



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

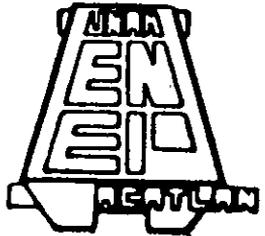


LA PROCEDIBILIDAD DE LA QUERRELLA EN EL
DELITO DE VIOLACION ENTRE CONYUGES
Y CONCUBINOS.

T E S I S

QUE PARA SUSTENTAR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JOSE JUAN SALINAS PAREDES

ASESOR: LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ



ACATLAN, EDO. MEX.

DICIEMBRE 1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

257383



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AL LICENCIADO RAFAEL CHAINE LOPEZ.

**A QUIEN AGRADEZCO HABER BRINDADO SU APOYO
PARA LA REALIZACION DEL PRESENTE TRABAJO Y
POR LAS ENSEÑANZAS QUE ME HA OTORGADO EN LAS
CIENCIAS PENALES.**

**A MIS HERMANOS.
WILLI, LILIANA, LUPE
Y MI PRIMA MARGARITA .**

**A QUIENES LES DEBO LA ALEGRIA DE CONTAR CON
USTEDES Y SU HERMANDAD ETERNA, COMO EJEMPLO
DE UNION Y SUPERACION.**

A TODOS MI AMIGOS

**QUE CONTRIBUYERON CON SU PARTE EN ESTE LOGRO
Y POR SU SINCERA Y LEAL AMISTAD.**

**A MIS PADRES.
J. GUADALUPE SALINAS GARCIA.
RAQUEL PAREDES LORA.**

**A QUIENES LES DOY LAS GRACIAS DE MANERA INFINITA
POR LOS SACRIFICIOS REALIZADOS Y APOYO CONSTANTE
POR VER EN SUS HIJOS PERSONAS DE BIEN, POR SU AMOR Y
CONFIANZA. GRACIAS.**

**A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLAN",
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO.**

**A QUIEN LE DEBO LA FORMACION PROFESIONAL Y
QUE SIGA BRINDANDO ESPACIOS A LA SUPERACION
Y AL CONOCIMIENTO.**

**A TODOS LOS PROFESORES DE LA E.N.E.P. "ACATLAN"
Y CON ESPECIAL DEDICACION A LOS DE LA LICENCIATURA
EN DERECHO.**

**QUIENES CON LA HONROSA Y NOBLE LABOR DOCENTE, NOS HAN
TRANSMITIDO LOS CONOCIMIENTOS QUE NOS ILUMINARAN EL CAMINO.**

LA PROCEDIBILIDAD DE LA QUERRELLA EN

EL DELITO DE VIOLACION

ENTRE CONYUGES Y CONCUBINOS.

O B J E T I V O.

El presente trabajo tiene como objetivo plantear la posibilidad de facultar al ofendido ya sea conyuge o concubino en el delito de violación que pudiera existir entre los mismos, el hacer del conocimiento al órgano investigador de los hechos, por medio de la querrela, la cual daría oportunidad y posibilidad a la victima de querrellarse exclusivamente en el caso que considere que la magnitud del daño sufrido, al haberse realizado en su persona la cópula sin su voluntad y por medios violentos, sean de difícil reparación que obstaculicen no sólo la convivencia y cohabitación con el inculpado, sino que también influyan en la adecuada educación y desarrollo integral de los hijos, o una vez realizada la querrela estar en la oportunidad de otorgar el perdon del ofendido al inculpado, en bien de la integración familiar, no sin antes repararse el daño físico y moral.

I N D I C E

PAGINAS

INTRODUCCION.	4
----------------------	----------

CAPITULO I .- ELEMENTOS DEL DELITO EN GENERAL.

1.1.- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.	10
1.2.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.	14
1.3.- ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.	22
1.4.- CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.	28

CAPITULO II .- ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION.

2.1.- CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACION.	41
2.2.- ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION.	44
2.2.1.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.	45
2.2.2.- LA COPULA.	49
2.2.3.- LA VIOLENCIA FISICA O MORAL.	53
2.2.4.- AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL SUJETO PASIVO.	57
2.3.- EL DELITO DE VIOLACION EQUIPARADA.	58
2.4.- LA PENALIDAD AGRAVADA EN EL DELITO DE VIOLACION.	61
2.5.- LA VIOLACION ENTRE CONYUGES.	64
2.6.- LA VIOLACION ENTRE CONCUBINOS Y AMASIATO.	73

CAPITULO III.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA QUERELLA.

3.1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA QUERELLA.	78
3.2.- ELEMENTOS DE LA QUERELLA.	83
3.3.- DIFERENCIA ENTRE QUERELLA Y DENUNCIA.	86
3.4.- VENTAJAS DE LA PROCEDIBILIDAD DE LA QUERELLA.	89

**CAPITULO IV .- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA,
MATRIMONIO Y CONCUBINATO.**

4.1.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA.	94
4.1.1.- FINES SOCIALES DE LA FAMILIA.	96
4.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.	97
4.2.1.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.	98
4.2.2.- CONCEPTO JURÍDICO DEL MATRIMONIO.	100
4.2.3.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL MATRIMONIO.	102
4.2.4.- DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.	106
4.3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCUBINATO.	109
4.3.1.-REQUISITOS QUE SE REQUIEREN PARA RECONOCER EL CONCUBINATO.	110
4.3.2.- CONCEPTO DE CONCUBINATO.	111
4.3.3.- EFECTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL CONCUBINATO.	112
4.3.4.- EXTINCIÓN DEL CONCUBINATO.	116

CAPITULO V.- EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN."

5.1.- EFECTOS PSICOSOMATICOS EN EL DELINCUENTE Y LA VÍCTIMA.	119
5.2.- REPERCUSIONES DE LA SOCIEDAD Y LA FAMILIA EN LA VÍCTIMA DE LA VIOLACION.	125
5.3.- MEDIDAS DE PREVENCIÓN.	127
5.4.- TRATAMIENTO A LA VÍCTIMA Y REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL Y MATERIAL.	128
5.5.- TRATAMIENTO A QUE SE DEBE SOMETER EL VÍCTIMARIO.	136
CONCLUSIONES	139
PROPUESTA	153
BIBLIOGRAFIA	154

INTRODUCCION.

Se hace necesario estudiar en el presente trabajo aspectos substanciales del delito para saber cuales son los elementos que se requieren de acuerdo a la dogmatica penal para considerar a una conducta como delito, de conformidad a las tendencias actuales; así como es menester referirse a los elementos descriptivos que integran el tipo penal del delito de violación; aspectos procedimentales relacionados con la querrela, así como la protección que se trata de otorgar al cónyuge, concubina víctimas en la violación y a la familia conformada por el matrimonio y el concubinato, con la figura de la querrela y por último los efectos psicomaticos o psicológicos del delincuente así como los que se ocasionan a la víctima del delito de violación, por tanto en el Primer Capítulo se estudian las características comunes que debe de tener todo delito , y de las cuales se ocupa la parte general del derecho penal, por lo cual se analizaran cada uno de los principales elementos que constituyen los hechos para ser considerados como delitos, haciendo referencia de sus aspectos positivos que le dan vida, como a sus aspecto negativos, que impiden su nacimiento. abordándose en orden al esquema analizado por Jiménez de Asúa, quien estudia los aspectos positivos del delito a los que oponen sus correspondientes aspectos negativos, comprendiendo dentro de este capitulo y a manera comparativa los principales aspectos del sistema finalista del delito, el cual en la actualidad es el que ha tenido mayor aceptación al responder a diversos cuestionamientos que la teoría causalista no resolvió, no obstante se tratara de hacer una comparación de los principales fundamentos de cada sistema, partiendo de que el sistema finalista, se inspira en una filosofía Kantiana, "Filosofía de los valores", desarrollada en Alemania a principios del presente siglo, donde se plantea que el derecho no es una reproducción de la realidad, sino el resultado de conceptos extraídos de esa

realidad a través de una elaboración metodológica fundada en "valores" y "fines", en donde el estudio del objeto determina al método; a diferencia del sistema causalista que se apoya en la filosofía naturalista y formalista, de la cual surge la corriente positivista, que ve al fenómeno jurídico penal del delito basado en una acción natural, libre de sentido y valor ("causalidad ciega"). Por lo tanto se examinarán los elementos que se consideran comunes, partiendo de la definición de delito como la acción u omisión típica, antijurídica y culpable. enunciando primeramente el sistema causalista y en último término el finalista. Dentro del segundo capítulo, se comprenden los elementos que la ley describe para conformar o integran el delito de violación, refiriéndose a la acción de cópula normal y anormal, al uso de la violencia física y moral, que puede recaer en persona de cualquier sexo. y además de la falta de consentimiento del sujeto pasivo, el bien jurídico tutelado en el delito de violación, poniendo atención no sólo a la libertad sexual, sino también a los efectos producidos, principalmente a los psicosomáticos; así como la referencia de las hipótesis que originan la violación equiparada y las causas de agravación que establece la ley para diferentes modalidades del delito de violación.

Por tanto el análisis principal de nuestro trabajo que recae en considerar que efectivamente existe el delito de violación entre cónyuges, que contrariamente a los sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien considera que no se configura dicho delito, valiéndose en la legitimación que tiene el cónyuge para realizar la cópula, con su pareja, por la relación matrimonial existente, destruyendo con ello la tipicidad de la conducta en el delito de violación, para ubicar la conducta en el ejercicio indebido de un derecho, por obtener la cópula por medios violentos, no obstante se considera que la exigencia por medios violentos de la cópula a la cónyuge, no puede quedar comprendida en

dicha figura, sino en el de violación, atento a lo establecido en el artículo 17 Constitucional, en el sentido de que nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho, por tal razón si se tiene la obligación de cohabitar en el matrimonio, el cónyuge no puede ejercer violencia para obtener tal derecho, de hacerlo así incurre en el delito de violación, si se toma en consideración que para reclamar tal derecho existen otros medios legales, haciendo extensivo el delito de violación a la copula realizada por medios violentos en el concubinato, por considerar que, no hay ninguna obligación de prestar o acceder a la relación sexual por vías violentas, no obstante la cohabitación existente entre los concubinos y la formación familiar que origina el concubinato, si existe el pleno desestimiento a la cópula por parte de la víctima.

