ambas, nos dice que la naturaleza jurídica del matrimonio es múltiple, " pues por matrimonio se entiende el acto jurídico, como contrato solemne de derecho de familia y de interés público. Matrimonio es la ceremonia misa que da nacimiento al mismo. Matrimonio es el estado civil de los casados. Matrimonio es una institución cuando lo contemplamos como un conjunto de normas de carácter imperativo que regulan un todo orgánico (el estado de casados) y que persiguen una finalidad de interés público; y por último, para el derecho canónico y para los sistemas jurídicos que aceptan el mismo como regulador de la vida familiar de los sujetos, el matrimonio es un sacramento, entendido por tal, un contrato natural al que la Iglesia considera de carácter sagrado e indisoluble en vida de los cónyuges" .

---

<sup>11</sup> BONNECASSE, Julián; citado por Alicia Pérez Duarte, Ob. Cit. pág. 48.

<sup>12</sup> MONTERO DUHALT, Sara, Ob. Cit. pág. 117.

En consideración de la autora Pérez Duarte, el matrimonio es de naturaleza tan compleja que ninguna de las figuras, por sí sola, lo define, ni excluye a las demás. Más bien, como quedó visto en el caso de la institución, unas y otras se complementan, lo cual indica que el matrimonio es una figura de naturaleza jurídica compleja y múltiple dentro de la que debemos considerar, por lo menos: el acto jurídico, el estado jurídico y la institución.

En su origen nuestra Constitución, el párrafo tercero del artículo 130, señalaba que el matrimonio era un contrato civil, sin especificar quiénes pueden realizarlo. La razón de esta definición se encuentra en la separación entre la Iglesia y el estado, lo cual no quiere decir que el legislador tuviera en mente que el matrimonio tiene una naturaleza contractual, tal como los contratos nominados. Si bien a partir de las reformas del 27 de enero de 1992 desaparece toda definición de esta unión, encontramos algunos ordenamientos civiles que siguen aquella definición, como el artículo 294 del Código Civil del Estado de Puebla, donde se establece que " el matrimonio es un contrato civil en el cual un solo hombre y una sola mujer se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia" . En igual sentido y con similar definición encontramos el artículo 143 del Código Civil de Estado de Oaxaca.

Sin embargo, algunos de los ordenamientos civiles y familiares de nuestro país establecen naturaleza distinta a esta figura. El artículo 111 del Código Familiar de Estado de Hidalgo señala que se trata de una institución social y permanente, por la cual se establece la unión de un solo hombre con una sola mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones, originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable. Su artículo 12 expresa que se trata de un acto jurídico solemne, un contrato de sociedad civil en tanto existe la voluntad de los futuros cónyuges en relación con los bienes y una institución social.

El artículo 100 del Código Familiar de Zacatecas señala que el matrimonio es la unión legítima de un solo hombre con una sola mujer y, en su artículo 102, establece que es un acto solemne y una institución social.

Una idea similar se encuentra en el artículo 75 del Código Civil de Veracruz, en el cual se señala que " el matrimonio es la unión de un solo hombre con una sola mujer que conviven para realizar los fines esenciales de la familia como institución social y civil" . El artículo 131 del Código Civil del Estado de México, señala que " el matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente" . El artículo 55 del Código Civil de Yucatán lo define como " una institución jurídica dirigida a organizar la reproducción humana en el sentido de lograr generaciones física e intelectualmente capacitadas para la convivencia" .

De lo anterior se concluye que el matrimonio es la unión de un solo hombre con una sola mujer que conviven para ayudarse mutuamente, procurar la procreación de los hijos de manera libre y voluntaria, creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.

#### **1.4. REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.**

Los requisitos indispensables que deben cumplirse para la celebración del matrimonio son de fondo y de forma, sin confundirlos con los elementos de existencia o de validez, pues aún cuando la falta de alguno de dichos requisitos puede producir la inexistencia o nulidad del acto matrimonial, su división no coincide con la clasificación de los elementos esenciales del acto jurídico matrimonial.

#### 1.4.1. REQUISITOS DE FONDO PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Los requisitos de fondo para la celebración del matrimonio " son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de realizar un matrimonio válido" . <sup>13</sup>

Los requisitos de fondo exigidos para la celebración del acto matrimonial son:

1. Diferencia de sexo.
2. Pubertad legal.
3. Consentimiento de los contrayentes.
4. Autorización familiar (padres, tutores) o suplencia por la autoridad judicial o administrativa.
5. Ausencia de impedimentos.

##### 1.4.1.1. DIFERENCIA DE SEXO.

Aun cuando no se haga de manera expresa, la ley exige que el matrimonio solo se de entre un hombre y una mujer, ya que esa es una institución creada precisamente para regular la relación sexual entre personas de distinto sexo. En nuestro sistema social y jurídico no admite la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la procreación ha sido considerada como uno de los fines principales del matrimonio. Aunque la capacidad para procrear no sea indispensable (piénsese en personas de edad avanzada que efectúan el acto matrimonial) aquel fin en ningún caso podría

---

<sup>13</sup> BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO PAEZ, Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, Colección de Estudios Jurídicos Universitarios, México, 1990, pág. 55.

alcanzarse entre personas del mismo sexo. Los individuos que por malformaciones fisiológicas no son aptos para la relación sexual, tampoco lo son para contraer matrimonio; tal ha sido la opinión de la jurisprudencia y la doctrina.

#### **1.4.1.2. PUBERTAD LEGAL.**

Entendemos por pubertad legal, la edad mínima que fija la ley para poder celebrar el matrimonio, considerando que ya se tiene la aptitud física para la procreación.

El Código Civil fija la pubertad legal en dieciséis años para el varón y catorce para la mujer.

#### **1.4.1.3. CONSENTIMIENTO.**

El matrimonio no se concibe sin el consentimiento de los contrayentes, pues se trata de un acto jurídico que, por lo mismo requiere de la manifestación de la libre voluntad, certeza y capacidad de los contrayentes, esto es, de la manifestación de la voluntad libre de todo vicio para que pueda válidamente expresarse.

La ausencia de consentimiento implica necesariamente la inexistencia del matrimonio. Sin consentimiento no hay matrimonio, establece categóricamente el Código Civil francés. Para apreciar esta afirmación en todo lo que vale debemos recordar que en otras épocas y en otros sistemas jurídicos, el consentimiento de los esposos eran quienes concertaban los matrimonios desde la infancia de sus hijos, o cuando la mujer es comprada.

La Naciones Unidas tienen abierto para su firma un protocolo mediante el cual se establece la obligatoriedad del consentimiento para la celebración del matrimonio, y solo ha sido suscrito por menos de la mitad de las naciones del orbe; el mayor abstencionalismo se encuentra en los países africanos y profesantes de la fe mahometana.

#### **1.4.1.4. AUTORIZACIÓN PARA MENORES.**

En nuestro sistema jurídico, para la celebración del matrimonio solo se requiere la autorización de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, en el caso de los menores de dieciocho años, tal y como lo disponen los artículos 148 a 151 del Código Civil para el Distrito Federal.

La autorización o licencia para la celebración del matrimonio entre menores será facultad:

- a) De los padres.
- b) Del padre sobreviviente o del padre con el que viva el menor;
- c) De los abuelos paternos, a falta o imposibilidad de los padres;
- d) De los abuelos maternos, a falta o imposibilidad de los abuelos paternos.
- e) Del tutor, a falta de padres y abuelos que ejerzan la patria potestad;
- f) Del Juez de lo Familiar, a falta del tutor;
- g) Del Jefe de Gobierno del Distrito Federal o los Delegados, supletoriamente, cuando existan los ascendientes que ejerzan la patria potestad, pero nieguen su autorización para el matrimonio. En los Estados de la República, es facultad del Gobernador o de los Presidentes Municipales.

Para el caso de los menores de dieciséis y catorce años tratándose de varón o mujer, además de la autorización citada se requiere dispensa de edad, que debe otorgar la autoridad administrativa cuando haya causa suficiente.

#### **1.4.1.5. AUSENCIA DE IMPEDIMENTOS.**

Por impedimento debemos entender toda prohibición establecida por la ley para la celebración del matrimonio; esto es, toda circunstancia de tipo biológico, moral o jurídico por la cual se considera que el matrimonio no debe celebrarse.

Existen cuatro clasificaciones de los impedimentos para el matrimonio, que a continuación explicaremos.

##### **1.4.1.5.1. LA QUE PROVIENE DEL DERECHO CANÓNICO, QUE LOS DISTINGUE EN: DIRIMENTES E IMPEDIENTES.**

a) Dirimentes, son aquellos que por su gravedad originan la nulidad del matrimonio; por ejemplo, la falta de aptitud física (impotencia, o frigidez), o el matrimonio anterior no disuelto.

b) Impedientes son impedimentos simplemente prohibitivos o menos graves, no produciendo la nulidad del vínculo, considerándose ilícitos. Por ejemplo, cuando se contrae el matrimonio sin que hayan transcurrido los 300 días contados a partir de la disolución del matrimonio anterior, ya sea por nulidad o muerte de alguno de los cónyuges, en donde debe haber transcurrido un año de haberse ejecutoriado la sentencia de divorcio voluntario y dos años en caso de divorcio necesario para el cónyuge culpable.

#### **1.4.1.5.2. LA QUE LOS CLASIFICA EN: ABSOLUTOS Y RELATIVOS.**

a) Absolutos son cuando impiden, a quien los tiene, el matrimonio con cualquier otra persona; esto es, que en ningún caso puede casarse mientras subsista el impedimento o haya sido dispensado en caso de que pueda serlo. Por ejemplo, la falta de edad legal, o un matrimonio anterior no disuelto.

b) Relativos son los que impiden el matrimonio con determinada persona, no con otra; por ejemplo, el parentesco consanguíneo o por afinidad en línea recta, el consanguíneo en línea colateral hasta el tercer grado.

#### **1.4.1.5.3. LA QUE DIVIDE EN IMPEDIMENTOS: DISPENSABLES Y NO DISPENSABLES.**

a) Dispensables son aquellos que admiten dispensa, la dispensa es el acto administrativo por el cual, en los casos expresamente señalados en la Ley, ésta permite al Jefe del Distrito Federal o al Delegado autorizar la celebración del matrimonio, no obstante la existencia del impedimento. Por ejemplo, la falta de edad legal, el parentesco colateral en tercer grado, y el matrimonio del tutor con la pupila.

b) No dispensables todos los impedimentos salvo los casos señalados por la ley de manera expresa. por ejemplo el parentesco en línea recta colateral en segundo grado, o la presencia de enfermedades como las mentales o los vicios como la drogadicción, cuando son incurables.

#### **1.4.1.5.4. LA ACEPTADA POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA POR CLEMENTE DE DIEGO, Y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS.**

Clemente de Diego y José Castán Tobeñas, agrupan a los impedimentos de la siguiente manera: por falta de aptitud física, por vicios del consentimiento, por incompatibilidad de estado, por parentesco, por delito, y por no haber transcurrido el plazo de espera en caso de segundas nupcias.

a) Por falta de aptitud física, en nuestro Código Civil se consideran: la falta de edad (fracción I, artículo 156), impotencia incurable para la cópula (no debe confundirse con la esterilidad o impotencia generatriz que no es impedimento. la impotencia debe ser anterior al matrimonio, e incurable) embriaguez habitual, uso indebido y persistente de drogas enervantes, enfermedades incurables, contagiosas o hereditarias (fracción VIII, artículo 156).

b) Como vicios del consentimiento, la minoría de edad o falta de autorización familiar (fracción II, artículo 156), el idiotismo y la imbecilidad (fracción IX, artículo 156) el error en la persona (fracción I, artículo 235) fuerza violencia y miedo grave, incluyendo el rapto (fracción VII, artículo 156 y artículo 254).

c) Por incompatibilidad de estado, el matrimonio anterior no disuelto (fracción X, artículo 156); la tutela y la curatela, y los descendientes de éstos respecto del pupilo (artículo 159).

d) Por parentesco, el parentesco consanguíneo en línea recta sin límite de grado, y en la línea colateral hasta el tercer grado (fracción III, artículo 156); el parentesco por afinidad en línea recta sin límite de grado (fracción IV, artículo 156), y el parentesco civil entre el adoptante y adoptado (artículo 157).

e) Por delito, el adulterio de los que pretenden casarse, cuando se haya probado judicialmente, en lo civil o en lo penal (fracción V, artículo 156); el atentado contra la vida del cónyuge para contraer matrimonio con el que queda libre, haya o no habido acuerdo entre los que pretendan casarse (fracción VI, artículo 156).

#### **1.4.2. REQUISITOS DE FORMA PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.**

Los requisitos de forma que deben satisfacerse para la celebración del acto matrimonial se dividen en dos grupos: previos y concomitantes o propios de la celebración. Ambos constituyen el conjunto de formalidades que hacen que el matrimonio como acto jurídico se tenga por celebrado válidamente.

##### **1.4.2.1. REQUISITOS PREVIOS A LA CELEBRACIÓN.**

Trámites previos a la celebración del matrimonio. Consisten básicamente en satisfacer los requisitos que atañen a la solicitud que los interesados deben presentar ante el Juez del registro Civil, y en la que manifiestan:

- a) Sus nombres, apellidos, edad, domicilio y ocupación;
- b) los de sus padres;
- c) Que no tiene impedimento para casarse, y
- d) Que es su voluntad unirse en matrimonio.

A la solicitud deberán acompañar los siguientes documentos (artículo 98 del Código Civil):

I.- Acta de nacimiento o dictamen médico que compruebe que tienen la edad mínima para contraer matrimonio. Este documento no es necesario si por su aspecto físico es notorio que los contrayentes cumplen con el requisito de pubertad legal.

II.- Constancia de que los padres, tutores o autoridades autorizan el matrimonio, en el caso de que alguno de los contrayentes sea menor de edad.

III.- Declaración de dos testigos a quienes, por conocer a los futuros esposos de tiempo atrás, les consta que no tienen impedimento para casarse.

IV.- Certificado médico prenupcial en el que conste que no tienen ninguna de las enfermedades que constituyen obstáculo para el matrimonio, como lo son las enfermedades venéreas o tener Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida (SIDA), entre otras.

V.- Documento en el que conste el convenio que sobre los bienes de los futuros esposos se haya celebrado. En nuestro Código Civil este documento recibe el nombre de contrato de matrimonio o capitulaciones matrimoniales.

VI.- Comprobante de la disolución de un matrimonio anterior, si lo hubo, por muerte, nulidad o divorcio (acta de defunción, sentencia de nulidad o sentencia de divorcio).

VII.- Certificado de dispensa, si es que existió impedimento dispensable.

Al constar en la solicitud y en los documentos que no hay impedimento para la celebración del matrimonio, el Juez debe citar para su realización dentro de los ocho días siguientes, señalándose lugar, día y hora.

#### **1.4.2.2. REQUISITOS PROPIOS DE LA CELEBRACIÓN.**

El acto de la celebración está rodeado de formalidades concomitantes a la misma.