En el Tercer Capítulo, se hace mención de la querrela como condición o requisito de procedibilidad para la persecución de los delitos que por su tenuidad o por el índole particular de los mismos, consistente en la protección de bienes e interés jurídicos personalísimos o familiares de apreciación delicada, y que su persecución por oficio y publicidad puede ocasionar mayores daños de los causados, por lo cual se otorga con la querrela un derecho potestativo al ofendido para manifestar a la autoridad investigadora la persecución del delito, los elementos que se requieran para la procedibilidad de la misma, como lo es la voluntad de realizar una relación de hechos ante el Ministerio Público investigador, dando la autorización para que se persiga el delito, haciendo susceptible la existencia de otorgar el perdón a la persona contra quien se querrela, pudiéndose realizar hasta antes de sentencia de segunda instancia, y previa reparación del daño causado por la conducta punible a la víctima, otorgándose la ventaja a la querrela, que con ella el ofendido puede dar a conocer al órgano investigador de que se persiga el delito acontecido y además que en el caso la querellante,

asumiría con conocimiento los perjuicios psicológicos o psicosomáticos que mayormente se le pueden ocasionar con la publicidad de la conducta recaída en su persona, y en especial en el delito de violación entre cónyuges y concubinos, en las cuales realmente se puede dejar en desamparo a la familia constituida por ese núcleo, ante la privación de la libertad que como castigo se imponga al victimario. Motivo por el cual también se hace referencia a la familia, por considerar que es el germen de las virtudes del ciudadano y del hombre útil a la sociedad, en donde el estado debe intervenir para que la familia como grupo social cumpla con su función social, como lo es la procreación, la educación moral, intelectual y física de los hijos, razón por la cual el orden jurídico debe facultar a la víctima en el delito de violación entre cónyuges y concubinos, con la procedencia de la querrela para evitar mayores daños a las relaciones familiares, de los ocasionados de por sí con el delito de violación, por lo cual se hace necesario comprender el concepto de familia sus funciones, y su conformación a través del matrimonio y del concubinato, sus elementos de existencia de cada figura, para que se les reconozca como tales, y las consecuencias que de cada una de ellas surgen en relación con la pareja, los hijos y el patrimonio, así como las formas en que se extingue cada una de ellas en caso de presentarse una desavenencia en sus relaciones, ya que ambas formas dan origen a la familia y tienen semejanzas y consecuencias similares; de forma que ambas se comprenden en el presente trabajo para la procedencia de la querrela en el delito de violación que pudiera surgir en dicha relación, además de tomar en consideración que los efectos psicosomáticos que pudieran surgir por la realización de una violación serían parecidos, pero muy distintos y con diferente gravedad de los que se ocasionan en el delito de violación en otras circunstancias, además de los efectos producidos en el victimario, lo que origina que en Capítulo Quinto se hiciera alusión a los efectos psicosomáticos en el delincuente y la

víctima en el delito de violación, que se encuentran relacionados con la sexualidad y con la personalidad, ocasionando daños profundos en la víctima, ya que pueden presentarse lesiones físicas producidas por la violencia a que es sometida la víctima en la violación y alteraciones psicológicas que provocan un descontrol en su personalidad que se presentan como consecuencia de la violación, originando depresión, angustia, obsesión y demás efectos y síntomas a los que se les consideran como Síndrome de Traumatismo post-violación, además de las actitudes de rechazo y de repudia de la familia y la sociedad en las víctimas, segregándolas y expulsándolas del domicilio, y del círculo social donde se desenvuelven, pensando que contrariamente la víctima requiere apoyo de la familia y de los amigos o compañeros de trabajo, además que por las consecuencias psíquicas y sociales, se requiere de un tratamiento psicossomático, que sea costado por el delincuente como resarcimiento del daño que se ocasione a la víctima, y sólo en caso de que el delincuente no pudiera costear dicho resarcimiento deberá cubrirse por el estado, para que con dicho tratamiento se logre obtener la recuperación psicológica de la víctima además de los daños materiales sufridos, y que para obtener el perdón del ofendido en el delito de violación entre cónyuges o concubinos se hace necesario previamente reparar el daño material y moral, proporcionando tratamientos psicológicos a la víctima, aun que creemos que de ocasionarse daños psicológicos serían de menor gravedad que los ocasionados a las víctimas por personas ajenas a su medio o intimidad sexual; además se propone la necesidad de contar con los procedimientos adecuados para lograr la debida corrección, educación y adaptación social de los victimarios del delito de violación, y con mayor atención y facilidad a los cónyuges o concubinos victimarios que demuestren verdadero arrepentimiento y reparen el daño ocasionado a la víctima y a la familia.

CAPITULO 1.- ELEMENTOS DEL DELITO EN GENERAL

1.1.- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

1.2.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

1.3.- ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

1.4.- CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

CAPITULO I .- ELEMENTOS DEL DELITO EN GENERAL.

1.1.- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

Para el **causalismo**, el acto u acción humano, se basa en relaciones de procesos causales. En donde la acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto y entre una y otra se da una relación, existiendo en ello un proceso causal natural, que parte de que una causa, produce un efecto.

Para Frank Von Liszt la acción humana debe ser voluntaria, pero qué, esta voluntariedad se refiere al movimiento corporal que produce un resultado material, donde existe una relación de causalidad entre este movimiento corporal voluntario y el resultado material. (1)

Desprendiendo el citado autor que la voluntad tiene dos caracteres; uno interno, contenido de la voluntad; y el otro externo, la manifestación de la voluntad, en donde la fase externa corresponde al acto u acción, y la interna corresponde a la culpabilidad.

Por lo que el sistema causalista a partir de Liszt, establece que el acto, o acción esta conformado por tres elementos a saber:

(1) Cit. Pos.; Orellana Wlarco Octavio Alberto, "Teoría del Delito" Sistema Causalista y Finalista", edit. Porrúa, S.A., México 1994, pág. 1:

A) Manifestación de la voluntad, que consiste en la inervación voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad (cuando nos hallamos frente a la omisión), entendida esta última a la manera de Mezger como la acción esperada que el autor ha omitido realizar.

B) Un resultado, que es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza, y

C) Un nexo causal, que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa efecto.

AUSENCIA DE CONDUCTA.- Constituye el aspecto negativo de este primer elemento, asegura Francisco Pavón Vascóncelos que ésta se presenta cuando falta cualquiera de sus sub-elementos a saber: a) ausencia de conducta; b) inexistencia del resultado, y c) falta de relación causal entre la acción u omisión integrantes de la conducta y el resultado material considerado. (2).

Citando como aspectos negativos del primer elemento del delito en forma enunciativa a: la fuerza física exterior irresistible; al sueño, al sonambulismo, al hipnotismo, etc.

(2). Pavón Vascóncelos Francisco, "La causalidad en el delito", Edit. Jus, México, 1977.

En el sistema Finalista, Hans Welzel, acepta que todo delito parte de una acción y que ésta, es una conducta humana voluntaria, que tiene una finalidad, un fin. (3)

Para la teoría finalista de la acción, la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista, tomando como base que el hombre sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de su actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de sus resultados, la finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo. Para la teoría finalista, la acción pasa por dos fases, una interna y una externa, encontrando los siguientes componentes en la primera:

- A) El objetivo que se pretende alcanzar o la proposición de fines.
- B) Los medios que se emplean para su realización.
- C) Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el derecho penal.

En la segunda fase, la externa, encontramos.

- A) Es la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal o el fin.
- B) El resultado previsto y el o los resultados concomitantes.
- C) El nexo causal.

Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para

(3) Hans Welzel, "Derecho Penal Alemán", 12 a edición, Edit. Jurídica de Chile, 1987; pág. 10.

su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización, en el mundo externo, pone en marcha conforme a un plan el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta. (4)

Cuando el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr éste, inclusive toma en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de esos medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa, es decir el dolo se encuentra en la acción típica y no al nivel de la culpabilidad como lo considera la teoría causalista.

El finalismo coincide en parte con el pensamiento de Liszt, en cuanto puede concebirse una conducta genérica dentro de la cual cabe como subclases el hacer y el omitir (tratándose de hechos dolosos). en cuanto ambos importan comportamientos dominados por una voluntad, pero en el finalismo señala que acción u omisión son dirigidos *a un fin determinado* por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión.

De esa forma, el finalismo difiere radicalmente del sistema "causalista", pues la acción (u omisión) va a dejar de ser "objetiva" y va a pasar a ser un concepto objetivo y subjetivo, objetivo en cuanto que la voluntad se va a manifestar por el movimiento corporal o por su ausencia (acción u omisión), y subjetivo porque la voluntad se va a proyectar en forma dolosa o culposa.

(4) Muñoz Conde Francisco, "Teoría general del delito". Temis, Bogotá Colombia, 1990, pág. 11 y 12.

AUSENCIA DE ACCIÓN.- En la teoría finalista, la encontramos cuando no se presenta las fases en que se puede dar la acción, es decir, cuando el sujeto no se ha planteado la realización de un fin, no ha seleccionado los medios para lograrlo, o no ha considerado los efectos concomitantes (fase interna), o bien, al realizar la conducta, se producen efectos que no son planeados, no sus efectos concomitantes pertenecen a la acción propuesta, sino que el resultado se produce en virtud de un mero proceso causal, en el cual la finalidad no tuvo nada que ver (fase externa), como sucede en el llamado caso fortuito, la fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta*); los movimientos reflejos, los estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez, letárgica, la hipnosis), incluyendo en estas las llamadas *actiones liberae in causa*, en que el actuar relevante penalmente es el que precede a la acción.

1.2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

La tipicidad, segundo elemento del delito, dentro del sistema causalista, cuya sistematización la debemos al jurista alemán Ernesto Beling, quien desarrolló la teoría de la tipicidad como una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantizara el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del estado, *nullum crimen, sine lege*, no hay pena sin ley, y además de que no hay delito sin tipicidad.

La teoría del tipo y de la tipicidad pasa por diversas fases,

la descriptiva, indiciaria, la *ratio essendi* de la antijuricidad, la defensiva y la destructiva. [5].

Así en la fase descriptiva sostenida por Ernesto Beling, el tipo resulta ser expresado como, la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo, en otras palabras la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin consideraciones y referencias a la antijuricidad.

En la fase indiciaria sostenida por Max Ernesto Mayer, considera que la tipicidad deja de ser meramente descriptiva y se le considera indiciaria de antijuricidad, es decir que se tiene conocimiento que la conducta que encuadrada en el tipo, también es antijurídica.

La tercera etapa de la teoría del tipo la encontramos con Edmundo Mezger, y se refiere que tipicidad es *la ratio essendi de la antijuricidad*, es decir suelta los conceptos de tipicidad y antijuricidad, y así el delito es acción antijurídica y al mismo tiempo típica.

La cuarta fase, se refiere a la defensa de la teoría formulada por Ernesto Beling, en donde considera al tipo como una "imagen rectora", compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, y otros subyacentes en la misma, que se desprenden

[5.] Cít. Pos.; Orellana Wiarco Octavio Alberto, Op. Cit. pag. 17,18 y 19.

de la descripción legal que pueden ser objetivos o subjetivos; así la tipicidad será la adecuación a la "imagen rectora", no a la especie delictiva.

La fase destructiva, se debe a las posiciones radicales del nacionalsocialismo alemán, donde el punto de partida no es la acción, sino la voluntad del agente; donde se reprocha no el daño, sino la peligrosidad del agente, en donde el orden jurídico parte de una moral del pueblo.

Otro de los temas trascendentales para la teoría del tipo que incide en la concepciones causalista y finalista de la teoría del delito, son los llamados *elementos subjetivos del injusto*.