1.- El lugar, día y hora para la celebración del acto matrimonial, deberán estar previamente señalados y en él estarán presentes ante el Juez del registro Civil:

- a) Los pretendientes.
- b) dos testigos de identidad, para hacer notar que los pretendientes son quienes ellos dicen ser, y no tienen impedimento legal para casarse.
- c) Los padres o tutores, si se trata de matrimonio de menores.

2.- Previa ratificación de las firmas de la solicitud (de los contrayentes, testigos y ascendientes o tutores, si alguno es menor de edad), el Juez del registro Civil:

- a) Leerá en voz alta la solicitud y los documentos que la acompañan;
- b) Preguntará si los contrayentes son las mismas personas a que se refiere la solicitud;

- c) Preguntar a cada contrayente; si es su voluntad unirse en matrimonio;
- d) En caso afirmativo, declararlos casados en nombre de la Ley y de la sociedad.

3.- El Juez del Registro Civil, posteriormente:

- a) Procederá de inmediato a la redacción del acta en las formas especiales que, foliadas y por triplicado, harán constar todas las formalidades verbales anteriores, en los términos del artículo 103 del Código Civil.
- b) Firmará el acta, junto con los contrayentes, los testigos y los padres o tutores, en su caso;
- c) Imprimirá las huellas digitales de los contrayentes;
- d) Entregará de inmediato una de las copias del acta a los ahora esposos.

#### **1.5. MATRIMONIO POR PODER.**

El matrimonio por apoderado especialmente autorizado, está permitido en nuestro derecho. Para la realización, el poder debe ser expreso respecto de la persona con quien se autorice el matrimonio y haberse otorgado ante Notario Público.

#### **1.6. DISPENSA DE IMPEDIMENTOS Y SUPLENCIA DE AUTORIZACIÓN.**

Para que el matrimonio se celebre y surta sus efectos, no solo se necesitan dos sujetos de distinto sexo que expresan libremente su voluntad de unirse en matrimonio, sino que es necesario que entre ellos no existan impedimentos. Nuestra legislación admite dispensas para cierto tipo de impedimentos.

La dispensa es una exención de carga, formalidad o condición, otorgada a determinada persona, por una autoridad pública.

Si existe un impedimento matrimonial, la dispensa será otorgada por el Jefe del Distrito Federal o Delegado, en los casos de: a) Falta de edad, b) Parentesco consanguíneo colateral en tercer grado (tío, sobrina) y c) Tutoría o curatela.

La suplencia se refiere a la sustitución de la autorización del representante del menor, que por ley puede hacer la autoridad judicial o administrativa.

En el caso del matrimonio, la suplencia de la autorización por falta de representante la da el Juez de lo Familiar, que es la autoridad legalmente facultada para ello. En caso de negativa del representante, la suplencia corresponde a la autoridad administrativa

#### **1.7. OPOSICIÓN AL MATRIMONIO.**

En el caso de que antes de la celebración del matrimonio o durante su transcurso:

- a) Se presente alguna persona haciendo constar un impedimento;
- b) El juez personalmente conozca del impedimento;
- c) Reciba el juez una denuncia, aunque sea anónima, pero acompañada de prueba documental;

El Juez del Registro Civil deberá:

- a) Levantar un acta en la que consten los pormenores del caso;
- b) Hacerlo saber a los interesados;
- c) Suspender el matrimonio; y
- d) Remitir toda la documentación al Juez de lo Familiar, para que ante él se dilucide la procedencia o no del impedimento.

Las falsas denuncias sujetan al que las haga a las penas de falso testimonio, además del pago de las costas judiciales, y al de daños y perjuicios. No se admiten denuncias anónimas si no van acompañadas de prueba documental.

## **CAPITULO II**

### **EFFECTOS DEL MATRIMONIO.**

## **CAPÍTULO II EFECTOS DEL MATRIMONIO.**

### **2.1. EFECTOS RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS CÓNYUGES.**

Respecto de los cónyuges, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio son iguales para ambos, y recíprocos. Los principales se agrupan en: Deber de cohabitación, deber de ayuda mutua, débito carnal y deber de fidelidad.

#### **2.1.1. DEBER DE COHABITACIÓN.**

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

Al respecto, el Código Civil dispone que los esposos deben vivir juntos en el domicilio conyugal y todo pacto en contrario se opone a los fines del matrimonio y es, por lo tanto, nulo. La cohabitación es un deber y un derecho, derecho de un cónyuge y obligación del otro, recíprocamente. El Código Civil no prevé el caso de que uno de los cónyuges impida al otro el acceso al hogar previamente establecido; tampoco prevé el medio de obligar al ausente a incorporarse al domicilio conyugal. Al respecto, la Suprema

Corte de Justicia de la Nación señala que el uso de la fuerza sería contrario a la dignidad humana, ya que el matrimonio no podría restringir la libertad de cualquiera de los cónyuges, obligándolo a convivir sin su voluntad al lado del otro.

El Código civil define el domicilio conyugal como el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfruten de autoridad propia y consideraciones iguales.

En caso de falta de acuerdo entre los cónyuges serán los Juzgados Familiares quienes deberán resolver. Al efecto, podrán eximir del deber de convivencia a alguno de los cónyuges cuando el otro pretenda establecerse en país extranjero o en lugar insalubre o indecoroso, salvo que el traslado al extranjero se haga por servicio público o social.

#### **2.1.2. AYUDA MUTUA.**

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

La ayuda mutua igualmente implica la administración de bienes comunes, según lo establecido en las capitulaciones matrimoniales y sólo requerirá el administrador la autorización del otro para los actos de dominio, disposición y gravamen. Cada uno es libre administrador de sus bienes propios sin que puedan cobrarse los servicios que al efecto se presten.

Dentro del matrimonio, los esposos gozan de autoridad, derechos y obligaciones iguales, por lo que en nuestro sistema jurídico actual se desconoce la autoridad familiar que en otros sistemas se concede al marido. Cualquiera de los cónyuges puede oponerse a las actividades del otro cuando vayan en contra de la moral y estabilidad de la familia, como por ejemplo ser bailarina de un centro nocturno para caballeros en caso de la mujer y, en el caso de un hombre ser jugador y apostar con el patrimonio familiar.

### **2.1.3. DÉBITO CARNAL.**

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

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

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

#### **2.1.4. DEBER DE FIDELIDAD.**

El deber de fidelidad comprende la obligación de abstenerse de la cópula con persona distinta del cónyuge. Su violación constituye adulterio, que es sancionado con el divorcio. Este deber sustenta la estructura monogámica del matrimonio en nuestra sociedad, y el cumplimiento de los fines del mismo.

La fidelidad, además, supone la necesidad de una conducta decorosa, de tal suerte que no implique ataques a la dignidad y a la honra del otro cónyuge. Cualquier conducta de actividad extramarital con persona del otro sexo, aun cuando no llegue el adulterio, puede constituir una injuria grave al cónyuge, es por ello que se considera que los casados no pueden tener novio o novia.

## **2.2. LA EMANCIPACIÓN.**

### **2.2.1. CONCEPTO DE EMANCIPACIÓN.**

El autor Luis Fernández Clérigo expresa que la emancipación "es un estado intermedio entre la incapacidad que sufre el menor no emancipado y la capacidad plena de que goza la persona que por haber

alcanzado la mayoría de edad, adquiere legalmente la capacidad de ejercicio".<sup>14</sup>

Por su parte, el maestro Rafael de Pina define a la emancipación como "una institución civil que permite sustraer de la patria potestad y de la tutela al menor, otorgándole una capacidad que le faculta para la libre administración de sus bienes, con determinadas reservas, expresamente señaladas en la ley".<sup>15</sup>

## 2.2.2. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA DE LA EMANCIPACIÓN.

El maestro Ignacio Galindo Garfias<sup>16</sup> señala que la emancipación tiene como antecedente la institución romana de la *venia aetatis* a través de la cual la autoridad hacía salir de la patria potestad a un menor de edad, pero mayor de veinte años tratándose de hombres o de dieciocho años en el caso de las mujeres. Es la edad de veinticinco años la que marca la mayoría de edad.

"La emancipación tomaba su origen entonces, en forma directa y expresa de una declaración de voluntad del poder público. No se reconoce la emancipación por matrimonio. Se permitía a los que obtenían la mencionada *venia* administrar sus bienes, pero necesitaban de un decreto que les autorizara a enajenar o hipotecar bienes inmuebles durante su minoría de edad".<sup>17</sup>

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis, citado por Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, Primer Curso, Parte General. Personas, Familia, 7a. ed. Porrúa S.A., México, 1985, pág. 400.

<sup>15</sup> PINA, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I, Introducción-Personas-Familia", V. I, 14a. de. Porrúa, S.A. México, 1993, pág. 399.

<sup>16</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, Ob. Cit. págs. 394-396.

<sup>17</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, El menor emancipado, pág. 25.

En el derecho consuetudinario europeo subsiste la idea romanista, pero también se atiende al matrimonio como medio de alcanzar la emancipación. obtenga la emancipación

El Código Civil Francés adopta este doble sistema para que un menor de edad obtenga la emancipación, a saber: a) de una manera expresa por declaración de los ascendientes que ejercen la patria potestad o del tutor, si demostraban que el menor ha adquirido plena capacidad para administrar bienes y si ha alcanzado la edad de dieciocho años; y, b) mediante la emancipación tácita, que tiene lugar como efecto del matrimonio del menor.<sup>18</sup>

Los antecedentes más remotos en el Derecho Hispánico, respecto de la forma de obtener la emancipación, aparece ya en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real, donde se atendía al matrimonio y a la mayoría de edad como posible causa de emancipación. Se establece la mayoría de edad a los veinte años, en que se adquiere la libre administración.

Sin embargo, en las Leyes de Partidas se regula la emancipación por concesión del que ejerce la patria potestad. Por ello, en las distintas leyes que hablan de la emancipación no se atiende a la mayoría de edad ni al matrimonio como sus causas. Respecto a la mayor edad se fija a los veinticinco años, pero no le emancipaba de la patria potestad. Aluden también a lo que podría denominarse emancipación judicial o forzosa y a la revocabilidad de la emancipación por ingratitud.

---

<sup>18</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, Ob. Cit. págs. 395 y s.

Con las Leyes de Toro se admite la emancipación por matrimonio. Semejante directriz es la que se prosigue en la Novísima Recopilación.

En los Tiempos de Felipe V se establece un mayor control para que los padres puedan emancipar a sus hijos. Se exigía que los justicias ordinarios dieran cuenta al Consejo de los instrumentos de justificación de la emancipación que iban a conceder. Se van aumentando las formalidades hasta llegar a plasmarse en la Real Orden de 14 de abril de 1838, en que se especifica que para conceder la venia de edad a un menor es preciso determinar mediante justificación sus condiciones de madurez, sensatez, cordura y discreción. A este efecto se instruirá un expediente judicial. La concesión de la venia de edad será por virtud de gracia de sacar, previo el pago de los derechos de Arancel.<sup>19</sup>

### **2.2.3. LA EMANCIPACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN.**

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 siguieron la tradición francesa y española, establecieron la emancipación por voluntad de quienes ejercen la patria potestad y por matrimonio del menor. Dentro de la emancipación voluntaria, el segundo de los citados ordenamientos, admite la posibilidad de que el menor pudiera ser "habilitado de edad" para administrar sus bienes, a solicitud del propio menor ante el juez competente.

La parte expositiva del Código Civil de 1870 señala que la emancipación verificada por el matrimonio o por acta formal, pone término a la menor edad, menos para ciertos casos que se expresan y que son de intrínseca justicia.

---

<sup>19</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, Ob. Cit. pág. 26.

En su Título Duodécimo "De la emancipación y de la mayor edad", que comprende los artículos 689 al 695, expresaba:

**"ART. 689.-** *El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva después por muerte, el cónyuge sobreviviente que sea menor, no recaerá en la patria potestad".*

**"ART. 690.-** *El mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno puede ser emancipado por el que le tenga en la patria potestad, siempre que él consienta en su emancipación y la apruebe el juez con conocimiento de causa".*

**"ART. 691.-** *El acto de emancipación se reducirá á escritura pública".*

**"ART. 692.-** *El emancipado tiene la libre administración de sus bienes; pero siempre necesita durante la menor edad:*

- I. Del consentimiento del que le emancipó para contraer matrimonio antes de llegar á la mayor edad. Si el que otorgó la emancipación, ha muerto ó está incapacitado legalmente al tiempo en que el emancipado intenta casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente á quien corresponda darlo conforme á los artículos 165 y 166, y en su defecto el del juez;*
- II. De la autorización del que le emancipó, y en falta de éste, de la del juez para la enajenación, gravamen ó hipoteca de bienes raíces;*
- III. De un tutor para los negocios judiciales".*

**"ART. 693.-** *Hecha la emancipación no puede revocarse".*

**"ART. 694.-** *La mayor edad comienza á los veintiún años cumplidos".*

**"ART. 695.-** *El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Sin embargo, las mujeres mayores de veintiún años pero menores de treinta, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre, en cuya compañía se hallen, si no fuere para casarse, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído nuevo matrimonio".*

Manuel Mateos Alarcón <sup>20</sup> en sus comentarios al Título Undécimo "De la emancipación y de la mayor edad", que abarcaba los artículos 590 al 597, del Código Civil de 1884 señalaba:

**"ART. 590.-** *El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva después por muerte, el cónyuge sobreviviente que sea menor no recaerá en la patria potestad".*

"La emancipación es el acto jurídico que tiene por objeto libertar al menor de la patria potestad, facultándole para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes.

La emancipación es legal ó tácita, y expresa. La emancipación tácita es la que resulta de pleno derecho del matrimonio del menor. La emancipación expresa es la que resulta de la declaración solemne hecha á este efecto por la persona que ejerce la patria potestad con el consentimiento del hijo ó nieto mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno, y con aprobación judicial.

---

<sup>20</sup> MATEOS ALARCÓN, Manuel, Código civil para el Distrito Federal. Concordado y Anotado, Tomo I, De las personas-De los bienes. Librería de la Vda. de Ch. Bouret, México, 1904, págs. 287 y ss.

La emancipación es un efecto necesario é inmediato del matrimonio, con el cual es incompatible el ejercicio de la patria potestad, y por lo mismo, se opera cualquiera que sea la edad de los contrayentes, y sin que sea precisa ninguna declaración; y aunque el matrimonio se disuelva por la muerte de uno de éstos, el menor superviviente no recae en la patria potestad; porque esa desgracia no destruye la deducción que la ley hace del consentimiento de los padres para el matrimonio, estos es, el reconocimiento implícito de la madurez de la razón y del buen juicio del menor que lo contrae. En consecuencia, la emancipación legal es irrevocable".