Se ha señalado que el tipo se conforma por elementos objetivos, pero en ocasiones en forma expresa involucra elementos subjetivos como cuando refiere condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, como es el caso de "...al que con ánimo, ...al que engañando,...al que con el propósito"; también sucede que en ocasiones el tipo contiene elementos normativos, cuando contiene conceptos que entrañan valores, sean jurídicas, o culturales, cuando señala: "...al que sin derecho; ...cosa ajena; casta y honesta; etc....

La existencia de los elementos subjetivos y normativos, además de los objetivos primeramente considerados, llevó a la *clasificación de los tipos en normales y anormales*, siendo los primeros aquellos tipos que sólo contenían elementos objetivos y los segundos los que además de contener elementos objetivos, consignaba elementos subjetivos o normativos, o ambos.

Así Edmundo Mezger, dentro del sistema causalista, consideró en un principio a los elementos subjetivos del injusto, como exclusiva referencia a lo injusto, y posteriormente explicó que no todo lo objetivo pertenece a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, sino que en ocasiones tales elementos son fundamentación del ilícito, sobre todo cuando la exclusión de esos elementos subjetivos da lugar a la desaparición de la antijuricidad; y en otros casos al hacer referencias anímicas subjetivas del inculpado, caerá en el campo de la culpabilidad.

No obstante, lo anterior y de manera muy general, el sistema causalista, que contempla en el delito una fase objetiva, dentro de la teoría del tipo y la tipicidad, incluyen como elementos del tipo, aspectos que juzgan objetivos como:

- a) El bien jurídico tutelado;
- b) Los sujetos; activo y pasivo, sean en cuanto a su calidad o número;
- c) La manifestación de la voluntad;
- d) El resultado previsto en el tipo;
- e) La relación de causalidad;
- f) Los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo;
- g) Las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que señale el tipo;
- h) El objeto material.

ATIPICIDAD.- El aspecto negativo de éste elemento del

delito, lo encontraremos cuando falte alguno de los elementos señalados con anterioridad, lo que actualizará la atipicidad.

Para el sistema finalista, la diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el tipo, que es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal. (6)

Para el finalismo, la acción (u omisión) se encuentran previstos en la ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, pues, está impregnada de finalidad; así cuando el tipo dice: "al que engañando"; "al que se apodere", etc. , considera acciones graves socialmente negativas, con un sentido finalista.

De esta forma acción y tipicidad están ligados íntimamente, pero a la vez siendo toda acción dolosa o culposa, su producción, pertenece al injusto jurídico penal (antijuricidad).

El injusto está determinado no sólo objetivamente por el resultado reprobado, sino también subjetivamente por la voluntad

(6) Muñoz Conde Francisco, Op. Cit., 1990, pág. 40.

reprobada que se expresa en la acción. El dolo se convierte en elemento subjetivo de la acción y del injusto y con esto se lo arranca de la culpabilidad.(7)

A) Elementos del tipo, para el finalismo, el tipo está compuesto no sólo de elementos objetivos, sino también subjetivos.

a) Los elementos del tipo objetivo se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo, (homicidio), y a veces también se presentan elementos accidentales que sólo califican, agravan, o privilegian, atenúan al tipo autónomo, como elementos objetivo del tipo, podemos señalar:

- 1.-El sujeto activo (autoria y participación);
- 2.-El sujeto pasivo;
- 3.-El bien jurídico tutelado;
- 4.-La acción u omisión;
- 5.-El resultado típico en los delitos de resultado;
- 6.-Los elementos normativos;
- 7.-Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

b) Elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo, considerando como tales los siguientes:

- 1.- El dolo o la culpa;
- 2.- Otros elementos subjetivos distintos del dolo como son el ánimo, la tendencia, etc.

(7) Bush Richard: "Modernas Transformaciones de la Teoría del Delito". Edt.. Temis, Bogotá, Colombia. 1969, pág. 19.

De esta manera la teoría finalista coloca al dolo, y a la culpa, como elementos subjetivos del tipo, y no como elementos o especies de la culpabilidad, como lo establece el causalismo.

B) **Dolo de tipo.** El dolo es, "de tipo" o "de hecho", es decir una voluntad de realizar el hecho típico, es una mera dirección de la acción hacia el hecho típico, sin considerar si se conocía o no la ilicitud de lo que se hacía, "conocimiento de la antijuricidad".

Para el finalismo los aspectos objetivos y subjetivos del tipo se encuentran en estrecha relación, como lo afirma, Welzel, "El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior". (8)

Lo anterior, significa, que el dolo como elemento subjetivo del tipo, no es sino la realización del tipo objetivo de un delito.

C) **Culpa del tipo,** como la voluntad de acción que no se dirige al resultado típico, pero se proyecta con consecuencias intolerables socialmente, en donde el sujeto, o bien confía en que no se producirán, o ni siquiera pensó en su producción., ya sea debido a la imprudencia, falta de cuidado o previsión. Por lo que al tratarse de tipos abiertos requieren ser complementados por el juzgador

(8) Hans Welzel Op. Cit. pág.93

quien va a juzgar la actuación del sujeto en relación al deber de cuidado que debió de tener en cada situación concreta.

Para Welzel, explica Orellano Wiarco, fundó el contenido de los delitos culposos, en que la acción que se realizara debe ser conforme a las reglas de cuidado necesario para no producir daños socialmente intolerables, en donde la norma exige conductas finalistas que no lesionen bienes jurídicos, sea en forma dolosa, o bien que por descuido o imprudencia pongan en peligro intolerable o dañen el bien jurídico, lo que significa que la culpa encuentra su fundamento en el "deber de cuidado", que debió de tomar en cuenta el sujeto al realizar sus acciones finalistas. (9)

CAUSAS DE ATIPICIDAD.- Las causas de atipicidad en la teoría finalista se presenta cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo, que ya fueron mencionados con anterioridad., además de contemplar el error de tipo.

En efecto, el error de tipo, surge debido al desconocimiento o el error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto , excluyen la tipicidad dolosa, pero si el error es vencible, en donde el sujeto con el cuidado que se puede exigir a la generalidad, debió de superar ese error, queda subsistente la culpa, más no el dolo.

(9) Orellano Wiarco Octavio A. Op.. Cit., pág. 101 y 102.

Así, el error de tipo se refiere al desconocimiento del sujeto en alguna circunstancia objetiva del hecho que pertenece al tipo legal, que puede ser un elemento descriptivo o normativo del tipo, por ejemplo la causalidad, el sujeto, el objeto, la honestidad, la ajeneidad, el carácter del funcionario

Así mismo, los errores llamados accidentales error in objeto, error in persona o la aberratio ictus, que el sistema causalista estudia en la culpabilidad, el finalista lo estudia en la tipicidad, pero estos son irrelevantes por no destruir el dolo, pero algunos autores finalistas consideran que se puede alterar el grado del dolo o culpa.

De igual forma el error sobre los elementos que agravan o atenúan la conducta típica, puede dar lugar al que el delito resulte cualificado o privilegiado, si el error era evitable, o si no lo era no se presentará dicha calidad.

1.3.- ANTIJURICIDAD Y CAUSA DE JUSTIFICACIÓN.

Para Jiménez de Asúa, al referirse a la antijuricidad en el sistema causalista dice: "que provisionalmente es lo contrario a derecho. Por tanto, no basta en que el hecho encaje descriptivamente

en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho. (10)

Sin embargo el contenido de la antijuricidad es más amplio, como lo menciona Rafael Marques Piñero, "Dado que la antijuricidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario a derecho), por lo que no resulta dar una definición a la misma. Por lo general se señala como antijurídico lo que es contrario a derecho, pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el estado. (11)

De lo anterior es como surgen los conceptos de antijuricidad formal y material, la primera consiste en lo contrario a derecho, cuando se transgrede una norma que contiene un mandato o una prohibición; y la material es la que se opone a la norma en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad, contradiciendo los valores de cultura.

No obstante lo anterior, y debido a las críticas de los conceptos de antijuricidad se enlaza su aspecto negativo, en donde se parte de la exclusión de la antijuricidad para definirla como aquella conducta que contraria la norma, en tanto siendo típica, no ésta amparada en una causa de justificación, de ahí que plantea el tema de las causas de justificación.

(10) Jiménez de Asúa Luis, "Tratado de Derecho Penal" Tomo III, Edit. Losada, Buenos Aires, 1963, pág. 316.

(11) Marquez Piñero Rafael, "Derecho Penal", Parte General, Edit. Trillas, primera Edición, 1986, pág. 193.

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.- Para Luis Jiménez de Asúa pueden definirse como, " aquellas causas que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos del delito, pero en los que falta sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios a derecho, que es el elemento más importante del crimen.(12)

De el anterior concepto se menciona a la antijuricidad como el elemento más importante del delito, ya que éste no se llega a configurar si se presenta una causa de justificación, a pesar que podamos hablar de conducta y ésta sea a su vez típica, no va a resultar antijurídica.

Para Vela Treviño existen dos principios que rigen a las "causas de licitud"; o "causas de justificación".

La ausencia de interés jurídico e interés preponderante, elementos básicos para el juicio que el juzgador debe valorar para su conclusión en orden a la antijuricidad., y decir que cuando aparece uno de ellos, la conducta típica de que se trate será conforme a derecho.(13)

Así tenemos que las causas de justificación por ausencia de interés jurídico (como el consentimiento del ofendido); o bien por la preponderancia de interés jurídico(como la legítima defensa, o el estado de necesidad).

(12) Jiménez de Asúa Luis, "La Ley y el Delito" Tomo III, Edit. Losada, Buenos Aires, 1963, pág. 84.

(13) Vela Treviño Sergio, "Antijuricidad y justificación", Edit. Trillas, México, 1990, pág. 94.

Se aceptan generalmente como causas de justificación, a la legítima defensa, sea propia o de un tercero; al estado de necesidad, obrar en cumplimiento de un deber, al actuar en el ejercicio legítimo de un derecho, o el consentimiento del ofendido en algunos casos sin ser el objeto de este trabajo el mencionar y explicar cada una de las causas de justificación así como los criterios en que se clasifican, por la abundancia de los temas y criterios.

En el **finalismo**, la antijuricidad es un juicio de valor objetivo en el sentido de un juicio de valor general.

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. a diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo. (14)

Así mismo la teoría **finalista** distingue entre **antijuricidad** e **injusto** como lo hace Hans Welzel, "la antijuricidad es una relación (una contradicción entre los miembros de una relación), lo injusto, por el contrario, es algo sustancial, la conducta antijurídica misma, la antijuricidad es un predicado, lo injusto es un sustantivo, es la forma de la conducta antijurídica misma, la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio, la antijuricidad es una

(14) Muñoz Conde Francisco, Op.. Cit., pág. 83.

cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. (15)

De igual forma el finalismo, considera que la conducta típica es indiciaria de antijuricidad, por que al concretarse en un hecho, puede resultar que no sea contraria a derecho, sino lícita, por estar amparada en una causa de licitud o justificación.

Dentro de la antijuricidad se menciona otros aspectos discutidos tanto por el sistema causalista y finalista que se refiere a:

Los elementos subjetivos de lo injusto; para los causalistas se precisa que lo injusto pertenece exclusivamente a caracteres externos u objetivos, se adhieren a la llamada teoría objetiva de la antijuricidad, donde se prescinde de todo elemento subjetivo, y que estos forman parte de la culpabilidad.

Lo anterior sin embargo fue desechado por la teoría finalista, argumentando la existencia de tipos penales que contenían "elementos subjetivos del injusto", así podíamos decir, que en el delito de robo, el ánimo de apropiación es imposible de encontrar en una acción "ciega", de posesión como lo afirma la teoría causalista, sino que dicho ánimo está referido al dolo contenido en la acción

(15) Hans Welzel "Derecho Penal Alemán", Ob cit., pág. 78.

finalista, al poner énfasis en la voluntad de la acción finalista, y no al mero resultado como lo hacen los causalistas, de esta manera se coloca al dolo como elemento subjetivo del tipo de lo injusto.

Ahora bien la antijuricidad es para los finalistas la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado, es decir una conducta injusta por estar referida a una persona concreta, es un "Injusto personal".

En resumen, para el causalismo el fundamento del injusto penal lo constituye el "desvalor del resultado" y ello se basa en el concepto causalista de la conducta; en cambio en el sistema finalista se apoya en el desvalor de la acción, abarcando la finalidad de la acción sea ésta dolosa o culposa.

LAS CAUSA DE JUSTIFICACIÓN.- La teoría finalista de la acción, se parte que la conducta típica es un indicio de antijuricidad, pero ese indicio puede ser desvirtuado, cuando el orden jurídico al lado de normas prohibitivas, opone disposiciones permisivas, apareciendo así las causas de justificación. la acción de privar de la vida a otro en la legítima defensa, deja subsistente la materia de prohibición, el tipo, lo que anula es la antijuricidad de la conducta, por estar amparado el hecho en una causa de justificación.

Para Welzel entre las causas de justificación encontramos la legítima defensa, el estado de necesidad, y el consentimiento del ofendido.

1.4.- CULPABILIDAD Y CAUSA DE INCULPABILIDAD

Para poder entrar al estudio de la culpabilidad en el sistema causalista, se hace necesario, primero referirse a lo que se considera como imputabilidad y su aspecto negativo inimputabilidad, al considerarse este aspecto como un presupuesto de la culpabilidad y no elemento del delito, como lo sostiene Jiménez de Asúa.

IMPUTABILIDAD. Es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente, es decir, que el sujeto tenga las posibilidades de conducirse de acuerdo, o no, a la ley, para declarar que es imputable el que tiene capacidad de entender y de querer.

Podemos decir, que la imputabilidad, exige dos límites mínimos para su existencia:

a) Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable;

b) Un límite psíquico, o sea, la capacidad de "entender" y "querer", en donde a la capacidad de entender se le considera en un plano "intelectivo", o "de comprensión", y a la capacidad de querer en un plano de "voluntad".

Sin embargo como se verá en el sistema finalista, la imputabilidad va a radicar en la capacidad de motivarse por el mandato de la norma, y en la medida que esa capacidad de motivación no haya podido desarrollarse, sea por falta de madurez, por defectos psíquicos, o por cualquier razón, no podrá imputarse al sujeto una conducta y menos establecer un juicio de culpabilidad.

INIMPUTABILIDAD.- Según lo anterior las causas de inimputabilidad, serán aquellas en que el sujeto no alcanza la edad mínima que la ley señala, o alcanzando esta edad no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien que habiendo comprendido dicha conducta o hecho no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a las exigencias de la ley.

CULPABILIDAD.- Para entrar en el estudio de la culpabilidad ya establecido su presupuesto que lo es la imputabilidad, nos referiremos únicamente a la culpabilidad dentro de la teoría normativista, por ser la más aceptada por los causalistas, excluyendo la teoría psicológica.

Así tenemos que la teoría normativista, se hace consistir que además de la relación psicológica entre el autor y su hecho, radica en el "reproche" a ese proceso o relación psicológica, es decir, a una valoración normativa (reproche) de esa relación psicológica.

El juicio de reproche a que se refiere la culpabilidad en la teoría normativa, concurren tres requisitos:

a) La imputabilidad del agente entendida como la capacidad del sujeto de conocer la antijuricidad de su hacer y de orientar su actividad conforme a dicho conocimiento, que resulta excluida por causa de minoría de edad, de enajenación permanente o transitoria, o sordomudez; requisito que ya quedo expresado en párrafos anteriores.

b) La presencia alternativa de dolo o de culpa, entendida ésta como imprudencia.

c) La ausencia de causas de no exigibilidad de una acción adecuada a derecho, entre los que se incluyen, por lo regular, el llamado estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y la obediencia debida, el concepto de "exigibilidad de otra conducta", derivado de la exigencia normativa de conducirse de tal manera de no lesionar bienes jurídicos tutelados por la norma legal; y consecuentemente a este principio se aceptan los casos de "no exigibilidad de otra conducta", como aspecto negativo del elemento de culpabilidad.

A) IMPUTABILIDAD.- Para el sistema causalista, la imputabilidad es comprendida, como sea expuesto líneas arriba, sin embargo como se verá en el sistema finalista, la imputabilidad va a radicar en la capacidad de motivarse por el mandato de la norma, y en la medida que esa capacidad de motivación no haya podido desarrollarse, sea por falta de madurez, por defectos psíquicos, o por cualquier razón, no podrá imputarse al sujeto una conducta y menos establecer un juicio de culpabilidad.

B) LA PRESENCIA ALTERNATIVA DE DOLO O DE CULPA.- La teoría normativista, reconoce que la culpabilidad se puede presentar a título de dolo o de culpa, y sólo algunos se refieren a la preterintencionalidad, considerando a éstas como especies de la culpabilidad.

El dolo es el más importantes de las formas de culpabilidad, existiendo, principalmente tres teorías que lo explican, a) la de la voluntad, b) la de la representación y c) la del asentimiento(ecléctica).

En la primera de las teorías, se centra en que el dolo, es la relación directa entre lo querido por el sujeto y el resultado delictivo; en otras palabras, lo importante es que el sujeto quiera el resultado y dirija su voluntad a la realización de ese evento.

En la teoría de la representación, se señala que el dolo es la representación del resultado, que acompaña la manifestación de la voluntad, se supone querido lo representado, no sólo basta el conocimiento de las circunstancias del hecho, sino que también esas circunstancias pertenecen a la definición legal del acto.

En la teoría ecléctica, se concilian las dos anteriores, y es la que se considera explica satisfactoriamente el dolo, al señalar que éste se estructura de tres elementos a saber: a) de la representación; b) de la voluntad; y c) de la conciencia de la antijuricidad:

a).- La representación consiste en la previsión del hecho constitutivo (elemento intelectual), es decir, el conocimiento anticipado en la mente del sujeto, de la conducta y el resultado; Franco Guzmán, al prever un acto se están también representando las consecuencias del mismo. de este modo, quien conoce el resultado que puede producir su conducta, y realiza ésta voluntariamente, ésta aceptando aquél también (16).

b) De la voluntad, consiste en que después de prever la conducta y resultado, se desee producir voluntariamente el resultado representado

c) De la conciencia de la antijuricidad; tener conciencia de que se realiza algo ilícito, ilegal, prohibido, en otras palabras, debe estar consciente de la falta de valor jurídico del acto realizado.

C) CULPA

La culpa es la segunda e inferior especie de la culpabilidad, y la podemos definir en un sentido amplio y general, como

(16). Ricardo Franco Guzman, " La Culpabilidad y su Aspecto Negativo", Criminología, México 1949, tesis profesional, pág. 48

la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente causa un efecto dañoso, es decir, el individuo en la esfera social debe conducirse con la debida prudencia y diligencia para evitar daños a terceros, sea a las personas o en sus bienes.

La culpa al igual que el dolo, es abordada por varias teorías, siendo la más destacada la teoría de la previsibilidad, la cual considera que la culpa, se configura cuando el sujeto no previó lo que pudo y debió prever, o cuando habiéndolo previsto, no realiza lo necesario para evitar el evento dañoso mediante la observación de una conducta diversa a la causante de ese resultado. Así la previsibilidad, por lo tanto, es un fenómeno intelectual, y la prevenibilidad, volitiva, consiste en la posibilidad de evitar el evento, es decir, de tratar de prevenir el resultado previsto.

De esta forma para el causalismo, considera como elementos de la culpa, los siguientes:

A) la voluntariedad del acto inicial, es decir, debe quererse la conducta, sea ésta comisiva u omisiva.

B) Un resultado dañoso tipificado en la ley, para que podamos catalogarlo como delictivo.

C) La ausencia del dolo, es decir, de la intención delictiva, el agente o no se representa el resultado, o si se lo representa, espera que éste no se produzca.

D) La previsión, o la falta de previsión del resultado, cuando uno u otro, son deberes que se derivan de la ley, o de la propia convivencia social;

E) La relación causal directa entre el acto inicial y el resultado, es decir debe existir un enlace entre el proceso psicológico del agente, sea consciente o inconsciente, y el resultado lesivo, por no haber obrado con la previsión que exigía la norma.

La culpa se ha clasificado en:

Culpa. consciente o llamada con representación, consiste en que el sujeto se representa la posibilidad del evento.

Culpa inconsciente o sin representación, en donde el sujeto no se representa el evento, pero el deber de representarse ese resultado existe en la ley. Existiendo en ambas la ausencia de voluntad del evento, y la existencia del deber de prever el evento.

PRETERINTENCIONALIDAD, Esta surge, cuando se causa un daño mayor que aquel que se quiso causar, con dolo respecto al daño querido, y culpa con representación o sin representación con relación al daño causado. [17]

CAUSAS DE INCULPABILIDAD, La inculpabilidad se tiene que dirigir a la no configuración, sea del dolo, culpa o preterintención, aceptándose como causas genéricas que excluyen la culpabilidad:

A) El error, y

B) La no exigibilidad de otra conducta.

[17] Porte Petit Celestino, "Revista Jurídica Veracruzana", Jalapa; Ver., tomo IV, No ", Pág. 716.

A) El error es la concepción equivocada de la realidad, y se clasifica en error de hecho y de derecho:

El error de hecho como causa de inculpabilidad se presenta, cuando el sujeto en virtud de una equivocada e invencible concepción de la realidad fáctica produce un resultado típico.

El error de derecho, se presenta cuando el sujeto se presenta una falsa apreciación de que el derecho ampara su actuar, pero sin que se destruya el dolo o la culpa, por lo que no se releva de responsabilidad, como sucede en los estados putativos, cuando el sujeto creía realizar una conducta lícita que en realidad no existe, y produce un resultado típico.