***"ART. 591.- El mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno puede ser emancipado por el que le tenga en la patria potestad, siempre que él consienta en su emancipación y la apruebe el juez con conocimiento de causa".***

"El art. 591 exige para la emancipación voluntaria que el hijo tenga diez y ocho años cumplidos y menos de veintiuno, el consentimiento de éste y la aprobación judicial; porque se presume que antes de esa edad no existe en el hombre la aptitud necesaria para gobernarse por sí mismo y administrar sus intereses, y para evitar que el que ejerce la patria potestad se descargue de las obligaciones que la ley le impone respecto de su descendiente, otorgándole una libertad prematura y perjudicial".

***"ART. 592.- El acto de emancipación se reducirá á escritura pública".***

"El Código de Procedimientos Civiles completa al Civil estableciendo en los arts. 1,475 y siguientes la forma en que debe hacerse la emancipación, que se reduce á presentar al juez competente, que lo es

del domicilio del ascendiente, un escrito, manifestando su voluntad de emancipar al hijo, acompañado de los documentos que acrediten su parentesco con el menor y la edad de éste, así como su aptitud para proveer por sí mismo á su subsistencia, si tiene ó no bienes de aquél, especificando cuales sean.

Si por causas graves calificadas por el juez no fuere posible la presentación de dichos documentos, se puede recibir información testimonial sobre los hechos referidos; y justificados que sean, tiene lugar una junta ante el juez á la que concurren el ascendiente, el menor y el Ministerio Público; y dada lectura al expediente, si están todos conformes, autoriza dicho funcionario la emancipación mandando que el acto se reduzca á escritura pública, pues siendo de tan grande importancia, es necesario que quede una constancia fehaciente de ella".

**"ART. 593.-** *El emancipado tiene la libre administración de sus bienes; pero siempre necesita durante la menor edad:*

*I.- Del consentimiento del que le emancipó para contraer matrimonio antes de llegar á la mayor edad. Si el que otorgó la emancipación ha muerto ó está incapacitado legalmente al tiempo en que el emancipado intenta casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente á quien corresponda darlo, conforme á los arts. 161 y 162, y en su defecto el del juez;*

*II.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen ó hipoteca de bienes raíces;*

*III.- De un tutor para los negocios judiciales".*

**"ART. 594.-** *Hecha la emancipación, no puede revocarse".*

"La emancipación extingue la patria potestad, y otorga al hijo libertad para conducirse como mejor le parezca; pero tal libertad no es absoluta, sino limitada por las restricciones impuestas por el art. 593, que

tienen por objeto proteger su felicidad y su patrimonio, para evitar que se comprometan ó pierdan de una manera inconsiderada.

El examen de esas restricciones conduce á establecer:

1o. Que el menor emancipado dispone libremente de su persona, sin más restricción que el consentimiento del que lo emancipó, ó en su defecto, del que le sustituye en el ejercicio de la patria potestad, para contraer matrimonio antes de los veintiún años.

2o. Que en el ejercicio de las facultades meramente administrativas de su patrimonio no tiene límite alguno; pero que cuando se trata de actos que no importan administración sino enajenación, como la venta, gravamen ó hipoteca de los bienes inmuebles y la comparecencia en juicio, está sujeto á las restricciones que establece el art. 593, bajo la pena de nulidad de sus actos.

La emancipación voluntaria es también irrevocable, pues cualquiera que sea la conducta del menor para con el ascendiente que lo emancipó, por inmoral y punible que sea, no se destruye la causa que la motivó, esto es, la conveniencia y la aptitud de aquél".

**"ART. 595.-** *Los mayores de diez y ocho años sujetos á tutela que acrediten su aptitud para administrar sus bienes y su buena conducta, pueden ser habilitados de edad por declaración judicial. La habilitación sólo podrá concederse para administrar los bienes, para litigar, ó para ambos objetos. De la sentencia que declare la habilitación se remitirá copia al juez del estado civil para que la registre en los términos que previene el art. 106".*

"Por el decreto de 8 de enero de 1870 se facultó al ejecutivo para habilitar de edad á los mayores de diez y ocho años, que acreditaran tener la aptitud suficiente para administrar sus bienes; pero como la habilitación de edad es una dispensa de ley, acto enteramente ajeno á las facultades de aquél, se creyó más conveniente por los redactores del Código dar á tal acto la forma de una emancipación judicial, y á ella se refiere el art. 595."

**"ART. 694.-** *La mayor edad comienza á los veintiún años cumplidos."*

**"ART. 695.-** *El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Sin embargo, las mujeres mayores de veintiún años, pero menores de treinta, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre, en cuya compañía se hallen, si no fuere para casarse, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído nuevo matrimonio."*

"La patria potestad se ha establecido para el bien del hijo, y por lo mismo, no debe durar á la edad en que éste es capaz de gobernarse por sí mismo y de administrar sus bienes. Tal es el motivo por el cual el art. 596 del Código ha señalado un término á la autoridad paterna, declarando que la mayor edad comienza á los veintiún años cumplidos.

Con el término de la patria potestad adquiere la persona que sale de ella una absoluta libertad para disponer como mejor le parezca de sus bienes y de su persona, y por consiguiente para abandonar la casa paterna y establecerse allí donde lo juzgue conveniente.

Sin embargo, las mujeres no pueden dejar la casa paterna sin licencia de sus padres, si no es para casarse, ó cuando aquéllos hayan contraído nuevo matrimonio; y tal restricción se ha impuesto por el bien mismo de ellas".

La Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917 expresa, en el artículo 475, que "El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación de éste, el que no volverá a recaer en la patria potestad, aunque el matrimonio se disuelva por muerte o divorcio.

También estableció que la emancipación sólo surtirá efectos respecto de la persona del menor y dispuso que la administración de sus bienes de continuará en quienes ejercen la patria potestad, o del tutor en su caso, hasta que el menor emancipado llegue a la mayoría de edad, que comienza a los veintiún años cumplidos. El artículo 476 estatuye: "La emancipación sólo surtirá efectos respecto de la persona del menor; pero no respecto de sus bienes, los que continuarán en la administración del que o de los que ejercen la patria potestad, o del tutor en su caso. El menor emancipado seguirá representado en juicio por el que ejerza la patria potestad o tutor, hasta que llegue a la mayoría de edad".

Los jueces podían conceder a los menores que han cumplido dieciocho años la administración provisional de sus bienes, oyendo el parecer de quienes ejercen la patria potestad, o del tutor en su caso, de acreditarse su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses; pero el menor emancipado queda sujeto a la vigilancia y dirección de quienes ejercen la patria potestad o del tutor, sin que pudiera contraer obligaciones, ni enajenar, gravar o hipotecar sus bienes inmuebles. Al respecto, el artículo 477 dispone: "Los jueces, oyendo al que o los que ejercen la patria potestad, o al tutor en su caso, y al menor, podrá acordar

que se conceda a éste, una vez que haya cumplido 18 años, la administración provisional de sus bienes, siempre que se acredite su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses; pero quedará sujeto siempre a la vigilancia y dirección del que o los que ejercen la patria potestad o del tutor, no pudiendo hacer contratos que impongan obligaciones, ni enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces, si no es con los requisitos y formalidades establecidos por la ley".

El Código Civil de 1928 originalmente dispone en el artículo 646 que la edad requerida para alcanzar la mayoría de edad es a los veintiún años cumplidos. En sus preceptos contempla la emancipación tácita o por matrimonio y la emancipación expresa o por concesión judicial. Esta última en sus dos variantes: a petición de los que ejercen la patria potestad o del tutor; y, segunda, por solicitud del propio menor de edad si ha cumplido dieciocho años, debiéndose justificar ante el juez competente su buena conducta y su aptitud para administrar sus bienes.

***(Derogado) "ART. 641.- El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".***

***(Derogado) "ART. 642.- Los mayores de dieciocho años que estén sujetos a patria potestad o a tutela tienen derecho a que se les emancipe si demuestran su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses. Los padres o tutores pueden emancipar a sus hijos y pupilos que se encuentren en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, siempre que éstos consientan en su emancipación".***

Se suprimió la potestad que las leyes anteriores reservaban a los padres o tutores para vigilar y dirigir la administración de los bienes del menor de edad emancipado y se restableció el requisito de previa autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de inmuebles pertenecientes al menor y de la representación de un tutor para negocios judiciales. La emancipación produce efectos, no sólo respecto de los bienes del menor sino en cuanto a su persona.

**(Derogado) "ART. 643.-** *El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:*

*I.- Del consentimiento del que lo emancipó para contraer matrimonio antes de llegar a la mayor edad. Si el que otorgó la emancipación ejercita la patria potestad y ha muerto, o está incapacitado legalmente al tiempo en que el emancipado intente casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente a quien corresponda darlo, y en su defecto el del juez;*

*II.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;*

*III.- De un tutor para los negocios judiciales".*

En el artículo 644 del Código Civil se manifiesta el carácter irrevocable de la emancipación expresa.

**(Derogado) "ART. 644.-** *Hecha la emancipación, no puede ser revocada".*

**(Derogado) ART. 645.-** *Fuera del caso a que se refiere el artículo 641, la emancipación siempre será decretada por el Juez y la resolución correspondiente se remitirá al oficial del Registro Civil para que levante el acta respectiva. (Diario Oficial de la Federación 28.01.70 V. después de 3 días)*

Tal era el sistema legal que rigió en materia de emancipación, hasta antes del decreto de 31 de diciembre de 1969, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 28 de enero de 1970. De acuerdo con esta reforma legislativa, se derogan los preceptos que establecían la emancipación expresa en sus dos formas: por declaración de voluntad de los que ejercen la patria potestad y por demanda judicial del menor solicitando su emancipación. El artículo 646 reformado del Código Civil dispone que la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

En la actualidad, nuestro Código Civil admite sólo la emancipación tácita como consecuencia del matrimonio del menor de edad. La emancipación opera cuando el menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, en el hombre, o catorce años, en la mujer, contrae matrimonio. Aunque posteriormente el vínculo matrimonial se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recae en la patria potestad o en la tutela a que se hallaba sujeto, según lo dispone el artículo 641 del Código Civil.

*"ART. 641.- El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".*

Por virtud del matrimonio, el menor de edad se separa de la patria potestad o de la tutela de menores a que se hallaba sujeto, disponiendo libremente de su persona y de la administración de sus bienes, con las limitaciones que establece el artículo 643 del Código Civil.

*"ART. 643.- El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:  
I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;  
II.- De un tutor para negocios judiciales".*

El menor emancipado tiene incapacidad legal para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, así como para intervenir personalmente en los negocios judiciales, como lo establece el artículo 451 en relación con el artículo 643 antes transcrito, ambos del Código Civil.

***"ART. 451.- Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro".***

La capacidad del menor edad emancipado que excepcionalmente le atribuye la ley, se confirma mediante lo dispuesto por el artículo 173 del Código Civil.

***"ART. 173.- El marido y la mujer menores de edad tendrán la administración de sus bienes en los términos del artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales".***

De las restricciones que indica el Código Civil, se excluyen los actos de disposición de bienes muebles pertenecientes al menor emancipado.

En consecuencia, a través de la emancipación se confiere al emancipado una limitada capacidad de ejercicio, a efecto de disponer libremente de su persona, de la administración de sus bienes inmuebles así como de realizar todo acto de dominio en relación a sus bienes muebles.

**CAPITULO III.**

**DELITO DE VIOLACIÓN.**

### CAPÍTULO III. DELITO DE VIOLACIÓN.

#### 3.1. CONCEPTO Y TIPOS DE VIOLACIÓN.

El maestro César Augusto Osorio y Nieto <sup>21</sup> en su libro *La Averiguación Previa* señala que la violación "es la imposición de cópula sin consentimiento, por medios violentos. Se caracteriza el delito en estudio, por la ausencia total de consentimiento del pasivo y la utilización de fuerza física o moral".

Porte Petit, <sup>22</sup> citando a varios autores se afirma que 1) "el delito de violación carnal, consiste en obligar a uno a la unión carnal, por medio de violencias o amenazas. (Maggiore). 2) La violación es el "acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima." (Fontán Balestra). 3) la violación es el "acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta" (Soler).

Jorge D. López Bolado, la define como "el acceso carnal con la penetración del órgano masculino en cavidad natural de la víctima, con el propósito de practicar el coito o un acto que lo reemplace, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la seminatio (eyaculación) y, en consecuencia, que haya o no goce genésico; entendiéndose por cavidad natural toda aquella que no fuera producida artificialmente". <sup>23</sup>

<sup>21</sup> OSORIO Y NIETO, César Augusto, *La Averiguación Previa*. 7a. ed. Porrúa, S.A., México, 1994, pág. 209.

<sup>22</sup> Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Ensayo Dogmático sobre el delito de violación*. 4a. ed. Porrúa, S.A. México, 1985, pág. 11.

<sup>23</sup> LÓPEZ BOLADO, Jorge D. citado por Kvitko, Luis Alberto. *La Violación*. Peritación médica legal en las presuntas víctimas del delito. 2a. ed. trillas, México, 1988, pág. 19.

Francisco González de la Vega la conceptúa como "la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación"<sup>24</sup>

Por decreto del 29 de Diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 04 de Enero de 1989, se reformó el artículo 265 en su segundo párrafo previendo lo siguiente: "**Se sancionará con prisión de uno a cinco años al que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido**". Esta novedad introducida al Código Penal, fue a nuestro juicio incongruente, ya que con la sanción establecida el sujeto activo del delito podría gozar del beneficio de la libertad caucional, siendo el delito más grave que la cópula impuesta contra la voluntad de la víctima.

Ahora, por decreto del 20 de diciembre de 1990 (D.O. 21 de Enero de 1991) fue reformado este precepto, pasando a un tercer párrafo, aumentando la pena con prisión de tres a ocho años de prisión, cosa que a nuestro juicio es más aceptable.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal establece:

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

---

<sup>24</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano. Los delitos. 26a. ed. Porrúa, S.A. México, 1993, pág. 381.

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

*Se 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".<sup>25</sup>*

Al respecto nuestro máximo Tribunal ha manifestado las siguientes tesis jurisprudenciales:

**"Violación, existencia del delito de.-** 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 solo el ayuntamiento carnal aun cuando no haya eyaculación."

Sexta Época, Segunda parte, V. XVI, p. 263.  
Amparo Directo 4512/57. Vol. XL, pág. 82.  
Amparo Directo 6939/60. Vol. XLII, pág. 36.  
Amparo Directo 5854/60. Vol. LXXIII, pág. 40.  
Amparo Directo 8740/62. Vol. LXXXVII, pág. 39.  
Amparo Directo 4956/55.

**"Violación, delito de.-** Para la integración del delito de violación no se requiere desfloramiento de la mujer violada, ya que ésta puede ser o no doncella y, en caso afirmativo, puede tener himen complaciente, sino que sólo se requiere la realización de la cópula con una persona, por medio de la violación física o moral."

Quinta Época. Suplemento al Semanario Judicial de la Federación 1956, pág. 506. Amparo Directo 4955/52.