El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental, a su vez el error esencial se clasifica en error esencial invencible y error esencial vencible.

El error de hecho accidental se clasifica en error en el golpe (*aberratio ictus*), y error en la persona (*aberratio in persona*), no excluye la responsabilidad., estos se presentan cuando el sujeto se equivoca, pero respecto de elementos no esenciales del delito, sino sobre circunstancias objetivas, etc., que son accidentales, la conducta es culpable, a título de dolo, ya que su error se refiere a accidentes de la conducta típica.

El error de hecho invencible se presenta cuando el sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, pero debido a

circunstancias que no podía superar su equivoco puede recaer sobre elementos del delito, o sobre circunstancias agravantes de penalidad, y en su caso se presenta el error como causas de inculpabilidad, resultando que el error debe recaer sobre el aspecto cognoscitivo del sujeto, y debe darse sobre los elementos fácticos del delito, comprendiéndose dentro del error de hecho invencibles, los estados putativos que son según Fernando Castellanos Tena "situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida; lícita) sin serlo. (18)

Teniendo dentro de las eximentes putativas, a la defensa putativa, estado de necesidad putativa, el ejercicio de un derecho putativo, el cumplimiento de un deber putativo.

El error de hecho esencial vencible, es aquél en que la persona tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equivoco que se formó. Este tipo de error excluye el dolo, pero el sujeto responde por haber incurrido en una conducta culposa.

B) La no exigibilidad de otra conducta como causas de inculpabilidad, se apoya en la imposibilidad de "reprochar" al sujeto su conducta, es decir, "el derecho no puede exigir comportamientos heroicos o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en

(18) Castellanos Tena Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" Edit. Porrúa, México, 1996, pág. 267.

situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física, (19)

Se comprenden como causas de inexigibilidad de otra conducta las siguientes:

- a) Violencia moral y miedo.
- b) Exceso en los eximentes.
- c) Estado de necesidad en que colisionan bienes iguales.

En el ~~finalismo~~ la culpabilidad normativa coincide con el causalismo, al considerar que es un "juicio de reproche", a la acción finalista típica, coincidiendo con Frank en que la culpabilidad es fundamentalmente valorativa, pero en el finalismo de Hans Welzel, difiere en varios puntos que son:

a) En el "poder en lugar de ello", el fundamento de reproche personal, se funda en que el autor pudo motivarse de acuerdo a la ley.

b) El dolo se ubica en el tipo, en donde se da una relación psicológica, y eso es lo valioso, dándose el reproche como valoración, así para el finalismo, una cosa es la reprochabilidad como valoración, y otra como objeto de valoración.

c) Se excluyen los elementos subjetivos anímicos, que corresponden al tipo y se conserva únicamente la reprochabilidad.

(19) Muñoz Conde Francisco "Teoría General del Delito", ob. cit., pág. 149.

d) La culpabilidad en la teoría finalista, se apoya en el "poder en lugar de ello"; la teoría normativista causalista se aferra al concepto más genérico de "libertad".

En el finalismo los elementos de la culpabilidad son:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.
- b) El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido, y
- c) la exigibilidad de un comportamiento distinto.

a) La imputabilidad para el finalismo debe ser entendida como la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma, el finalismo encuentra en la función motivadora de la norma penal, el fundamento de la culpabilidad, según Francisco Muñoz Conde, "La facultad humana fundamental que, unida a otras, (inteligencia, afectividad, etc.) permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por el cometida". (20)

La imputabilidad en el sistema finalista, es sinónimo de capacidad de culpabilidad, capacidad de su autor y, se integra a su vez de dos sub-elementos:

1.- La capacidad de comprender lo injusto del hecho (momento cognoscitivo intelectual).

2.- La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, (momento volitivo).

(20) Muñoz Conde Francisco, Op., Cit., pág. 133.

b) El conocimiento de la antijuricidad del hecho, consistente en la posibilidad de comprensión de lo injusto, pero a nivel del hecho singular, es decir, la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho concreto, a la violación de la norma, en este punto el finalismo se refiere al error de prohibición. como causa de exclusión de la culpabilidad.

El error de prohibición se presenta cuando el sujeto se equivoca, se confunde, respecto al conocimiento de la antijuricidad de su conducta, para Hans Welzel "El error de prohibición es el error sobre la antijuricidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo del tipo). El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación: cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad, cuando es inevitable, o la atenúan si es evitable. [21]

Los estados putativos (legítima defensa putativa, obediencia jerárquica putativa, etc.) dejan subsistente el dolo, pero desaparece la culpabilidad por la presencia del error de prohibición, pues el sujeto cree fundadamente que obra con apego a ley.

c) La exigibilidad de otra conducta, consiste en determinar si en el caso concreto le era exigible una conducta apegada a derecho, y con tales elementos se materializa la culpabilidad de la fórmula "poder en lugar de ello", que

[21] Welzel Hans, "Derecho Penal alemán", ob. cit. págs. 232 y 233.

se comprende al plantearse la "inexigibilidad de otra conducta" como aspecto negativo de la culpabilidad, en el que se presentan situaciones extraordinarias de motivación, en donde se disminuye la posibilidad de motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad, sobre todo en el estado de necesidad exculpante.

CAUSAS DE INculpABILIDAD.- Son aquellas que anulan cualquiera de los elementos de la culpabilidad, es decir que impiden que se presente la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) edad, estados mentales anormales, debilidades mentales, éstas últimas afectan el elemento volitivo, o sea la determinación de la voluntad conforme a la norma es la que se afecta, pero basta que el autor no este en condiciones de reconocer el injusto para que se presente la causa de inculpabilidad; la comprensión de lo injusto que comprende los errores de prohibición esencial e invencible y esencial y vencible; el error accidental (aberratio ictus, aberratio in personam), así como el error de derecho (error iuris nocet): La inexigibilidad de otra conducta, son excepciones al principio general del deber de cumplir con los mandatos normativos, por encontrarse en determinada situación extrema. como lo es el estado de necesidad exculpante, en donde se exige que el estado de peligro en que se ubica el sujeto sea real grave, inminente, que no exista otro medio adecuado, para evitar el sacrificio del bien jurídico y sin que el sujeto tenga la obligación de sufrir el peligro o el riesgo, como lo sería el caso del marinero, el policía, el bombero, etc.; el estado de necesidad por coacción, se mencionan algunas otras causas como son el estado de necesidad exculpante putativa, el miedo grave e insuperable, el encubrimiento entre parientes, o en el caso de la mujer violada que se provoca el aborto, (cuando este tipo de aborto es punible.

CAPITULO II .- ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION.

2.1.- CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACION.

2.2.- ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION.

2.2.1.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

2.2.2.- LA COPULA.

2.2.3.- LA VIOLENCIA FISICA O MORAL.

2.2.4.- AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL SUJETO PASIVO.

2.3.- EL DELITO DE VIOLACION EQUIPARADA.

2.4.- LA PENALIDAD AGRAVADA EN EL DELITO DE VIOLACION.

2.5.- LA VIOLACION ENTRE CONYUGES.

2.6.- LA VIOLACION ENTRE CONCUBINOS Y AMASIATO.

CAPITULO II.- ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

2.1.- CONCEPTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

El Diccionario Jurídico Mexicano, define al ilícito de violación como la " Cópula efectuada mediante violencia física o moral con una persona de uno u otro sexo" (1)

El artículo 265 del Código Penal Federal, establece una definición legal de lo que es el delito de violación, que dice: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona, de cualquier sexo..."; Agregando más adelante que por cópula se entiende la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima. por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo, así como al que introduzca por vía vaginal u anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido." (2)

Para González de la Vega, el delito de violación es, "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 la instituciones penales, como

(1) Instituto de Investigaciones Jurídicas, " Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VIII, Ed. Porrúa, S.A., México, 1985, p.405.

(2) Compilación Penal Federal y Local para el Distrito Federal; Editorial Greca, México; 1997, pág. 83.

en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación". (3)

El Doctor Celestino Porte Petit, define al delito como, "Por violación propia debemos entender, la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva." (4).

Rafael de Pina, "la violación es el acceso carnal obtenido por la violencia con persona de cualquier sexo, y sin su voluntad." (5)

De las anteriores concepciones, como la sostenida en el Código Penal Federal, se desprende una concepción jurídica de la cópula en el delito de violación, en donde queda incluida tanto la cópula normal (coito), penetración del pene en la vagina, como la cópula anormal, la introducción del pene, por vía anal u oral o cualquier sustituto del mismo por vía vaginal u anal, ya que lo que aquí cuenta es la anormalidad del conducto y función, que es usado por el que accede, como sustituto de la vagina y para su propia satisfacción erótica, sin que importe cómo va a reaccionar sexualmente el sujeto que lo soporta.

(3) González de la Vega Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Los Delitos", Ed. Porrúa, S.A., México, 1990, pág. 381.

(4) Porte Petit Candaudap, Celestino, "Ensayo Dogmático sobre el delito de violación, 2a Ed., Editorial y litografía Regina de los Angeles, México, 1973, p.12.

(5) De Pina Rafael, "Código penal para el Distrito y Territorios Federales", 5a ed. Porrúa, S.A., México 1960, p.174.

Teniendo como conducta básica a la cópula normal (coito), sólo se puede comparar con otra conducta que le sea lo más parecido posible: la cópula anormal.

La mayoría de los autores y concepciones coinciden, en interpretar el término "cópula" como sinónimo de "introducción", "Intromisión", "penetración", o "acceso", pero difieren en cuanto a qué se introduce y donde se introduce y de ahí surgen las discusiones sobre si la "fellatio in ore" o la "cunnilingus" puede o no integrar violación, o si la mujer es sujeto activo de la misma.

Pero de acuerdo con lo establecido en el artículo 265 del Código Penal en comento, el término cópula debe comprender la normal y la anormal y en esta última, la penetración del pene por vía vaginal, anal u oral o cualquier sustituto del mismo en la vagina o ano. Entendida así la violación tanto el hombre (con el pene o cualquier cosa que lo sustituya) como la mujer (con un sustituto del pene) pueden ser sujetos activos del delito, penetrando a un hombre (por vía anal), o a una mujer (por vía vaginal y anal), comprendiendo en esta la "fellatio in ore" y la "cunnilingus".

Además que realización de la cópula se lleve con uso de la violencia física y moral, y sin consentimiento de la persona sobre la cual se realiza la cópula.

2.2- ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

De acuerdo a la concepción del delito de violación reseñada en el inciso anterior y de conformidad con el artículo 265 del Código Penal Federal, en donde se establece: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años".

Partiendo que el concepto cópula debe entenderse en un sentido y significado amplio en el cual quede comprendido la cópula normal y anormal ya sea esta por sustituto del pene o de la cavidad vaginal, como quedo mencionado.

De esta manera los elementos que se desprenden del precepto 265 del Código Penal Federal vigente tenemos: A) Una acción de Cópula (normal o anormal); B) Que esa cópula se efectúe en persona de cualquier sexo; C) Empleando como medio para obtener la cópula, a) la violencia física, o b) la violencia moral.