**"Violación.-** El cuerpo del delito de violación no requiere el desfloramiento, pero si la cópula con persona de cualquier sexo; y la cópula se

<sup>25</sup> Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, et. al. Código Penal Anotado. 18a. ed. Porrúa, S.A.México, 1995, pág. 699.

tiene por realizada aun cuando no se agote fisiológicamente el acto sexual, si se comprobó ligera herida en el himen de la víctima, así como otros signos en sus órganos genitales."

Sexta Época, Segunda Parte, Vol. XII, pág. 180. Amparo Directo. 3505/57.

Trataremos de establecer una clasificación de los distintos tipos de violación existentes; ciertamente, la violación es un delito con una serie de elementos típicos, de modo que si falta alguno, dejará de tener existencia como tal, por tanto, sólo se podrá hablar de un delito de violación único; sin embargo, algunos rasgos hacen posible una clasificación que da como resultado diversas variantes, en cuanto al medio de ejecución, al sujeto pasivo o a la penalidad.

Así, existen los siguientes tipos de violación:

a) Violación propia o genérica; es la que constituye el tipo básico contenido en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal.

b) Violación equiparada, impropia o ficta; es aquella en que no ocurre la cópula por miembro viril, o la que se obtiene con consentimiento de la víctima (se realiza con persona menor de 12 años o bien, con un sujeto que no puede comprender o resistir la conducta criminal, contemplada en el artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal).

c) Violación agravada; es la que por razones específicas tiene penalidad mayor y puede ser de cuatro tipos:

1. Tumultuaria: Ocurre cuando dos o más sujetos activos cometen el delito.
2. Entre parientes: Es la que comete alguno de los parientes a que se refiere el artículo 266 bis, segunda fracción del Código Penal para el Distrito Federal.
3. Cometida por un funcionario o empleado público o por un profesional: En atención a la calidad del sujeto activo, esta violación se agrava con una pena accesoria.
4. Equiparada con violencia: Es la que establece la última parte del artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal.

d) Violación fraudulenta: No la contempla el Código Penal para el Distrito Federal, pero sí los códigos estatales, como los de Aguascalientes, Guerrero, Michoacán, etc.; ocurre cuando por suplantación de persona, el sujeto activo engaña al pasivo o se aprovecha de un error.

### 3.2. ELEMENTOS DE LA VIOLACIÓN.

Dentro de los elementos de la violación, Ranieri <sup>26</sup> expresa que son el sujeto activo, la conducta criminosa, el objeto material, el evento y el dolo genérico.

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 se presente dicho agente pasivo, si no se

---

<sup>26</sup> Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. pág. 13.

comprueba que fueron el resultado de actos para vencer su falta de voluntad, no pueden ser elemento para considerar que existe el delito.<sup>27</sup>

Derivados de la definición legal del delito de violación se señala los siguientes elementos;

- a) Cópula
- b) Con persona de cualquier sexo.
- c) Medios violentos (Violencia Física y Violencia Moral).

### 3.3. CONCEPTO DE CÓPULA.

En lo que se debe entender por cópula, se da por reproducido lo manifestado en el delito de estupro, aclarando lo siguiente: para efectos del delito de violación, como la norma no restringe su alcance, que ya se establece que puede tratarse de la cópula (idónea) vaginal o la (inidónea) oral (bucal) o anal (rectal); como se desprende del párrafo segundo del artículo 265 (adicionado en Febrero de 1989,) actualmente a la letra dice:

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

"La conducta ejecutiva del delito de violación consiste en que el sujeto activo 'tenga cópula con una persona'. Este comportamiento fáctico, empero, sólo es expresivo de un hecho en su neutra materialidad y desprovisto en sí de relevancia la cual sólo surge cuando la cópula se efectúa por medio de

<sup>27</sup> Semanario Judicial de la Federación, XXV, Quinta Época, págs. 1133-1134.

violencia física o moral o se realiza con persona menor de doce años o que esté imposibilitada de producirse voluntariamente o de resistir.

'Copular' tanto significa, en su acepción sexual, como unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas, debiendo producirse entre partes somáticas unidas a los cuerpos de los sujetos activo y pasivo. No existe cópula si en el cuerpo de la mujer son introducidas secreciones masculinas, aun cuando éstas conserven todavía potencialidad biológica; la inseminación artificial mediante violencia no constituye cópula carnal.

Vincenzo Manzini,<sup>28</sup> considera que la cópula es "la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal de éste."

Para Eusebio Gómez,<sup>29</sup> el coito o cópula en *stricto sensu* se realiza por la introducción del pene en la vagina. existe la cópula *lato sensu* cuando la introducción es en el ano o en la boca. No se requiere para el coito que el acceso carnal alcance su perfección fisiológica, ni la desfloración de la víctima pudiendo tratarse de una introducción incompleta.

Subraya la ley que la cópula ha de tener lugar "sin la voluntad" del pasivo; con lo que debe interpretarse que aunque por el empleo de la violencia pudiera lograrse esa voluntad, por estar ésta viciada de nulidad, no debe tenerse como tal voluntad; para que el delito se integre debe existir la negativa de la voluntad del pasivo expresa o tácita, pero efectiva y constante.

---

<sup>28</sup> Vid. MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano. t.LVII. Turín 1933-1939, pág. 257.

<sup>29</sup> GÓMEZ, Eusebio, Tratado de Derecho Penal. t.II. Buenos Aires, 1940. p. 105.

La unión o ayuntamiento que presupone la cópula ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en cavidad vaginal, anal u oral... La cópula existe en el mismo instante en que se produce la introducción, aunque fuere incompleta, del miembro viril en la abertura valvular, anal u oral, sin que sea preciso que se efectúe la *inmisio seminis*, ni en la cópula normal que se produzca la rotura del himen o desfloramiento..."<sup>30</sup>

Los Códigos Penales de Francia (artículo 372, primer párrafo), Alemania (artículo 177) y España (artículo 429) constituyeron el delito bajo el esquema o imagen rectora de que únicamente la mujer podía ser sujeto pasivo y el hombre sujeto activo primario. Esta era la concepción clásica. Empero, fue Martínez de Castro quién rompió la anterior tradición, al establecer en el artículo 795 del Código Penal de 1871 que "Comete el delito de violación el que, por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo."

El Código Penal de Italia de 1889 siguió abiertamente el criterio del Código de Martínez de Castro, pues su artículo 331 sancionaba "al que, con violencia o amenaza, obligue a una persona del uno o del otro sexo a conjunción carnal". La opinión dominante en Italia, con base en la frase "obliga a alguno" contenida en el artículo citado, convino en que tanto la mujer como el hombre podrían 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 375).

---

<sup>30</sup> JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. t.III. 3a. ed. Porrúa, S.A. México, 1978, p. 253.

La cópula en estos Códigos puede realizarla 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 pasivo, pues desde el instante en que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, todos los seres humanos pueden ser sujeto pasivo.

Celestino Porte Petit, señala varios criterios:

- 1) Cuando existen el simple contacto externo del pene con las partes pudendas de la víctima.
- 2) Desde el momento que el miembro viril penetra en el orificio vulvar.
- 3) Cuando existen introducción del órgano masculino en la vagina de la mujer.

Según el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostenida en Amparo directo 2084/83, de 27 de Marzo de 1985, Informe 1985, Segunda Parte. Penal. Pág. 7, transcribe:

**"Cópula, en el delito de violación.-** 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 ofendido, es suficiente para establecer la cópula."

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación <sup>31</sup> ha sostenido que en el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su mas amplia acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal normal o anormal, con eyaculación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aún cuando no haya llegado a realizarse completamente.

#### **3.4. MEDIOS VIOLENTOS POR LOS QUE PUEDE REALIZARSE LA CONDUCTA DESCRITA.**

La violación es uno de los delitos en los que la norma señala el medio de ejecución requerido, como la violencia, por disposición de la ley, la violencia puede ser física o moral.

Ure <sup>32</sup> define la violencia como "cualquier empleo de la fuerza física o moral, ejercida sobre la víctima -y en ciertos casos sobre un tercero- en proporción a la resistencia opuesta que se quiere anular para la obtención del acceso carnal."

El Código Penal Argentino, en su artículo 119 inciso 3o., considera a la violencia al establecer que se usara fuerza. El término fuerza utilizado por la ley penal argentina es aquel acto de obligar a uno a que dé asenso a una cosa o a que la haga; o bien, violencia que se hace a una mujer para gozarla. Para la legislación penal argentina, también el empleo de los medios hipnóticos o narcóticos es violencia, ya que así lo determina el artículo 78 del Código Penal.

---

<sup>31</sup> Semanario Judicial de la Federación. XVII, Segunda Parte, sexta Época, pág. 89.

<sup>32</sup> Cfr. KVITKO, Luis Alberto, Ob. Cit. pág. 22.

### 3.4.1. CÓPULA POR MEDIO DE FUERZA FÍSICA: VIS ABSOLUTA.

Referida al delito de violación, consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir.

El empleo de la fuerza material (vis) hace revestir al delito un carácter muy grave por el extremo peligro que acarrea, ya que el brutal ímpetu de la acción ofende intensamente la libertad personal o la integridad corporal; además su empleo produce intensa alarma pública como síntoma de inseguridad individual y colectiva.

Irma G. Amuchategui señala que la violencia física "es la fuerza o agresión de hecho, ejercida por una persona. Se traduce en un ataque material y directo como los golpes".<sup>33</sup>

"Por violencia física se entiende la fuerza material que se aplica a una persona".<sup>34</sup>

Para Groizard,<sup>35</sup> la violencia en su sentido jurídico es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, cumpliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar. La violencia es, el aniquilamiento de la libertad en la persona contra quien se emplea.

<sup>33</sup> AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, Derecho Penal. Harla. México, 1993, pág. 304.

<sup>34</sup> OSORIO Y NIETO, César Augusto. loc. Cit.

<sup>35</sup> Vid. FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal. 13a. ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 232.

La fuerza material debe ser ejercida sobre la persona misma en quien se pretende realizar la conjunción sexual. Dicha fuerza física ha de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima y, por tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica.

Pocos delitos como el de violación se prestan, por ausencia de una prueba directa o histórica a acusaciones falsas, no sobre el hecho de la cópula sino sobre el de la fuerza empleada, hasta el extremo de existir páginas inmortales en la literatura clásica en que con escepticismo, humorismo e ironía se burlan de las mujeres que se dicen forzadas.

La resistencia ha de ser, como señala Toscano, seria y constante; es seria cuando está exenta de simulación y refleja una auténtica voluntad contraria y constante cuando es mantenida hasta el momento último, excluyéndose aquélla que existe al comienzo y después cede para participar en el recíproco goce.

Carlos Fontán Balestra,<sup>36</sup> por su parte señala que la violencia debe haber sido ejercida durante el acto y habiéndolo consentido libremente, no adquiere el carácter de elemento de la violación, la fuerza ha de recaer sobre la víctima; de otra manera, no habría sido la fuerza física el medio directo que venció la resistencia del sujeto pasivo.

La resistencia de la mujer debe haber sido real, seria como dice Groizard, porque no es suficiente la simple negativa, para admitir que la supuesta víctima haya llegado al coito vencida por la fuerza del actor, la negativa o una resistencia previa al acto son un supuesto indudable de violación.

---

<sup>36</sup> Idem.

Una acción supone una coacción dirigida a la unión carnal. "Unión carnal o coito", es el ayuntamiento de los órganos sexuales del forzador y del forzado. Se considera órganos sexuales el pene, por una parte y la vulva y el ano, por otra. No la boca. Por esto la *fellatio in ore* (derrame seminal dentro de la boca de otro), llamado impropriamente coito oral o bucal, no es sino una forma de masturbación por medio de la boca, no puede constituir violencia carnal, sino únicamente un acto libidinoso.

### 3.4.2. CÓPULA POR MEDIO DE LA VIOLENCIA MORAL: VIS COMPULSIVA.

La violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños amenazas, de tal naturaleza que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido. No es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños se refieran directamente al sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues éste puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males recaerán en personas de su afecto; conviene también percibir que las vías de hecho o maniobras materiales impositivas, generalmente son productoras en el paciente de intimidación psicológica, en virtud de que la coacción corporal (*vis*) con frecuencia se traduce en el que sufre en temor o miedo (*metus*).

La Suprema Corte de Justicia de la nación ha establecido la siguiente Jurisprudencia:

**"Violación, violencia moral.-** El delito de violación se configura no sólo imponiendo la cópula por la fuerza física, sino también cuando mediante

la violencia moral, la parte ofendida accede o no opone resistencia al acto sexual ante las graves amenazas de que es objeto."

Quinta Época, Tomo CXXXVI, pág. 305. Amparo Directo 4500/55. Tomo CXXX, pág. 222. Amparo Directo 5357/55.  
Sexta Época, Segunda Parte, Vol. XIX, pág. 226. Amparo Directo 3907/53. Vol. XXXVII, pág. 188. Amparo Directo 3287/60. Vol. XLIII, pág. 95. Amparo Directo 5973/60.

También la Corte ha determinado que "el empleo de la violencia moral se caracteriza por la amenaza grave e inminente y en la persona de la ofendida, en su reputación o intereses, o bien, contra un tercero, cuando con ello cause una fuerte coacción sobre el ánimo de aquélla, como la amenaza de matar a un ser querido."<sup>37</sup>

"La gravedad de los amagos y amenazas y su carácter intimidatorio no pueden ser establecidos *a priori* porque varían de caso en caso, según la naturaleza de los medios empleados y la especial psicología del paciente. Pacheco, citado por González de la Vega, indica: 'Por lo demás, la intimidación moral, como la fuerza física, no deben ser las que caigan en personas comunes, sino en varones constantes.

Un miedo ridículo, la fuerza intentada por un niño de catorce años, no justificarán de seguro la violación; cualquier mujer que los alegare como prueba de ésta, dará a entender que sólo buscaba un pretexto para disfrazar su debilidad o satisfacer su apetito. Manfredini piensa que 'no se pueden determinar apriorísticamente los elementos de la amenaza, ya que sólo debe apreciarse como medio para producir el efecto de la coacción; si para la coacción resulta eficaz la amenaza, no cabe requerir nada más"<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Semanario Judicial de la Federación. t.LX. Quinta Época, págs. 768-769.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. Cit. pág. 398.

"Como ya se ha señalado, algunos tratadistas manifiestan que no es lo mismo violencia moral y miedo, puesto que se quiere la causa y la consecuencia de un fenómeno que puede ser, en su integridad, uno solo: las amenazas de sufrir un mal (de que habla la segunda parte del inciso segundo del artículo 34 del Código Penal Argentino) y el miedo (a que taxativamente se refiere el número 10 del artículo 8 del Código Penal Español).

Las amenazas son, sin duda la contemplación del estímulo que viene del mundo exterior, (naturaleza o persona), y por ello no requiere que anule en el agente su capacidad penal (por causa de inconsciencia o por imposibilidad de dirigir sus acciones), sino tan solo que se le pueda exigir al amenazado otra conducta distinta a la seguida. Por eso es evidentemente una causa de inculpabilidad. En cambio, el miedo es el aspecto subjetivo de una amenaza de peligro, no importa cual sea ni de donde venga, es por ende, la consecuencia de aquélla.

Dado que la naturaleza jurídica del delito de violación es la realización de la cópula con una persona, por medio de la violencia física o moral; el Poder Judicial de la Federación respecto a la existencia de la violencia moral, manifiesta:

**"Violación, forma de comprobar el elemento violencia moral en el delito de.-** Es cierto que en el delito de violación la imputación de la ofendida es de relevancia singular, pues por naturaleza su consumación es privada o secreta, pero siendo que la violencia moral no es fácilmente comprobable, como la violencia física, por otros medios cognoscibles, tales como la fe de lesiones o el certificado médico ginecológico, la declaración de la ofendida aduciendo que fue objeto de violencia moral por el agresor para lograr la cópula sin su consentimiento, debe ser verosímil y estar apoyada con

elementos suficientes que de manera indudable hagan manifiesto el peligro actual e inminente el estado presente que amenaza con un riesgo cercano de manera tan grave, que se sienta descargarse irremediabilmente sobre la víctima, más no puede ser el peligro que se presente, el conjeturar que puede o no acaecer, sino el cierto indubitable que llena de temor y desquicia psíquicamente” .

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Época. tomo VIII. Noviembre. tesis VI. 2o. 516 p. pág. 334.  
Amparo en revisión 457/90. Ismael González Hernández. 6 de Febrero de 1991. Unanimidad de votos. ponente: Gustavo Cavillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

De allí que, *prima facie*, parezca evidente que las amenazas de sufrir un mal sean, como hemos dicho una causa de inculpabilidad, en tanto que el miedo, sobre todo si se exige que sea insuperable, puede constituir una causa de imputabilidad por inconsciencia o trastorno mental transitorio (e incluso, en el grado de terror, hasta una causa de ausencia de acto)”.<sup>39</sup>

Ahora transcribiremos ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia que demuestran la relevancia que tiene la violencia moral en el delito de violación:

**"Violación. Violencia moral como medio comisivo del delito de.-** La violencia moral que como uno de los medios comisivos requiere para su configuración el delito de violación, previsto en el artículo 265 del código penal para el Distrito Federal, debe darse antes o concomitante a la acción en que el sujeto activo impone la cópula, pues es en virtud de la amenaza que constituye la violencia moral que el sujeto pasivo soporta la conducta ilícita del activo, por lo que, si después de consumado el acto sexual dijo a la víctima que 'la mataría si decía algo', tal amenaza no constituye el medio comisivo violencia moral

---

<sup>39</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Losada, t.VI. El Delito. 3a. ed. Buenos Aires, 1982, pág. 324.

requerido por el tipo penal en mención, porque cuando se realizó la acción ilícita no profirió amenaza, por lo que en todo caso tal amenaza fue posterior a esa conducta ilícita, por ello, no se integró uno de los elementos constitutivos del mencionado delito."

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.  
 Amparo Directo 1326/90. José de Jesús Palacios Flores. 29 de Octubre de 1990.- Unanimidad de votos.- Ponente: Guillermo Velasco.  
 Tercer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito precedente I. 3-P. 6.P. 6ª época Semanario Judicial de la Federación. Tomo VII. Enero 1, tesis. Pág. 520.

**"Violación y amenazas, Incompatibilidad de los delitos de.-** Si el activo del delito para lograr el deseo erótico sexual con la ofendida amenazó a ésta para que accediera, y una vez logrado su propósito le dijo que si decía algo la mataría, esa circunstancia no puede constituir una figura delictiva diversa, ya que precisamente esa amenaza constituye la violencia moral ejecutada por el activo para lograr la cópula con la ofendida, y por ende, no pueden coexistir los delitos de violación y amenazas."

Amparo en revisión 2778 - Marcos Canché Muñoz - 9 de Noviembre de 1978 - Unanimidad de votos.- Ponente: Víctor Camilo Ocampo; Secretaria Nora Ma. Ramírez Pérez.  
 Informe 1978. Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. Núm. 14.

### 3.5. LA VIOLACIÓN EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Fernando Castellanos señala que la conducta es "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".<sup>40</sup>

<sup>40</sup> CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, 29. ed. Porrúa, S.A. México, 1991, pág. 149.

La conducta típica consiste en copular; así el Código Penal para el Distrito Federal señala: "Al que...realice cópula...", con lo cual indica claramente que, en el delito de violación, copular es la conducta típica y no otra.

Porte Petit señala que se trata de un delito de acción, dada la naturaleza del tipo, o sea la cópula, solamente puede cometerse en la violación por un hacer, pues no se puede llevar a cabo la cópula no haciendo. Es un delito que puede ser unisubsistente o plurisubsistente. Los delitos denominados unisubsistentes son aquellos que se forman por un solo acto, mientras los plurisubsistentes constan de varios actos. El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura.

Silvio Ranieri <sup>41</sup> señala que la conducta en la primera forma presentada por el delito, consiste en actos de violencia o amenaza y, además, en aquellos actos idóneos para concretar la introducción del órgano genital, en cualquier parte del cuerpo de la otra persona. Así pues, la violencia carnal puede efectuarse entre personas de un mismo sexo, pero si no se verifica la introducción aunque sea parcial, de modo que se haga posible el coito o un equivalente anormal de él, no se tiene este delito.

En el Código Colombiano, la conducta, en la primera forma presentada por el delito, consiste en actos de violencia o amenazas y, además, en aquellos actos idóneos para concretar la introducción del órgano genital, en cualquier parte del cuerpo de la otra persona.

---

<sup>41</sup> RANIERI, Silvio, Manual de Derecho Penal, t.V. 2a ed. Temis, Bogotá, 1975, pág. 79.

### 3.6. CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL RESULTADO.

Según el resultado que producen, los delitos se clasifican en formales y materiales. a los primeros también se les denomina delitos de simple actividad o de acción; a los segundos se les llama delitos de resultado.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en movimiento corporal en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado externo. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere de un resultado objetivo o material.

En el México, por lo que respecta al resultado es:

- a) De mera conducta, porque el tipo se integra en cuanto al elemento objetivo por la realización de la cópula violenta; es decir, por un hacer sin resultado material.
- b) Instantáneo, porque tan pronto se consuma, desaparece o se agota la consumación.
- c) De lesión y de no peligro, porque, al realizarse la cópula violenta, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

Existen diversas opiniones a cerca de que el delito de violación es de mera conducta y aquellos que consideran que se trata de un delito material; por ejemplo hay quienes estiman que la violación es un delito de mera conducta.

Pannain y Manfredini <sup>42</sup> citados por Porte Petit, sostiene el primero de ellos que la violencia carnal es un delito formal, porque se agota con la conducta criminosa sin una modificación del mundo exterior distinta de la primera.

Manfredini es uno de los autores que estiman que la violación constituye un delito material, de acuerdo con lo establecido por el artículo 265 de nuestro Código Penal, para la configuración del delito de violación no se requiere una mutación en el mundo exterior, o sea que no se exige un resultado material; únicamente señala la conducta y los medios por los cuales ésta puede ser realizada. Es por ello que concluimos que se trata de un delito formal o de mera conducta, de cuya realización se desprende solamente un resultado jurídico.

En Colombia, el resultado sería la introducción, aun parcial del órgano genital en el cuerpo de otra persona, pero esta opinión no puede ser aceptada, pues en contra de su tesis, los actos de introducción quedan comprendidos en la conducta criminosa y, en cuanto tales, no pueden ser considerados como su resultado.

Por esto, una parte de la doctrina de más reciente formación se inclina a sostener que el delito de violación no tiene resultado, sino que es de mera conducta. No obstante, tampoco esta opinión puede ser acogida, pues no parece que pueda discutirse que este delito tiene resultado.

En efecto, el resultado, en esta figura delictiva, cualquiera que sea su forma, está constituido por el hecho de someter a la víctima a la conducta criminosa, que le sigue a esta como un efecto exterior y distinto y que por ese carácter suyo se considera como resultado que consuma el delito.

---

<sup>42</sup> Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. Cit. pág. 28.

### 3.7. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Por lo tanto, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Antes de la reforma del 21 de enero de 1991, el artículo 265 del Código Penal, precisaba que la cópula, aparte de la violencia física o moral, debía ser realizada sin la voluntad del sujeto pasivo. Probablemente los autores de la reforma al suprimir esa frase torpemente pensaron que la utilización de la violencia ya implica, en sí misma, la falta del consentimiento del paciente, pero no es así en todos los casos.

Tratándose del sadismo, el sujeto que lo padece se transforma en violador cuando por crueldad forza a otro al acto; pero el amante sádico no es necesariamente un violador; por ejemplo, si contrata a una prostituta con ofrecimiento de dinero para que ésta tolere en su cuerpo la tortura, emplea en ella la violencia pero realiza la cópula con su consentimiento.

Estaríamos frente al aspecto negativo de la conducta, si se pudiere realizar la cópula en contra de las voluntades del sujeto activo y del pasivo, siendo sujeto activo el hombre o la mujer, no es posible que se presente este aspecto negativo en los dos casos a que nos hemos referido.

### 3.8. TIPICIDAD.

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

Fernando Castellanos <sup>43</sup> señala que la tipicidad es "la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".

Consiste en la adecuación a lo prescrito por el artículo 265 del Código Penal, o sea, que existirá una cópula realizada por medio de vis absoluta o compulsiva, en persona de cualquier sexo. La conducta será típica cuando se ajuste a la descripción legal y reúna todos sus elementos. Por ello, habrá tipicidad cuando exista lo siguiente:

- a) El sujeto activo (cualquier persona, hombre o mujer).
- b) Un sujeto pasivo (cualquier persona, hombre o mujer).
- c) Una conducta típica: la cópula.
- d) Medio ejecutivo: violencia física o moral.

En el caso de la violación ficta o impropia, deberán existir los mismos elementos, pero el sujeto pasivo será una persona menor de 12 años o que no puede resistir la conducta criminal y sin violencia. En los casos de violación agravada, deberán reunirse los aspectos que exige la norma.

---

<sup>43</sup> CASTELLANOS; Fernando, Op. Cit, pág. 167.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

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

*Semanario Judicial de la Federación, XXIV, p. 132. Sexta Época, Segunda Parte.*

Otra ejecutoria transcribe:

"El elemento cópula a que se refiere el artículo 265 del Código Penal queda tipificado independientemente de que la misma haya quedado total o parcialmente consumada fisiológicamente", y que "no puede existir confusión, pues, entre los términos cópula consumada y el delito consumado".

*Semanario Judicial de la Federación, CI, p. 1541. Quinta época.*

### **3.9. ELEMENTOS DEL TIPO.**

Vamos a referirnos al bien jurídico tutelado, los sujetos y el objeto material, debido a que el tipo de violación no requiere ni referencias espaciales, ni temporales, ni relativas a elementos subjetivos del injusto ni a elementos normativos.

#### **3.9.1. BIEN JURÍDICO TUTELADO.**

El bien jurídico es el objeto de protección de las normas del derecho. El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología

determina cuáles son los objetos a proteger. Puede determinar que sean: la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc.

La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de una sanción que puede ser civil o penal. Así el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito que consiste en violar los bienes jurídicos de otra (la vida, la libertad, la seguridad, etc.) le será aplicada una sanción que consiste en privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad, etc.).

Respecto al bien jurídicamente tutelado, contamos con las siguientes opiniones:

1. Los que estiman como bien jurídico tutelado, en este delito, es la libertad sexual.
2. Los que entienden que el bien jurídico es la libertad individual, tal y como lo señala Fontán Balestra, en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual.
3. Gómez <sup>44</sup> sostiene que el bien jurídico lesionado por el delito de violación es la honestidad, es decir, el pudor individual, agregando que la violación implica, un ataque a la libertad sexual.
4. Manzini, citado por Porte Petit, expresa que el bien jurídico no es ni siquiera la libertad sexual, porque el delito también puede cometerse también en relación con persona del mismo sexo, en cuyo caso la conjunción carnal no representa una violencia "sexual" en sentido propio, incluyendo ésta la idea de una relación de sexo, es decir, entre hombre y mujer, terminando en el sentido de que el objeto de la tutela penal es la inviolabilidad carnal dentro de las relaciones sexuales normales.

---

<sup>44</sup> Vid. GÓMEZ, Eusebio, Ob. Cit. págs. 87-88.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

79

Por lo tanto, a nuestro parecer, el bien jurídico tutelado que protege la ley es como se estima por corriente doctrinal la libertad sexual.

Los Tribunales han establecido que "el delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad sexual; que "el bien jurídicamente protegido por el legislador, al estatuir el delito de violación, es la libertad sexual de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofendida no hubiese sido virgen, no excluye de responsabilidad al sujeto activo de la infracción".<sup>45</sup>

El bien jurídico objeto de la tutela penal es la libertad sexual, entendida como la facultad del sujeto de optar por la ejecución o abstención de cópula, y concierne primordialmente contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación ya sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (violencia física, *vis*), o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, *metus*).

Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido ofendiéndose así el derecho personal de la libre determinación de su conducta en materia erótica.

---

<sup>45</sup> Cfr. Semanario Judicial de la Federación, XXV, pág. 117; XXVI, pág. 139, XX, pág. 180, 6a. Época, 2a. Parte.

### 3.9.2. SUJETO ACTIVO.

Aun cuando algunos doctrinarios consideran que es indudable que la mujer pueda ser sujeto activo de la violación, porque la característica primordial de la cópula es el típico fenómeno de la introducción sexual, que implica una actividad viril -normal o anormal-, pues sin ésta no se puede decir que ha habido copulativa conjunción carnal o bien, cuando la mujer ejerza fuerza o intimidación a un hombre para el coito, creemos que en la práctica también la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación, más sin embargo en la generalidad de los casos es el varón el posible sujeto activo del delito.

Silvio Ranieri,<sup>46</sup> señala que el sujeto activo, en las dos formas que ostenta el delito puede ser solo el que tiene la posibilidad de unirse carnalmente.

Al respecto, podemos señalar dos corrientes:

1. Aquellos que admiten que el hombre o la mujer puede ser sujetos activos del delito de violación, ya se trate de la vis absoluta o de la vis compulsiva, y
2. Quienes sostienen que el hombre es sujeto activo de este delito cuando se trata de la vis absoluta o compulsiva, y la mujer únicamente respecto de esta última.

Fontán Balestra nos dice que "en la práctica no es fácil llegar al acceso carnal con un hombre contra su voluntad, pues la naturaleza ha hecho que al sujeto masculino le sea necesaria una colaboración psíquica, para que

---

<sup>46</sup> RANIERI, Silvio, op. cit. pág. 79.

sus órganos genitales estén en condiciones de poder realizar el acto carnal".<sup>47</sup> Ya Teodosio González decía que "por el empleo de la fuerza física, parece imposible que el hombre pueda ser objeto de violación por parte de una mujer, física o psicológicamente, desde que en la cópula carnal es el hombre el que lleva la parte activa, que no había de funcionar sin el consentimiento".<sup>48</sup>

Por lo que en la generalidad de los casos, el sujeto activo de la violación es un varón, no resultando dudoso que legalmente puede serlo también la mujer.