Antes de la reforma al artículo 265 antes mencionado contemplaba "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo..." Por lo tanto en dicha concepción se comprendía que la cópula violenta se realizase sin voluntad del ofendido", elemento que más adelante será analizado,

Por lo tanto analizaremos cada uno de sus elementos además de comprender a la ausencia de voluntad y su importancia, así como la calidad de los sujetos activos y pasivos no sin antes mencionar al bien jurídicamente tutelado por la violación.

2.2.1 EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

El bien jurídico es el concreto interés social e individual o colectivo protegido en el tipo legal, es un elemento del tipo y es precisamente éste aspecto el que justifica la creación de las normas jurídicas penales, en donde la coacción va estar determinada por la pena impuesta para la protección de dicho bien; de tal manera que la existencia del bien jurídico es determinante para la existencia del delito:

El bien jurídico dentro del delito de violación, no es el mismo para todos los doctrinarios, existiendo entre ellos diversas opiniones como las siguientes:

La generalidad de los estudiosos sostienen que es la "Libertad Sexual".

Hay otros como Gómez que sostienen que es "La honestidad y el pudor individual", esto lo afirma en el sentido de que la violación implica desde luego un ataque a la libertad sexual, pero no es ella la que se lesiona, sino el sentido del pudor que es el que resiste las relaciones sexuales fuera de la normalidad y moralidad. (6).

(6) Gómez Eusebio; Tratado de Derecho Penal. T. III, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires.

Manzini, citado por Porte Petit, afirma que el bien jurídico no es la libertad sexual en sentido estricto; ya que el delito puede cometerse también en contra de una persona del mismo sexo no representándose la violencia sexual, así la tutela sería "La inviolabilidad carnal" (7)

El Poder Judicial de la Federación, a sostenido lo siguiente:

VIOLACIÓN, BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE. Por la circunstancia de que la denunciante del delito de violación se dedique a la prostitución, no debe de quedar fuera de la protección de la ley, porque el bien jurídico que tutela ese ilícito no es la castidad ni la honestidad, sino la libertad sexual (Primer Tribunal Colegiado en Materia penal del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. (Época. Tomo II. Segunda Parte-2. tesis 22. Página 620).

PRECEDENTES: Amparo Directo 633/88. Arturo Alonso Cadena. 30 de Agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Roman Palacios. Secretaría: María del Carmen Villanueva Zavala.

VIOLACIÓN: EL BIEN JURÍDICO QUE TUTELA EL TIPO DELICTUOSO DE, El tipo delictuoso de violación, esta constituido por la libertad sexual y no por la honestidad y la castidad que son elementos constitutivos, del estupro, pero no el de violación y estando demostrado que tanto el acusado como el coacusado, realizaron el acto sexual en ausencia del consentimiento de la ofendida la

(7) Porte Petit Caudadap, Celestino, Delito Sexuales", Edit. Porrúa, México, pág. 63.

circunstancia de que ésta se le hubiera encontrado bajo los efectos del licor ingerido, no desvirtúa la culpabilidad jurídica penal en que incurrieron, ya que, en dado caso, la situación de hecho relativa a la pretendida ebriedad sólo daría posibilidad para que la autoridad responsable y el agente del Ministerio Público, en su caso, hubiera hecho el encuadramiento del delito, equiparado a la violación, la circunstancia de que la ofendida se hubiera encontrado privada de sentido; pero de todas formas su conducta antijurídica sería constitutiva del delito de violación sexual, que como se dijo, se caracteriza por que el sujeto activo del delito realiza una agresión contra la libertad sexual de la parte ofendida., Tesis Relacionada (Semanario Judicial de la Federación, 6a Época, vol. XIII, 2a. Parte, pág. 170.)

Así los Tribunales Federales, han establecido " que en el delito de violación no se protege la virginidad, castidad ni la honestidad sino la libertad sexual de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofendida no hubiera sido virgen, no excluye de responsabilidad al sujeto activo de la comisión de dicho delito."

González de la Vega, manifiesta que el objeto que la ley protege en el delito de violación es la libertad sexual. La violación, nos dice: "Es el más grave de los delitos sexuales, porque además de la brutal ofensa erótica que representan sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los pacientes" (8)

(8) González de la Vega Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Los Delitos", Ed. Porrúa, S.A., México, 1990,pág. 381.

En general los autores antes citados, difieren levemente en cuanto al objeto jurídico protegido, como José Ignacio Gárona, que le confiere primacía a la ofensa que sufre el pudor de la víctima, pero en general, los tratadistas que citamos coinciden en considerar la libertad sexual como el objeto que la ley protege en el delito de violación.

Indudablemente que con la violación puede lesionarse también el pudor y la honestidad del sujeto pasivo y, como dice González de la Vega, su seguridad, su tranquilidad e incluso su integridad corporal o su vida, pero lo que el legislador tomo en cuenta al tipificar el delito, fue la agresión que el sujeto pasivo sufría sobre su libertad cuando era limitada en su manifestación sexual; cuando se le coartaba en dicha libertad, obligándosele material o moralmente a copular con quien no deseaba hacerlo.

Actualmente el Código Penal Federal, en su título Decimoquinto, pone de manifiesto que el bien jurídico tutelado es la " libertad y el normal desarrollo psicosexual".

Lo anterior da la idea, que si el bien jurídico es la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual, se protege no sólo la libertad que se vulnera al imponer la cópula con medios violentos, sino también las consecuencias que produce la realización del evento como son las alteraciones psíquicas en las

(9) *Ibidem*.

cuales se encontrará el sujeto después de haber sufrido la violación , pudiendo citar como ejemplo de ésta alteración, el gran esfuerzo que le volverá a costar al individuo adaptarse al medio social, aceptar una relación sexual a futuro de manera natural, por lo tanto la integridad psíquica del individuo, es uno de los aspecto importantes que se protegen en el delito, ya que los traumas psicológicos con los que quedan éstos sujetos son difíciles de superar, sino llevan o cuentan con un encausamiento o tratamiento adecuado para superarlo, producto de la negación que el sujeto tiene por la comisión de dicha conducta y que desubican temporalmente de la realidad o del ambiente que le rodea a la víctima.

2.2.2.- LA CÓPULA.

La acción típica del delito consiste en la cópula, pudiendo ser ésta normal o anormal.

Existen dos concepciones, para apreciar la cópula, como lo señala Jorge R. Moras, y ellas son:

La **biológica**, que mira el problema en su aspecto fisiológico, en cuanto a que haya penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima, sea por vía normal o por vía anormal.

La **jurídica**, que aprecia con mayor amplitud el acceso carnal, viéndolo como "todas actividad directa de la libido, natural o no, en la que exista una

intervención de los genitales del actor, que pueda representar el coito, o una forma degenerada o equivalente."

Así tenemos que existen diversidad de concepciones de acuerdo a los autores, y que se ubican en la posición biológica o jurídica, como las siguientes

La cópula que constituye la violación es para Jiménez Huerta, "el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal, o bucal, pues ello se deduce claramente y sin lugar a dudas del artículo 265 del Código Penal Federal." (10)

González de la Vega considera, "que en una acepción erótica general, la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la vía vaginal, y los anormales, sean estos homosexuales masculinos o sean de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para fomicación natural excluyendo de la cópula el acto homosexual femenino, inversión efectuada de mujer a mujer, porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente el acto copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril." (11)

(10) Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa, S. A. México, 1971, pág. 268

(11) González de la Vega Francisco, Op.. Cit., pág. 385.

Para Eusebio Gómez, Cópula, significa conjunción carnal o acceso carnal, todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas, sujeto activo o pasivo, sea introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo, agregando más adelante, no existe acceso carnal, constitutivo de la violación, en el hecho de la fellatio in ore, llevada a cabo con la violencia constituiría el abuso deshonesto de personas, que es uno de los ultrajes al pudor". [12].

En cuanto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido las tesis siguientes: "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 y sin ella, en la que haya penetración del miembro viril por parte del agente. Si se establece que el acusado introdujo el pene en la boca del menor ofendido, ello es suficiente para estimar presente la Cópula".

COPULA, CONCEPTO DE. La cópula es la conjugación sexual que se consuma en el momento mismo de la introducción del sexo masculino en el femenino, con independencia de que se produzca desfloración, de que tal intromisión sea perfecta, de que exista agotamiento o de que resulte preñez. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6a época. Volumen CXVI. página 26).

[12] Eusebio Gómez, "Tratado de Derecho Penal", Buenos Aires, 1940, Tomo III, pag.84.

Precedente: Amparo Directo 3945/66. Lorenzo Hau Couih. 16 de Febrero de 1967. 5 votos. Ponente: José Luis Gutiérrez .

VIOLACIÓN, DELITO DE. CONCEPTO DE COPULA. Para que exista cópula en el delito de violación no es necesaria la plena consumación del acto fisiológico, pues para que ésta se dé, basta cualquier forma de ayuntamiento, normal o anormal, con eyaculación o sin ella. (Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito de la Federación. 8a época. Tomo VII: Marzo. Tesis V. 2o 43 P. Página 224).

Precedentes: Amparo directo 8/91. Juan Ramón Sesma López 6 de Febrero de 1991. Mayoría de votos. Disidente: Pablo Antonio Ibarra Fernández, Ponente: Julio Cesar Vázquez Mellado García, Secretario: Isidro Pedro Alcántara Valdés.

Señala Porte Petit, las posturas doctrinarias, respecto a la cópula que constituye la violación, en las siguientes:

a) Las que sostienen que dicha cópula consiste sólo en el acto carnal normal.

b) Las que aceptan tanto el acceso carnal normal como el anormal, constituido este último por la cópula anal exclusivamente.

c) Las que admiten el acceso carnal normal y anormal integrado el segundo por la cópula anal y la "fellatio in ore".

En conclusión, en el delito de violación el elemento material cópula, en que radica la acción humana típica, consiste en cualquier clase de

ayuntamiento o conjunción sexual, normal o contra natura con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, o de que el acto ya iniciado sea interrumpido por cualquier causa, y con independencia, también, de las consecuencias posteriores a la cópula.

Incluyendo en esta la cópula con cualquier sustituto del pene por la vagina o ano. Entendida así la violación tanto el hombre (con el pene o cualquier cosa que lo sustituya) como la mujer (con un sustituto del pene) pueden ser sujetos activos del delito, penetrando a un hombre (por vía anal), o a una mujer (por vía vaginal y anal), comprendiendo en esta la "fellatio in ore" y la "cunnilingus".

2.2.3.- LA VIOLENCIA FÍSICA Y MORAL

En la violación el sujeto emplea, como medio para vencer la resistencia de su víctima, la violencia, pudiendo ser ésta: A) Física o B) moral.

Porte Petit, expresa: "Que la doctrina, señala tres requisitos que deben darse para que exista la vis absoluta (fuerza física):

- 1.- La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo.
- 2.- La fuerza debe ser la suficiente para vencer la resistencia del sujeto pasivo.
- 3.- La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria y constante o continuada.