Ahora bien, en cuanto al tercer párrafo del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, se ha discutido el tema de que si la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación, quedando aclarado desde el momento en el que la mujer puede ser quien introduzca elementos o instrumentos distintos al miembro viril como son los instrumentos rígidos o aparatos de plástico de los llamados vibradores, imitaciones de goma del miembro viril, los llamados vulgarmente "consoladores" y hasta por medio de maniobras digitales, sin importar el sexo del pasivo, en otra persona, ya sea por vía vaginal o anal.

Por nuestra parte, consideramos que la mujer puede ser sujeto activo de la violación mediante la violencia física, puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada.

---

<sup>47</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, Delitos Sexuales. 2a. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1953, pág. 60.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ, Teodosio, Derecho Penal, t.III, 4a. de. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, págs. 33-34.

En cuanto a la calidad del sujeto activo, la violación es un delito común, o indiferente, porque lo puede cometer cualquiera, es decir, el hombre o la mujer. Y por lo que respecta al número de sujetos, es un delito unilaterial o monosubjetivo, porque el tipo no requiere la intervención de dos o más personas para su consumación.

### **3.9.3. SUJETO PASIVO.**

"En la violación el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin distinción alguna, puesto que, según términos expresos de la ley refiriéndose al ofendido, se declara 'sea cual fuere su sexo'; en cuanto a la edad o desarrollo fisiológico, al estado civil y a la conducta anterior del paciente, no se establece limitación alguna. En consecuencia, son posibles víctimas de la violación todos los seres humanos varones o mujeres, vírgenes o no, en edad infantil, juvenil o adulta, ligados o no por matrimonio, de vida sexual honesta o impúdica. Esta total indiferencia obedece a que cualquier sujeto puede sufrir la unión carnal impuesta por medios coactivos o impositivos atacándose primordialmente, su seguridad, y su libertad de determinación."<sup>49</sup>

El Código Argentino no hace distinciones con respecto a las condiciones de la víctima; puede ser persona soltera, casada, divorciada o viuda; mujer honesta, virgen o no, no honesta y aun puede tratarse de una prostituta. La tesis contraria es sostenida por Jiménez Asúa, para quien la prostituta no posee el sentimiento de honestidad que es objeto de tutela en el título III del Código Penal Argentino.

### **3.9.4. OBJETO MATERIAL.**

---

<sup>49</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Ob. Cit, pág. 399.

"El objeto material de este delito es la persona sobre cuyo cuerpo recae la conducta criminosa, persona que puede ser tanto de sexo masculino como de sexo femenino. Pero debe de tratarse de persona viva, pues de otra manera el título criminoso será distinto".<sup>50</sup>

Los autores distinguen entre objeto material y objeto jurídico del delito. El objeto material lo constituye la persona o cosa 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. Según Franco Sodi el objeto jurídico es la norma que se viola, en tanto para Villalobos,<sup>51</sup> es el bien o la institución amparada por la ley y afectada por el delito; con tal afirmación se esta de acuerdo, ya que en los delitos, de homicidio, robo y rapto, los intereses protegidos son la vida, la propiedad y la libertad, valores constitutivos del objeto jurídico de tales infracciones penales.

### 3.10. ATIPICIDAD.

La atipicidad se define cuando no se integran todos los elementos y el comportamiento será atípico cuando falte alguno de los elementos típicos. Esto significa que habrá atipicidad cuando falte lo siguiente:

- a) Cuando la conducta realizada sea otra, y no la ejecución de la cópula.
- b) Cuando el medio empleado sea otro diferente de la violencia.

<sup>50</sup> RANIERI, Silvio, Ob. Cit. pág. 80.

<sup>51</sup> VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Porrúa, S.A. 3a. ed. México, 1975, pág. 269.

Se puede presentar el caso en que faltaren los medios exigidos por el tipo: vis absoluta o compulsiva, es decir, porque concurra el consentimiento del interesado, originándose una "atipicidad". Para saber cuándo nos encontramos ante esta hipótesis, debemos investigar si el tipo exige un "contra" la voluntad del sujeto pasivo.

En este caso el consentimiento del interesado funciona como causa de atipicidad, porque el tipo descrito en el artículo 265 del Código Penal, requiere que la cópula se realice contra la voluntad del sujeto pasivo.

Cabe mencionar que puede ocurrir la atipicidad de violación, pero existir tipicidad respecto de otra figura típica, por ejemplo, puede ocurrir que el comportamiento de la realidad no encuadre en la hipótesis de violación, porque el medio no haya sido la violencia, sino el engaño, en cuyo caso se tratará de atipicidad de violación, pero habrá tipicidad de estupro si se reúnen los elementos de ese tipo, como son la edad del pasivo y el medio ejecutivo.

### **3.11. CAUSAS DE LICITUD.**

En la doctrina encontramos dos puntos de vista, el primero, sostiene que excepto el ejercicio del derecho y el consentimiento, no parece que puedan presentarse causas de exclusión del delito; mientras que el segundo sostiene que en la violación puede presentarse el ejercicio de un derecho, como en el coito violento entre casados, y como en el caso de aquél que por error creyese poder violar impunemente a una mujer y violase a la mujer que, después de haberse hecho pagar anticipadamente el precio de su prestación carnal, no tuviera intención de consentir en la unión carnal.

Es indudable que en la violación no puede darse la defensa legítima, pues no se concibe que se tenga que realizar una cópula violenta para rechazar una agresión injusta. En cambio para otros, se concederá la defensa legítima a la mujer que mata al marido, que quería obligarla a complacencias no naturales, porque hay una violencia y una violencia injusta.

### **3.12. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.**

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. En pocas palabras, podemos definir a la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

El sujeto activo debe tener capacidad de culpabilidad, originándose una hipótesis de imputabilidad, en este delito, cuando exista en el sujeto activo un trastorno mental transitorio.

Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquélla no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva.

Ya hemos dicho que la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y salud mentales; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Ante todo debemos advertir que, tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supralegales.

Nuestro ordenamiento penal, antes de las reformas del 13 de Enero de 1984, contenía como causas de inimputabilidad, las siguientes:

- a) Estados de inconsciencia (permanentes en el artículo 68 y transitorio en la fracción II del 15);
- b) El miedo grave (artículo 15, IV); y,
- c) La sordomudez (artículo 67).

Nuestro Código Penal antes de las reformas de 1983, distinguía en su artículo 68, los estados de inconsciencia permanentes de los transitorios, disponiendo sobre el particular lo siguiente: 'Los locos, idiotas, imbéciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización del facultativo, a un

régimen de trabajo. En igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales".<sup>52</sup>

Actualmente, el Código en cita señala en el Título Tercero, Capítulo V, " El tratamiento de inimputables y de quienes tengan el hábito o necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, en internamiento o en libertad", contenidas en los artículos 67 al 69 bis; quedando reformados el 13 de Enero de 1984 el artículo 68 que mencionaba los estados de inconsciencia; el 23 de Diciembre de 1985 y 10 de Enero de 1994, se reformó primeramente el artículo 15 en su fracción IV, y posteriormente el artículo completo que hablaba del miedo grave; el 10 de Enero de 1986 se reformó el artículo 67 que contenía a la inimputabilidad por medio de sordomudez.

No se puede negar que, en cuanto a las acciones libres en su causa puede darse el delito de violación, pero naturalmente cuando el sujeto se ha colocado dolosamente en estado de inimputabilidad para cometer la violación, pues si su conducta ha sido, dolosa, pero únicamente para colocarse en ese estado, no puede responder del delito de violación, porque esta infracción sólo puede cometerse dolosamente.

### **3.13. CULPABILIDAD.**

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. Por otra parte, se considera culpable la conducta cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.

---

<sup>52</sup> Cfr. CASTELLANOS, Fernando, Ob. Cit, págs. 225-226.

Jiménez de Asúa <sup>53</sup> sostiene, que al llegar a la culpabilidad es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que de lo más ceñido posible, en el proceso de subyunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró. Para el mismo autor, en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Para Villalobos <sup>54</sup> "la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa".

La especie de culpabilidad que se presenta en este delito, es el dolo que consiste en la conciencia y voluntad de tener acceso carnal contra la voluntad de tener acceso carnal contra la voluntad de la víctima, esto último como consecuencia del empleo de fuerza o intimidación o de las particulares condiciones del sujeto pasivo o de la situación en que el mismo se encuentra. (según cual sea el supuesto de entre los previstos en el artículo 119 del Código Penal Argentino).

Si para que exista la violación debe realizarse la cópula por medio de la vis absoluta o compulsiva, es innegable que tiene que concurrir el dolo directo, ya que no se concibe la existencia de tales medios sin la concurrencia de esta forma de culpabilidad.

---

<sup>53</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La ley y el delito. 3a. ed. De Palma, Caracas, 1945, pág. 444.

<sup>54</sup> VILLALOBOS Ignacio, Ob. Cit. pág. 283.

El error de hecho sobre cualquiera de las circunstancias que determinan el contenido del dolo, es excluyente de culpabilidad; aun el error imputable, que tiene por efecto dejar un remanente culposo, porque la violación sólo se tipifica con la culpabilidad dolosa. Así por ejemplo, la creencia equivocada razonable de que se tiene acceso carnal con persona mayor de doce años o no privada de razón. No tendría efecto excusante, en cambio, la simple ignorancia, que se traduce en una duda apta para configurar el dolo eventual.

#### **3.14. INCULPABILIDAD.**

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, consecuentemente con su concepción normativa de la culpabilidad, Jiménez de Asúa<sup>55</sup> sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su ausencia.

En el delito de violación puede presentarse el aspecto negativo de la culpabilidad, en el caso de error en el que muchas veces se confunde con ignorancia.

---

<sup>55</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, Ob. Cit. pág. 379.

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad.

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el derecho y por lo mismo con los fines que el mismo propone realizar. Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

En la violación como ya se dijo puede presentarse la inculpabilidad de la siguiente manera:

a) Error de ilicitud, para quienes consideren que cabe el ejercicio de un derecho con relación a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de ilicitud, realizada por uno de los cónyuges por medio de la vis absoluta o compulsiva; es decir, cuando se llevará a cabo la cópula, por cualquiera de los medios mencionados, con una mujer creyéndola su cónyuge, pues estaríamos frente a una eximente putativa, al creer el cónyuge que existía a favor suyo una causa de licitud.

b) No exigibilidad de otra conducta.

"Para quienes consideran que cabe el ejercicio de un derecho, puede presentarse el error de licitud... con relación a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, realizada por uno de los cónyuges por medio de la vis absoluta o compulsiva.<sup>56</sup>

### 3.15. CONSUMACIÓN.

El momento consumativo se tiene cuando la víctima es sometida a la unión carnal que es consecuencia de la conducta criminosa, no siendo necesaria la eyaculación ni el orgasmo, sino sólo la cópula; no siendo necesario tampoco que la cópula produzca embarazo o cualquier otra consecuencia ya que la sola penetración sexual consuma el delito.

Francisco González de la Vega<sup>57</sup> señala que, el instante consumativo de la violación es precisamente el momento del acceso carnal, aunque el acto no llegue a agotarse.

Los Tribunales han establecido: "El delito de violación se integra por la violencia y no requiere la existencia del desfloramiento ni de lesiones corporales, dado que basta la coacción física o moral que produzca la realización de la cópula contra la voluntad de la ofendida".<sup>58</sup> "La cópula, primer elemento de la violación, queda demostrada tratándose de doncellas, por la prueba de una desfloración reciente, es decir, por la ruptura del himen causada por el choque traumático sexual recibido".<sup>59</sup>

<sup>56</sup> AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, Ob Cit. pág. 314.

<sup>57</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Ob. Cit. pág. 402.

<sup>58</sup> Semanario Judicial de la Federación. t.C. pág. 666, Quinta época. Cfr. Informe de 1944, pág. 71.

<sup>59</sup> Anales de Jurisprudencia, XIII, pág. 236.

### 3.16. TENTATIVA.

"La tentativa es posible y la constituyen los actos idóneos y no equívocos, realizados al sometimiento de la víctima al acceso carnal, con tal que no se reduzcan a actos libidinosos, así estén dirigidos a la unión carnal, ya que en esta hipótesis se tiene el delito consumado de actos libidinosos, en consecuencia, constituyen tentativa de violación solo aquellos actos que a ella se dirigen, sin tomar el carácter de actos libidinosos, es decir, sin concretar actos de concupiscencia; por ejemplo, echar por tierra a la mujer y levantarle los vestidos, etc. En cambio la tentativa de violación se distingue de la tentativa de actos libidinosos por el fin que el agente se propuso, sin que se haya concretado todavía ningún acto de concupiscencia".<sup>60</sup>

Antes del acceso, los hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización impositiva del concubito por medios violentos, si el fornicio no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, integrarán el grado de tentativa de violación.<sup>61</sup>

Es factible que el sujeto activo realice todos los actos encaminados a producir el resultado típico, pero que por causas ajenas a su voluntad éste no se produzca.

Sobre este particular existen dos criterios:

- a) Aquel que sostiene que puede darse la tentativa en el delito de violación.
- b) El que no la admite en dicho delito.

---

<sup>60</sup> RANIERI, Silvio, Ob. Cit. 85.

<sup>61</sup> Vid. Art. 12 del Código Penal para el Distrito Federal.

Carrancá y Trujillo, Cuello Calón, Fontán Balestra, Frías Caballero, Garraud, Gómez, González Blanco, Manzini, Pannain, Ranieri y Soler admiten la violación en grado de tentativa.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación admite la tentativa, al establecer que "si el acusado ejecuta una serie de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de violación y causas ajenas al infractor le impidieron la consumación de su propósito, comete el delito de violación en grado de tentativa".<sup>62</sup>

En otra ejecutoria, el máximo Tribunal sostiene que "si sólo existe el desgarramiento del periné, no puede tenerse por comprobado el cuerpo del delito de violación, pero sí el de tentativa de violación, ya que el acusado ejecutó todos los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de dicho delito, y si no se consumó, fue por causas ajenas a la voluntad del agente".<sup>63</sup>

Es indudable que en el delito de violación, puede darse la tentativa. Por ello pensamos que la tentativa existe cuando el proceso ejecutivo, sobrepasando el mero principio de ejecución, no ha alcanzado en su realización práctica el momento consumativo, o sea, la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo, en el orificio vulvar o anal, sin ningún ulterior resultado.

Por lo tanto, no existe uniformidad de criterios respecto a este problema. Nosotros creemos fundamentalmente que puede configurarse la tentativa.

---

<sup>62</sup> Semanario Judicial de la Federación, LVI, Quinta Época, pág. 1966.