La vis compulsiva o la violencia moral, consiste para Porte Petit en "la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro capaz de constreñirlo para realizar la cópula".(13)

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

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

a) La violencia física.- En general por violencia física se entiende la fuerza material que para cometer un delito se hace a una persona, en la violación se caracteriza porque se constriñe físicamente al ofendido para realizar en el la fornicación, siempre implica acciones compulsivas ejecutadas materialmente en el cuerpo del pasivo para superar e impedir sus resistencia muscular, pudiendo

(13) Porte Petit Candaudap, Celestino, "Ensayo Dogmático sobre el delito de violación, 2a Ed., Editorial y Litografía Regina de los Angeles, México, 1973, p.25.

consistir en maniobras coactivas, amordazamientos, sujeción y atadura en la víctima, o en la comisión de ataques corporales, y en cuanto a los actos violentos ejercitados en tercera persona allegada a la víctima por el parentesco o el afecto pueden integrar casos de violencia moral cuando estén encaminados a producir intimidación que la obligue a aceptar la relación para evitar males mayores en seres queridos o en su propio ser.

Algunos autores, siguiendo la doctrina de Carrara, sostienen que para que pueda valorarse a la fuerza material como suficiente para vencer la voluntad opuesta del paciente, la resistencia debe ser seria y constante "seria", es decir, no fingida para simular honestidad, sino realmente expresadora de una voluntad decididamente contraria; constante, o sea sostenida hasta el último momento y no simplemente comenzada al principio para después abandonarla aceptando el mutuo goce."

Sin embargo basta, que la fuerza sea la causa determinante del vencimiento del paciente y el logro de la cópula no aceptada.

b) La violencia moral, existe cuando el activo amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla aniquilando o suspendiendo el libre ejercicio de su voluntad produciendo análogos efectos que la fuerza física, en esencia consiste en encausar o poner miedo en el ánimo de una persona o en llevar en ella una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenace o se finja en la imaginación.

La violencia moral en el delito de violación de acuerdo a lo anterior, consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido, aquí no es necesario como en la violencia física que los amagos 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 persona de su afecto.

De igual forma es menester manifestar que las vías de hecho o maniobras materiales impositiva, características de la violencia física, generalmente son productoras en el paciente de intimidación psicológica, violencia moral, en virtud de que la coacción corporal (vis) con frecuencia se traduce en el que sufre un temor o miedo (metus).

Por lo que tanto la violencia física o moral, no puede ser establecida de manera a priori su carácter intimidatorio, pues la gravedad del miedo y lo fundado e irresistible del temor son valores variables de acuerdo al carácter más o menos intimidante de la amenaza y la naturaleza más o menos débil del pasivo o del amenazado, ya que la vis compulsiva y en ocasiones la vis absoluta no priva en forma absoluta de la posibilidad de actuar, por lo que estos deben ser justipreciados por el juez en cada caso concreto.

2.2.4. AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL SUJETO PASIVO.

Antes de su reforma, al definirse el delito de violación en el artículo 265 del Código penal, se precisaba que la cópula, a parte de la violencia física o moral, debía de ser realizada sin la voluntad del sujeto pasivo, elemento que fue excluido en su reciente redacción, probablemente se pensó que la utilización de la violencia, implicaba en si misma, la falta del consentimiento del paciente, pero no es así en todos los casos.

Pensamos que es imprescindible que la cópula se efectúe sin la voluntad del ofendido, teniendo el caso que existiendo interés en el pago, o por complacer a una persona sádica, o por inclinación masoquista del pasivo, acepta o requiera voluntariamente que en su cuerpo se efectúen actos de crueldad o fuerza con motivo de la relación sexual, y este consentimiento a nuestro parecer desvirtuaría el tipo de delito de violación.

Así el sadismo, en cuanto a la persona que lo padece se transforma en violador cuando por crueldad fuerza a otro, al acto; pero el amante sádico no es necesariamente un violador, por ejemplo si contrata 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, ya que éste destruye la tipicidad en la violación, pero si bien la conducta sádica puede dar origen a otro delito como son las lesiones.

Los mismo pasa en el masoquismo en donde la persona que otorga su consentimiento para realizar la cópula, requiere como conducta previa o simultánea se ejerza sobre su cuerpo el uso de la violencia.

Razón por la cual la ausencia del consentimiento aunada a la violencia es lo que debe caracterizar a la violación, para decir que la violación es el robo sexual.

Otro elemento que se considera dentro del delito de violación es de que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin distinción alguna, la ley refiere "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.

Por lo tanto son 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, Esto obedece a que cualquier ser humano puede sufrir la unión carnal impuesta por medios coactivos, atacando su seguridad y su libertad sexual.

2.3 EL DELITO DE VIOLACIÓN EQUIPARADA

El artículo 266 del Código Penal Federal, contempla que "Se equipara a la violación y se sanciona con la misma pena:

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

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

Si ejerciere violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentan en una mitad." [14]

La violación impropia o delito que se equipara a la violación, que como su denominación lo indica se asemeja a la violación propia, en donde la violencia es lo que caracteriza a esta última, pero es justo que se castigue del mismo modo la cópula que se realice sin violencia en una persona incapacitada para resistir psíquica o corporalmente el acto debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, a la corta edad o análogas condiciones de indefensión, en donde los bienes jurídicos comprometidos o dañados por el ayuntamiento no violento son a veces distintos a la mera libertad sexual, como sería la seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual, constituyendo un delito especial, autónomo en su descripción legislativa, previstos de elementos constitutivos propios y distintos a la violación propiamente dicha a la que puede equipararse para los efectos exclusivos de la aplicación de las penas. Por ello se considera que su nombre adecuado, más que el de violación presunta (no se debe presumir lo que no existe), debe ser violación impropia o delito que se equipara a la violación.

Los elementos del delito son : I.- Una acción de cópula; II.- Que esta cópula recaiga: A) En persona menor de doce años; B) En persona que por cualquier causa no éste en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, o de resistir la conducta delictuosa; III.- el tono psicológico

[14] Compilación Penal Federal y Local para el Distrito Federal; Editorial Greca, México; 1997, pág. 83.

especial del delito, consiste en el conocimiento del estado de la víctima, o al menos, en su culpable ignorancia.

A) En personas de doce años dentro de este caso quedan comprendidas las cópulas normales o anormales, efectuadas con personas de corta edad, aunque presten su consentimiento en el acto, por considerar que su consentimiento esta viciado, por no ser apto para la vida sexual y para los fenómenos reproductores, por lo que su estado impide al menos resistir psíquica y corporalmente pretensiones lubricas cuyo significado ignora, quedando consagrado el principio legal absoluto de intangibilidad sexual de los niños.

B) En personas que por cualquier causa no esté en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, o de resistir la conducta delictuosa, comprendiéndose las personas privadas de razón, incluyendo al sujeto pasivo que padezca enajenación mental, de forma patológica de insuficiencia de sus facultades volitivas, o de alteración morbosa de las mismas; o de estado psiquiátrico de inconsciencia. la demencia en su variadas formas de ser las que impiden darse cuenta del acto mismo que se realiza en su cuerpo del sujeto como sucede en el absoluto cretinismo; o de las que al menos, vedan al paciente proporcionar consentimiento esclarecido y consciente para la prestación sexual; o de las que manifiestan síntomas de imposibilidad de movimientos de oposición, estados mentales de grave catatonía., con las personas privadas de sentido, como el estado transitorio de inconsciencia en que el sujeto pierde más o menos momentáneamente su aptitud cognoscitiva, la volición y la ideación, sea por causas traumáticas, psíquicas, tóxicas o patológicas. en donde el responsable del delito, con conocimiento del estado de indefensión psíquica y corporal de la víctima, lo aprovecha para realizar la cópula en ausencia no sólo del

consentimiento de ésta sino de su conocimiento. Enfermedades que impiden la resistencia al ayuntamiento no aceptado voluntariamente, en donde el enfermo se da cuenta del acto lúbrico que en su cuerpo y contra su voluntad se realiza; discierne, pero no puede reaccionar por la imposibilidad de defensa que implica su estado; su victimario ni siquiera necesita emplear violencia, ejemplo de parálisis generalizadas más o menos completas, atonías, extrema debilidad, estados agónicos lúcidos, pérdida de sentidos, etc.

Lo anterior nos permite concluir que no interesa que el enfermo mental preste o no su insana voluntad para la cópula, porque, aún en el caso de consentimiento, se considera no apto jurídicamente, porque además de la seguridad de los incapacitados, es impedir por interés social la posible descendencia degenerativa de los anormales.

El delito equiparado a la violación supone como elemento que el agente haya obrado con conocimiento de las circunstancias personales de indefensión del sujeto pasivo o al menos con culpable ignorancia de las mismas, lo que implica que el agente no responda penalmente sino cuando conoce el estado del sujeto pasivo.

2.4 LA PENALIDAD AGRAVADA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN.

Dice el artículo 266 del Código Penal Federal, "Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentaran hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

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

II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro: además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos que se ejerciera sobre la víctima;

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

IV.- El delito fuera cometido por la persona que tiene el ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aprovecha la confianza en él depositada.[15]

Como se puede apreciar el citado numeral, prevé cuatro hipótesis de agravación de la pena, que son :

a).- Por intervención de dos o más personas.

b).- Por razones de parentesco, tutela, relación de padrastro o hijastro o amasiato; y ,

[15] Loc. cit., pág. 83.

c).- Por razones de cargo, empleo o profesión.

d):- Por custodia, guarda, educación o aprovecha la confianza en el depositada.

Las hipótesis señaladas obedecen a que en tales supuestos el posible sujeto activo se encuentra en una mejor disposición de efectuar su conducta delictiva, en el primer caso, de la violación tumultuaria, la intervención de dos o más sujetos implica una menor defensa del sujeto pasivo, una posición disminuida para repeler la agresión sexual, con la consiguiente mayor facilidad para los activos de someter a la víctima.

En la segunda al igual que en la cuarta hipótesis, la cercanía, la relación próxima, la confianza, y posiblemente la autoridad que el activo ejerza sobre el pasivo pueden provocar una situación que posibilite deberes de respeto y seguridad que el posible sujeto activo debe tener respecto al pasivo, de ahí entonces que se agrave, la pena.

En la tercera de las hipótesis, por razones de cargo empleo, o profesión el activo puede colocarse en una situación ventajosa que le permita con mayor accesibilidad llevar a cabo su acción delictiva, aprovechando indebidamente la situación de cargo, empleo o profesión, la cuales de una forma u otra les brinda jerarquía o poder de mando y disposición.