<sup>63</sup> Semanario Judicial de la Federación, LI, Quinta Época, pág. 2916.

**CAPITULO IV.**

**LOS CÓNYUGES COMO SUJETOS  
DEL DELITO DE VIOLACIÓN.**

#### **CAPÍTULO IV. LOS CÓNYUGES COMO SUJETOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN.**

Dentro de la escala de valores del ser humano, la libertad sexual ocupa uno de los primeros lugares.

Rafael de Pina cita, con respecto a la libertad que ésta es la: "facultad que debe reconocerse al hombre, dada su racionalidad, para determinar su conducta sin más limitaciones que las señaladas por la moral y el derecho."

Nuestra Constitución consagra el derecho a la libertad en su capítulo primero " De las Garantías Individuales", y así es como las leyes secundarias protegen la libertad, y esa libertad se debe entender, como la posibilidad de optar por diversas alternativas dentro de nuestro ámbito personal y nadie debe imponernos conductas contrarias a nuestra voluntad; pero sí se puede afirmar, que esa libertad reconocerá como límite donde empieza la libertad de otro.

Mariano Jiménez Huerta enumera los diversos tipos de libertad: " libertad física, psíquica, jurídica, de morada, de secreto, de trabajo, política, de enseñanza, de prensa, de amar." <sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Op. Cit, pág. 126.

La libertad de amar no sólo descansa en la libre voluntad de mantener con otro contacto o relaciones sexuales, sino también en la psíquica capacidad del individuo, para que "pueda manifestar dicha voluntad."

Así, cuando se transgrede esa libertad y se impone a la fuerza un contacto sexual, surge la violación, delito que aunque está contemplado en la ley Penal, pocas veces se castiga. Las mujeres, a diferencia de los hombres, no están a salvo de ataques sexuales, agresiones y, por supuesto, violaciones.

Aunque hombres como mujeres se encuentran protegidos en sus derechos, como ciudadanos, por una ley, y por los jueces que aplican esa ley, en lo que se refiere a las agresiones sexuales parece existir todavía demasiada tibieza en las interpretaciones de la realidad y desprecio a la magnitud del delito y del daño causado a la víctima. Ahí es donde hay que pedir rectitud, claridad y rigor y denunciar el desamparo en el que algunas víctimas de un delincuente, son abandonadas por un juez que llega a convertirse en cómplice de quien comete el delito.

Las formas de agresión a la libertad sexual son la violación, el estupro y los atentados al pudor, que para el tema en cuestión únicamente nos referiremos al primero de ellos.

#### 4.1. ¿VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES?

Existe violación entre cónyuges, cuando se tiene acceso con su cónyuge por medio de la violencia física o moral, pues bien, si la esposa contrae un deber de cohabitación con su esposo en virtud del matrimonio,

esto no significa que se convierta en la esclava del marido, obligada en todo momento a soportar sus requerimientos sexuales. la mujer puede hacer valer su libertad sexual frente al marido, y si éste ejerce violencia física o moral sobre su esposa para lograr el acto sexual, atenta contra su libertad y comete el delito de violación.

Porte Petit anota que sobre esta cuestión hay tres criterios:

- a) Que existe el delito de violación entre cónyuges.
- b) Que no hay violación, sino ejercicio de un derecho.
- c) Que no hay violación sino otro delito.

a) Gómez hace notar que los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación entre cónyuges, invocan el argumento de la licitud en la cópula, emanada del derecho a la misma que al marido pertenece, y es innegable tal derecho, que 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, pues lo que sus defensores han debido mostrar, necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho cuando le es negado por la mujer, y esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza, finalizando que, por respeto a la dignidad humana, debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia (física o moral), tiene acceso carnal con su cónyuge, comete el delito de violación.

Nosotros somos de la idea de que en el matrimonio puede darse el delito de violación, ya que si bien es cierto es un derecho que nace de una de las obligaciones del matrimonio como lo es la cohabitación, más sin embargo esto no es una excluyente para que sea llevada a cabo por medio de violencia

puesto que el bien jurídico tutelado por el delito que se estudia es la libertad sexual la cual tenemos todas las personas, sin exceptuar el estado civil que se tenga.

b) Abarca, Carrara, Carrancá y Trujillo, Cuello Calón, González Roura, Maggiore, Manzini, Pannain y Soler entre otros, consideran que no existe violación entre cónyuges.

Los tratadistas presentan también la cuestión de la legítima defensa de la mujer que resiste el coito que el marido intenta con ella, y vienen a la conclusión de que, siendo el ayuntamiento sexual acto propio del matrimonio, el marido tiene derecho a ejecutarlo con su esposa y, por lo tanto, no cabe la legítima defensa de ésta, salvo el caso de que el marido lo intentare *contra naturam* o en condiciones que dañen gravemente la salud de la mujer o que la ofendan. En el Derecho Mexicano esta cuestión carece de sentido porque la legítima defensa tiene por objeto la defensa de los bienes jurídicamente protegidos, y de ninguna manera puede caber dentro de estos bienes la continencia de la mujer casada respecto del marido. Si el acto sexual que intentaba el marido ataca otro bien jurídico como es la salud, o el honor, cabrá la legítima defensa en las condiciones apropiadas para rechazar el acto que se intenta.

Carrancá y Trujillo,<sup>65</sup> estima que no es constitutivo del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando la violencia, pues ello es en ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima.

Porte Petit citando a Cuello Calón y Vannini, sostiene el primero de ellos que el coito ejecutado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer, no constituye violación, pues aquél al disponer sexualmente de

---

<sup>65</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et. al. Ob. Cit. pág. 661.

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 aquél 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.

El segundo de los autores citados afirma 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, sí subsiste un derecho a la no violación de la libertad individual.

c) El cónyuge tiene de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de licitud. Por tanto, al realizarla, ejercita un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha cópula, por medio de la violencia física o moral, está ejercitando ilegalmente su derecho; en consecuencia, no le puede amparar una causa de licitud, habida cuenta que para que el ejercicio origine el aspecto negativo de la antijuridicidad, debe ser un ejercicio legítimo. 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 aun 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 maten de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquellos y, consiguientemente, cuando realiza uno de los la cópula por medio de la *vis absoluta* o de la *vis compulsiva*, no atacan la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose, en consecuencia, el delito de violación. Estableciendo la Suprema Corte la siguiente ejecutoria:

**"Violación, Ejercicio de un derecho.-** 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, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro. Aun en el supuesto de que la cópula se verifique por la vía normal, si se exige en forma violenta 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".<sup>66</sup>

Se plantea también el problema de saber si existe violación entre cónyuges, cuando la cópula es ilícita, sosteniéndose dos tesis:

- a) Que existe el delito de violación.
- b) Que no hay violación.

Entre los que participan que existe el delito de violación señalamos a Carrancá y Trujillo, Cuello Calón, Manzini, Pannain y Soler.

En cuanto a la cópula ilícita efectuada entre los cónyuges, da lugar a la existencia de la violación, porque en esta hipótesis no hay ejercicio de un derecho, pues el derecho se tiene con relación a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de ilicitud, originándose, por tanto, si se realiza la cópula ilícita por medio de la violencia, el delito de violación, o sea, que se

---

<sup>66</sup> Anales de Jurisprudencia, Año IX, t.XXXVI, Núm. 1. pág. 523.

lesiona el bien jurídico de la libertad sexual habida cuenta que la mujer tiene, tratándose de cópula ilícita, plena libertad sexual.

Se ha sostenido en la historia doctrinal a cerca de la violación: que a) el acceso carnal violento dentro del matrimonio, será ilícito y constituirá violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuere peligroso para ella o para la prole, o cuando constituye un acto lesivo al pudor público o de la propia mujer. El marido que obliga, con violencia o con intimidación, a su cónyuge a la conjunción anormal contra natura, no es culpable de violación sino de abusos deshonestos, pues el acceso sexual a que se refiere el delito de violación es como se ha dicho el normal.

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

c) No hay violación cuando el marido sufra alguna enfermedad que pueda implicar un peligro para la salud de la esposa o de los descendientes, en atención a que, en este último caso, no se lesiona la libertad sexual del cónyuge, que no existe frente al otro, sino un bien jurídico diferente: la salud.

#### **4.2 ANÁLISIS DE POR QUÉ LOS CÓNYUGES CUMPLEN CON LOS REQUISITOS PARA QUE SE DE TAL DELITO.**

La hipótesis de que le marido imponga a su renuente consorte el coito por medio de la violencia ha dado lugar en la doctrina a diversas opiniones.

Algunos niegan que en este supuesto exista el delito de violación. para Chaveau y Hélie <sup>67</sup> es necesario que la cópula sea ilícita; por tanto, el marido que se sirviera de la fuerza respecto de su mujer no cometería el crimen de violación, porque según Glosa, *in eam habet manus injectionem*; y la misma decisión debe ser tomada aun en el caso de separación de cuerpos, porque ésta debilita las ligas del matrimonio sin disolverlo, autoriza a la mujer a no permanecer en el domicilio del marido, pero no rompe los deberes que resultan del matrimonio. esta solución no podría, sin embargo, aplicarse al marido sino *post perfectum matrimonium*; el promedio en esponsales que aún en víspera del matrimonio, empleara la violencia en su prometida, sería sin duda alguna acreedor a la pena. Sin embargo, algunos autores consideran que no constituye violación el caso del marido que forza a su mujer a la cohabitación.

Jiménez de Asúa y Oneca, <sup>68</sup> al tratar a la defensa legítima manifiestan 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, y también, cuando éste se halle enfermo o embriagado, para evitar el contagio, en el primer caso, y la fecundación nefasta para la prole, en segundo."

En sentido favorable a la existencia de la violación, Eusebio Gómez <sup>69</sup> dice: " que aquellos que no admiten la posibilidad jurídica de la violación en la hipótesis planteada, invocan el argumento de la licitud de la cópula emanada del derecho a la misma a la que el marido pertenece. Esto tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y sus finalidades. Pero

<sup>67</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Ob. Cit. Pág. 402.

<sup>68</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. pág. 273.

<sup>69</sup> GÓMEZ, Eusebio, Ob. Cit. Pág. 122.

la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que esté 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 deberá tener la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho cuando le es negado por la mujer. Esta negativa autoriza 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, tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación.

Como solución inmediata debemos considerar, que indudablemente, que el comercio con una mujer, buscado por la violencia, sea ilícito; así el marido que posee a su mujer a la fuerza, no cometería ciertamente el delito de violación aun en el caso de separación de cuerpos, salvo la represión de las heridas que pudiera haber causado. Pero el marido que empleando la violencia constriñe a su mujer a realizar relaciones contrarias al fin del matrimonio, comete el delito de atentados al pudor. En este caso el comercio que ha buscado es ilícito, y la protección general de la ley defiende a la mujer contra tales actos. En semejante sentido es la opinión del tratadista Cuello Calón, citado en reiteradas ocasiones por Porte Petit,<sup>70</sup> en la que manifiesta que el yacimiento o el acceso carnal ha de ser ilícito; así el coito efectuado por el marido con violencia o sin el consentimiento de la mujer no constituye violación, pues aquél al disponer sexualmente de ésta obra en ejercicio legítimo de un derecho; por otra parte, la mujer no puede invocar, en el caso de resistencia violenta la defensa legítima, pues no hay por parte del marido agresión ilegítima. Podrá aquél, en ciertos casos, ser responsable de las vías de hecho o de las lesiones causadas a

---

<sup>70</sup> Cfr. PORTE PETIT CANDAUDADP, Celestino, Op. Cit. pág. 50.

consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación. El acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituye violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, cuando fuere peligroso para ella y para la prole (en el caso del marido sífilítico, ebrio, etc.); cuando constituye un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer (si el marido realiza la cópula en presencia de otras personas.).

El problema de la posibilidad del delito de violación entre cónyuges se reduce a determinar:

- a) Si el ayuntamiento constituye débito matrimonial y por ende, derecho marital a su exigencia; y
- b) Si el ejercicio de ese derecho por medios violentos elimina el delito de violación por ausencia de antijuridicidad de la conducta.

a) González de la Vega,<sup>71</sup> citando a Planiol, quien al señalar que la relación sexual es objeto primordial del matrimonio, indica: lo que equivoca a quienes sostienen lo contrario, es que el matrimonio se realiza a veces cuando la procreación de niños ya no es posible, no viéndose en él otro objeto que la vida común. Más este hecho es muy excepcional por alterar el carácter normal del matrimonio. Sucede frecuentemente que una institución jurídica establecida con objeto determinado encuentra en la práctica otras utilidades secundarias vista de las cuales no ha sido establecida

---

<sup>71</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Op. Cit. pág. 453.

En el fondo, el matrimonio no es otra cosa que la unión sexual del hombre y de la mujer elevada a la dignidad de contrato por la ley o de sacramento por la religión. El Derecho Canónico, más cercano de nuestras leyes a los orígenes históricos de la institución, siempre ha tenido por máxima que la consumación del matrimonio (*cópula carnalis*) es su esencia; un matrimonio seguido de consumación es nulo.

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

No obstante que reconocemos el palmario derecho al fornicio matrimonial estimamos que su exigencia por medios no puede quedar amparada por la excluyente. Ciertamente ésta es una causa de justificación de la conducta o de 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 imponer el cumplimiento de su derecho y recordar los casos de abuso del derecho estudiados por la doctrina moderna.

Por lo tanto, la cópula en sí misma cuando responde a los objetos del matrimonio, es lícita, pero la cópula impuesta violentamente, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos (artículo 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 aun suponiendo que, por el ejercicio de un derecho, el marido forzador de las negativa de su mujer para el concúbulo 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 quedará expuesto a las acciones y sanciones privadas de divorcio y sus consecuencias legales por las sevicias, amenazas o injurias graves que sus procedimientos de violencia entrañen, y por haber cometido en la persona del otro cónyuge un acto (la cópula sin voluntad de éste y por medio de la violencia) que sería punible si se tratara de persona extraña (fracciones XI y XIV del artículo 267 del Código Civil.)

Si se aceptara la supuesta juridicidad de la cópula material impuesta por la fuerza, al menos tendría que reconocerse que la justificación no podrá cubrir los casos en que se forzase a la esposa a ayuntamientos ilícitos, contrarios a los fines del matrimonio o en sí mismo delictuosos, tales como el forzamiento contra el orden natural (ilícito por contrario al objeto del matrimonio y a las buenas costumbres), o cuando el marido violentador este enfermo de males venéreos o de dolencias serias en el periodo infectante (por el peligro de contagio que sería constitutivo de delito), o en una forma de exhibicionismo obsceno (por ser delictuoso de acuerdo con el artículo 200 del Código Penal).

Al respecto nuestra Suprema Corte de Justicia, ha sostenido la siguiente tesis jurisprudencial:

**“Violación entre consortes. Puede existir porque el ejercicio de un derecho a copular no puede obtenerse mediante la violencia.-** El delito de violación previsto en el artículo 267 del Código de

Defensa Social para el estado de Puebla, existe entre consortes, pues basta que la cópula se imponga por medio de la violencia física o moral, para quien la ejercita se haga acreedor a la sanción correspondiente, de ahí que, resulta irrelevante que el sujeto activo sea esposo de la ofendida, pues tal carácter no purga la falta de voluntad de esta para realizar el acto sexual, ya que precisamente el Bien jurídico que tutela dicho ilícito lo es la libertad sexual, la cual si bien se encuentra restringida dentro del matrimonio, la negativa de la mujer para acceder a la relación sexual que debe al esposo, de ninguna manera autoriza a éste a ejercer su derecho por medio de la violencia, pues sostener lo contrario implicaría, por una parte hacer una distinción donde la ley no señala, y por otra hacerse justicia por sí mismo ejerciendo violencia, lo cual se encuentra prohibido en el artículo 17 Constitucional."

Primer Tribunal Colegiado del sexto Circuito.  
Amparo en revisión 93/92. Jesús Sánchez castillo.- 23 de Abril de 1992.- Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partida. Srío. Martín amador Ibarra.  
Semanao Judicial de la Federación. Octava época. T. IX. Junio. 1992. p. 444

#### **4.3. ELEMENTOS QUE SE DEBEN APORTAR PARA LA COMPROBACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES.**

En todo caso de violación el requisito de procedibilidad es la denuncia, de manera que cualquier persona puede hacer del conocimiento del ministerio público la probable comisión de este delito y el órgano investigador debe iniciar la averiguación.

En caso de delito de violación cometido por una persona mayor de edad, las diligencias que básicamente deben practicar el Ministerio Público para estar en aptitud de resolver una averiguación previa iniciada por el delito en cita, son las siguientes:

- a) Inicio de la averiguación.
- b) Síntesis de los hechos que motivan la averiguación previa.
- c) Declaración de quien proporciona la noticia del delito.
- d) Inspección ministerial del sujeto pasivo, para describir detalladamente su estado y circunstancias, principalmente respecto a estado ginecológico o proctológico, según el caso, y presencia o ausencia de lesiones y estado psicofísico.
- e) Intervención a Policía Judicial.
- f) Examen pericial médico del sujeto pasivo para efectos de dictaminar a cerca del estado de la persona, fundamentalmente por lo que se refiere al estado ginecológico o proctológico, de acuerdo con el caso concreto, presencia o ausencia de lesiones y estado psicofísico.
- g) Incorporación del dictamen resultante de la diligencia a la averiguación previa.
- h) Inspección ministerial y fe de ropas que vista el sujeto pasivo en el momento del hecho delictuoso.
- i) Declaración del sujeto pasivo, si no fue quien proporcionó la noticia del delito.
- j) Inspección ministerial del lugar de los hechos, cuando fuere posible ubicarlo.
- k) Inspección ministerial y fe de armas o cualquier otro objeto que tuviese relación con los hechos que se investigan.

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

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

La consignación se formulará conforme a lo señalado anteriormente y los fundamentos legales de ésta, en el delito a examen serán los artículos 265 del Código Penal en relación al 8o. y 9o., hipótesis correspondientes del mismo ordenamiento y 122 del Código de Procedimientos Penales y en su caso 94 y 97 del mismo ordenamiento procedimental.

Los elementos del tipo penal se comprobarán con los siguientes elementos:

- 1) Declaración imputativa del ofendido.
- 2) Testimoniales en su caso.
- 3) Inspección ministerial del estado ginecológico o proctológico del pasivo.
  
- 4) Examen pericial médico respecto del estado ginecológico o proctológico del ofendido.
- 5) Confesional en su caso.
- 6) Inspección ministerial del estado andrológico del posible sujeto activo.
- 7) Examen pericial médico del probable responsable respecto del estado andrológico; y,
- 8) En caso de violencia física, inspección ministerial de lesiones o de ropas del pasivo o del probable activo, según el caso y examen pericial médico de lesiones.

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

El caso de penetración sexual violenta lo encontramos en el artículo 265 segundo párrafo del Código penal, dentro del cual las diligencias son básicamente iguales a las mencionadas agregando entre otras: la inspección ministerial del objeto empleado en la introducción y, la inspección ministerial del lugar de los hechos.

La consignación se efectuará con fundamento en los artículos 265, párrafo segundo en relación con el 8o. y 9o. hipótesis correspondientes, ambos del Código Penal y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y en su caso 94 al 97 del mismo ordenamiento.

Los elementos del tipo penal se comprobarán con:

- I) Denuncia.
- II) Testimoniales en su caso.
- III) Inspección ministerial del estado ginecológico y proctológico del pasivo.
- IV) Examen pericial médico respecto del estado ginecológico o proctológico del ofendido.
- V) Confesional en su caso.
- VI) Inspección ministerial y fe de lesiones, en su caso tanto del activo como del pasivo.
- VII) Inspección ministerial y fe de objeto utilizado en la penetración.

Por lo que hace a los menores, debemos entender que se hable de presuntos menores infractores y no de menor infractor que es una figura definitoria para explicar una parte de lo mencionado por el artículo 18 Constitucional y que habla de los sujetos menores de 18 años de edad, ya que en algunas entidades federativas es de 16 años de edad.

En nuestro sistema penal, los individuos carentes de edad para ser considerados como mayores, se encuentran fuera del derecho penal de

los adultos, subordinados únicamente a la acción tutelar por parte del estado; es decir, si el delito tipificado en el Artículo 265 del Código Penal, es cometido por un menor de edad, éste no podrá ser juzgado ante los jueces penales, sino que deberá ser internado en un Consejo Tutelar para menores, en donde se pretende reintegrarlo a la sociedad bajo programas de estudio y readaptación.

En cuanto a este punto, algunos autores han manifestado que los menores de edad son inimputables, son personas incapaces de querer y entender en el campo del derecho penal, no comprenden el alcance de sus actos y por lo tanto es imposible imputarles un acto delictuoso.

No obstante nuestra opinión en el sentido contrario, al afirmar que sí son imputables los menores de edad, únicamente se encuentran sometidos a un régimen diverso, es decir, los individuos carentes de la edad para ser considerados como mayores, en la actualidad sí tienen la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, si cometen delitos, sí son entes sujetos a una imputación del orden penal, con la simple variante de estar sometidos a otro régimen, como los militares; no pueden considerarse al igual de los que padecen enajenación mental. Es muy importante aclarar que nuestra postura es con excepción de aquellos menores, que realmente por su minoría de edad no tienen las facultades mentales para querer y entender en el campo del derecho penal, en el sentido de considerar a los menores como imputables sujetos a un régimen especial.

El concepto de minoridad que se ha usado durante muchos años también hace suyo un concepto que es básicamente el derecho penal de sugerir que una persona que no está en su juicio (irresponsabilidad total a la comisión de un delito), para los adultos es inimputable, porque no se le

puede imputar responsabilidad y a través de este concepto surgen los tribunales para menores, después el Consejo tutelar en 1973 y ahora el Consejo para menores que es una organización que atiende los casos de los menores que estén en caso de peligro para ellos mismos, para su familia y para la sociedad.

Únicamente pueden ingresar menores que han realizado una conducta que este tipificada por el Código Penal como delito, y en menores se llaman infracciones.

Primeramente se tiene que comprobar la edad del menor con el acta de nacimiento para que sea remitida a cualquiera de las dos agencias del menor (58 y 59 agencias), para que el Comisionado que es el órgano encargado de investigar como se lleva a cabo la infracción, en donde procederá a hacerle saber la infracción de la que se le acusa, quien lo acusa y las garantías que le concede la Constitución y la ley de menores que son las de declarar o no, aparte de lo manifestado, contestar o no las preguntas que le formule el comisionado o el defensor y el careo.

Dentro de los delitos en los que no se alcanza externación son aquellos que se encuentran contemplados en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales (reformado el 14 de mayo de 1996), como son la violación, la violación tumultuaria, el secuestro, entre otros.

Si los presuntos menores infractores, cumplen la mayoría de edad, se les da el mismo tratamiento que a los menores juzgados por el Consejo de menores y dependiendo de la medida (en mayores de edad son penas), aún cumplidos los 18 años tiene que cumplir con los tratamientos de externación o internación según el caso. La externación consiste en acudir a organizaciones de Gobernación para dar el tratamiento (readaptación

social). Y la internación se cumple estando dentro del Centro de tratamiento interno para varón o para mujeres, dependiendo el caso.

Dichos menores continúan dentro del Consejo hasta que el Comité técnico valore que estas personas ya mayores de edad en ese momento asimilaron el tratamiento que se les está dando, siendo la medida máxima de internación en la práctica la de dos años, sin embargo la ley marca que serán cinco, por lo que en caso de violación cometido por un presunto menor infractor, su pena no podrá sobrepasar de los cinco años. Concluyendo con esto que en México existen a nivel nacional los centros DIF, donde cuentan con el personal especializado para atender a quien lo solicite. Se brinda ayuda psicológica y asesoramiento legal. Existe la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia en los centros DIF, donde se proporciona orientación, protección y asesoría necesaria para la defensa de los derechos de la familia. La Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia puede intervenir en el caso de menores maltratados, menores infractores, menores abandonados, pensión alimenticia, adopción de un menor, problemas del Registro Civil y problemas familiares en general.

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

PRIMERA.- El Código Penal para el Distrito Federal, en el título Décimo Quinto " Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual" Capítulo I " Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación" ; no regula el delito de violación entre cónyuges.

SEGUNDA.- Derivado de la investigación se concluye que el débito conyugal no implica la renuncia a la libertad y a la seguridad sexual de cada uno, teniendo como característica que la negativa injustificada o permanentemente motivada por la imposibilidad de su cumplimiento, puede motivar el divorcio.

TERCERA.- A la simple lectura de los artículos 265 y 266 bis del Código Penal para el Distrito Federal, vemos que en ninguno de los artículos mencionados hacen referencia a la cópula realizada por medio de violencia física o moral en contra de su cónyuge.

CUARTA.- Admitimos sin lugar a dudas que cuando una persona obtiene la cópula con su cónyuge, mediante la violencia, comete el delito de violación.

QUINTA.- La mujer puede ser sujeto activo de la violación mediante la violencia física, puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada.

SEXTA.- Se propone la adición al Título Décimo Quinto, " Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", Capítulo I, " Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación", lo siguiente:

- a) El texto que mencione la violación entre consortes.
- b) Adicionar la fracción V del artículo 266 bis que a la letra manifieste:

" Artículo 266 bis.- Las penas previstas para el abuso sexual y a la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:... V.- El delito fuere cometido por un cónyuge en agravio del otro.

OCTAVA.- El cónyuge ofendido podrá exigir una indemnización a título de reparación del daño moral, en términos del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

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

AMUCHATEGUI REGUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. s/ed. Harla. México, 1993.

BADENES GASSET, Ramón. Conceptos fundamentales del Derecho. Las Relaciones Jurídicas Patrimoniales. Marcombo Beixareu Editores. 6a. ed. Barcelona, 1982.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO PAEZ, Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla, Colección de Estudios Jurídicos Universitarios, México, 1990.

BELLUSCIO, Augusto C. Derecho de Familia. Tomo II. 8a. ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires.

CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho penal. 29a.ed. Porrúa S.A. México, 1991.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 2a. ed. Porrúa S.A. México, 1990.

FLORIS MARGADANT S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. 16a. ed. Editorial Esfinge S.A. México, 1989.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. 13a. ed. Por Guillermo A.C. Ledesma. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1990.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Delitos Sexuales. 2a. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires , 1953.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas, Familia. Primer Curso. 6a. ed. Porrúa S.A. México, 1983.

GÓMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. t. III. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1983.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. 26a. ed. Porrúa S.A. México, 1993.

GONZALEZ, Teodosio. Derecho Penal. t. III. 4a. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1978.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. El delito. Tratado de Derecho Penal. La culpabilidad y su exclusión. Losada. T. VI. 3a. ed. Buenos Aires. 1982.

JIMÉNEZ DE ASÚA. La Ley y el Delito. 3a ed. De Palma. Caracas. 1945.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Honor y de la libertad. T. III. 3a. ed. Porrúa. México, 1978.

KVITKO, Luis Alberto. La Violación. Peritación Médico legal en las presuntas víctimas del delito. 2a. ed. 3a. Reimpresión. Trillas editores. México. 1991.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en particular. T. II. Porrúa, S.A. México, 1995.

- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, El matrimonio. Sacramento -Contrato- Institución, Tipografía Editora Mexicana, México, 1965.
- MAGGIORE, Guiseppe. Derecho Penal. Parte Especial. V.IV. 3a. ed. Temis. Bogotá, 1989. 524 pp.
- MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano. t. LVII. Turin. 1933-1939.
- MARTÍNEZ ROARO Marcela. Delitos Sexuales. 4a. ed. Porrúa S.A. México, 1991.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y menores. 2a. ed. librería Jurídica Wilches. Bogotá, 1991.
- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 5a. ed. Porrúa S.A. México, 1992.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. 7a. ed. Porrúa S.A. México, 1994.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. 9a. ed. Porrúa S.A. México, 1990.
- PÉREZ DUARTE, Alicia, Derecho de Familia, Fondo de Cultura Económica, Colección Popular 503, México, 1994.
- PINA, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. V.I. 13a. ed. Porrúa S.A. México, 1993. 404 pp.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de violación. 4a. ed. Porrúa S.A. México, 1985.

## **L E G I S L A C I O N**

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, del 8 de Diciembre de 1870.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, del 31 de Marzo de 1884.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal de 1928.

Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de fuero Federal. Libro Segundo. Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Editorial PAC, México, 1995.

Código Penal y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Greca Editores. México, 1996.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917.

Jurisprudencia a 1991. Comparada a la 1917-1985. Libro 8o. Tribunales Colegiados del Primer Circuito con precedentes. Mayo Ediciones S. de R.L. México, 1992. 1169 pp.

Ley para el tratamiento de menores infractores. para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. Editorial Sista. México, 1995.

Ley sobre Relaciones Familiares, del 9 de abril de 1917.

RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Parte Especial, de los delitos en particular. 2a. ed. Temis. Bogotá. 1975

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción. Personas y Familia. V. I. 23a ed. Porrúa S.A. México. 1989.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Derecho Matrimonial. 5a. ed. Temis. Bogotá. 1990.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Porrúa S.A. 3a. ed. México, 1975.

BARRADAS FRANCISCO, et. al. Comentarios Prácticos al Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, Editorial Sista, México, 1996.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. et. al. Código Penal Anotado. 17a. ed. Porrúa S.A. México, 1993.

CASTRO ZAVALA, Salvador. 75 años de Jurisprudencia Mexicana. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados en materia Penal. T. III. Orlando Cárdenas Editor S.A. de C.V. México, 1992.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. 10a. ed. Porrúa S.A. México, 1992.

MATEOS ALARCÓN, Manuel, Código Civil del Distrito Federal. Concordado y Anotado. Tomo I de las personas. - De los bienes, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, México, 1904.