2.5 LA VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES.

El hecho de que el marido imponga a su renuente consorte el coito, por medio de la violencia ha dado lugar en la doctrina a distintas opiniones entre ellas las siguientes:

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

En donde se refieren que para que exista la violación la cópula debe ser ilícita; por tanto si el marido que se sirva de la fuerza respecto de su mujer no comete violación, ni aun en el caso de separación de cuerpos en el que existe la autorización para que la mujer no permanezca en el domicilio del marido o conyugal, si bien debilita las ligas del matrimonio sin disolverlo, no rompo con los deberes que resultan del matrimonio.

Porte Petit refiere que " En virtud del matrimonio, los cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquéllos y consiguientemente, cuando realiza uno de ellos 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.(16).

(16) *Porte Petit Cadaudap, Op.. Cit., 1966, p.76.*

Jiménez de Asúa y Oneca, al tratar la legítima defensa, manifiestan: "que no cabe contra el que ejercita un derecho; por eso la mujer no puede actuar en legítima defensa negando al marido el derecho al coito, puesto que éste tiene derechos personales sobre la mujer, concedido por el matrimonio; pero si puede defenderse violentamente de actos contra natura o de libidine psicopática que le quieran ser impuestos por el marido 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 el segundo.(17)

En sentido favorable a la existencia de la violación.

Jiménez Huerta acepta que puede haber violación tanto entre concubinos como entre amasiatos, ya que en su opinión "el concubinato o amasiata ni cercena la libertad ni engendra ninguna servidumbre". La misma argumentación es válida respecto a los cónyuges. (18)

Gómez, dice: " Los 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 que al marido pertenece, es contrario a todo principio que el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando le es negado por la mujer. Esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza.

(17) Jiménez de Asúa Luis, "Tratado de derecho penal, Tomo I, Edit. Losada, Buenos Aires, 1963, pág. 273.

(18) Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit., Tomo II. Edit. Porrúa, S.A. México, 1971, pág.291.

Por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia física o moral, tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación". (19)

Como opinión intermedia y mixta existen en la que se contemplan la existencia de otro delito generado por la violencia que se usa para la cópula, como es el uso indebido de un derecho, lesiones, etc., pero no el delito de violación:

Cuello Calón, "El yacimiento o acceso carnal realizado ha de ser ilícito; así el coito efectuado por el marido con violencia o sin 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 legítima defensa, 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 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, como cuando fuere peligroso para ella y para la prole (en el caso del marido sifilítico, ebrio, etc.); cuando constituye un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer (si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas)."

Vannini, sostiene, "Que no puede existir el delito de violación entre

(19) Gómez Eusebio; Tratado de Derecho Penal. T. III, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, pág. 280.

casados, pues no subsiste un derecho a la inviolabilidad sexual de un cónyuge respecto a otro", por lo tanto si comete un delito, pero no el referido a la violación, ya que el cónyuge de acuerdo al matrimonio tiene derecho a la cópula, por lo tanto al realizarla ejerce un derecho; en otros términos en virtud del matrimonio los cónyuges limitan su libertad sexual.

En el mismo sentido se ha inclinado la Suprema Corte de Justicia al establecer en jurisprudencia lo siguiente:

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

OCTAVA ÉPOCA:

Contradicción de tesis 5/92. entre la sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de Febrero 1994. mayoría de tres votos.

Primera Sala, tesis 1a/J.10/94, Gaceta número 77, Pág. 18; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIII- Mayo, Pág. 78.

Para determinar si la relación sexual es objeto primordial del matrimonio, y por ende el derecho marital a su exigencia, y si el uso de medios violentos elimina el delito de violación por ausencia de antijuricidad de la conducta. es menester considerar lo siguiente,

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

Del Código Civil, como se analizara más adelante, se desprende que la relación sexual es un derecho y correlativo deber de los cónyuges. Así se establece: "Que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta (artículo 147 del Código Civil); para hacer posible los objetos del matrimonio se ordena que la mujer debe de vivir al lado de su marido (artículo 163 del mismo Código). (20)

(20) Código Civil, Para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Edit.

En consecuencia concluimos, existe entre los cónyuges la obligación del concubito y, por tanto, derecho legal de su cumplimiento.

Se desprende de lo anterior la licitud de la cópula matrimonial y aceptado el derecho legal a su realización, en el sentido de que el marido que por la fuerza impone su cumplimiento a la esposa renuente, la cópula, no comete el delito de violación por ausencia de antijuricidad de su conducta y por que le asiste la excluyente de responsabilidad de obrar en el ejercicio de un derecho reconocido por la ley (artículo 15 fracción V del Código penal).

Más sin embargo estimamos que la exigencia por medios violentos de la cópula a la cónyuge, no puede quedar amparada por la excluyente, como eliminación de lo injusto, en razón que los derechos individuales están condicionados por los derechos de terceros, por lo tanto el marido que al exigir o imponer el cumplimiento de su derecho a la cópula, con uso de la violencia incurre en un abuso de derecho, en tanto la cópula en si misma y considerada en el matrimonio es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona puede hacerse justicia por si 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.

Suponiendo que por el ejercicio de un derecho, el marido que obligue a la esposa para el concubito no fuera responsable del delito de violación, de todas manera su conducta sería punible sino por la violación si por los delitos que la violencia pueda generar (amenazas, lesiones, Homicidio). Además civilmente puede quedar expuesto a las acciones y sanciones privadas del divorcio

y sus consecuencias, ya sea por la sevicia, amenazas o injurias graves, y por haber cometido en la persona del otro cónyuge un acto (cópula sin voluntad y por medio de la violencia), que sería punible si se tratara de persona extraña.

Asimismo si se acepta, la juridicidad de la conducta del marido por medio de la cual impone la cópula sin voluntad y por medio de la violencia, no pueden quedar comprendida al menos la conducta en la que se impone la cópula contrario a los fines del matrimonio y a las buenas costumbres como sucede en el forzamiento de la cópula por vía anormal, o cuando el marido violentador esté enfermo de males venéreos o de dolencias serias en periodo infectante, que puedan tener consecuencias en el producto de un posible embarazo que ocasione una descendencia degenerativa., o en su caso la enfermedad que padeciera la mujer, y el consecuente peligro que implica la posibilidad de engendrar un ser en tales momentos, no puede exigírsele a ninguna persona que acepte un a relación en tales condiciones.

Ahora bien para determinar si existe violación entre cónyuges, y normar nuestro criterio se hace necesario analizar lo siguiente, al tutelarse la libertad sexual en el delito de violación, el carácter, condición o sexo del sujeto pasivo, resulta irrelevante, como se contempla en el propio tipo el delito de violación se puede cometer en persona de cualquier sexo.

El artículo 14 Constitucional establece en lo que interesa "... Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicio del orden

criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata..."

Artículo 16 Constitucional, " Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamientos escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento..."

Artículo 17 Constitucional "...Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho..."

Por tanto, en materia penal y de acuerdo a los preceptos antes invocados como garantías individuales, la ley se aplica conforme a la letra de la misma, al referirse que no se puede imponer pena alguna, por simple analogía o mayoría de razón, sino está decretada por la ley exactamente aplicable al delito, rigiendo el principio general de derecho de que donde la ley no distingue, no es dable que lo haga el juzgador; y

En ningún caso, la ley faculta a persona alguna a hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

De lo anterior, es legal concluir que el delito de violación previsto en el artículo 266 del Código Penal Federal así como los que contemplan las legislaciones locales, existe entre consortes, así basta que la cópula se imponga por medio de la violencia física o moral, para quien la ejercite, se haga acreedor a la sanción correspondiente. De ahí que resulta irrelevante que el sujeto activo sea

esposo de la ofendida, lo que tal carácter no purga la falta de voluntad de ésta para realizar el acto sexual, la cual si bien se encuentra restringida dentro del matrimonio, la negativa de la mujer para acceder a la reserva sexual que debe al esposo, de ninguna manera autoriza a éste a ejercer su derecho por medio de la violencia, sostener lo contrario implicaría, por una parte hacer una distinción donde la ley no lo señala y por la otra hacer justicia por si misma, ejerciendo violencia, lo cual se encuentra prohibido en el artículo 17 Constitucional.

Consecuentemente, el artículo 265 del Código Penal Federal, no establece la falta de responsabilidad delictiva tratándose del delito de violación entre consortes, lo cual implicaría hacer distinción donde la ley no lo hace.

De haber sido esa la voluntad del legislador, expresamente lo hubiera consignado como excluyente de responsabilidad como sucede tratándose del delito de robo cometido entre ascendientes y descendientes o viceversa, al disponerlo así en el artículo 399 bis del Código Penal Federal.

Aún cuando conforme al artículo 147 del Código Civil, los derechos y obligaciones recíprocas que se adquieren al contraer el matrimonio, es el de contribuir a los fines de éste, encontrándose entre ellos el de perpetuar especie, lo cual se obtiene sólo a través de la cópula, no es menos cierto que el derecho de uno de los cónyuges de exigir al otro la obligación de cumplirlo, no lo autoriza hacerlo por medio de la violencia, ya que significaría hacerse justicia por si mismo, lo cual resultaría violatorio del artículo 17 Constitucional, y transgrede las reglas del buen trato que deben observarse aún dentro del matrimonio.

Por tanto el desconocimiento de ese derecho por cualquiera de los consortes, únicamente facultaría al afectado a recurrir a los tribunales a demandar la disolución del vínculo matrimonial, haciendo valer como causal de divorcio la negativa del otro consorte a cumplir con su obligación de perpetuar la especie, por constituir una injuria grave en términos de lo dispuesto en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, " que dice son causales de divorcio.... fracción XI." la sevicia, las amenazas, la difamación o injurias graves, o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza, que hagan imposible la vida en común, a no ser que la negativa obedezca a alcoholismo crónico o cualquier enfermedad contagiosa o hereditaria del cónyuge renuente que justifique legalmente su conducta.

Por lo que se concluye que si existe el delito de violación entre cónyuges, no obstante ello se propone la procedibilidad de la querrela en la persecución de este delito, atendiendo a las ventajas que proporciona la aceptación de dicha figura para la conservación de la familia del activo, evitando mayores daños que los causados, por la conducta del victimario.

2.6.- LA VIOLACIÓN ENTRE CONCUBINOS Y AMASIATO.

El amasiato es una unión de hecho (totalmente ilícita por la ley), fundada en la relación sexual, y que no produce consecuencias jurídicas. se da entre una persona casada y una soltera, o entre personas casadas, que tienen relaciones sexuales con otras distintas a su cónyuge. Esta conducta constituye un ilícito diferente el adulterio.

En el concubinato , la opinión de Manfrendi, el cual sostiene que no existe el delito de violación entre concubinos, considerando que tampoco es antisocial y por ende antijurídica la violación sobre la concubina de un hombre que viva con ella en concubinato; ya que las relaciones sexuales en ésta hipótesis deben tener en el hecho aquella demostración de constancia de unión sexual consentida y que justifica los principios expuestos.

En cuanto a la problemática sobre la existencia de la violación entre amasiatos, estimamos jurídicamente que si existe, pues, de los elementos derivados del delito de violación propia, son adecuados para configurar el ilícito, porque la relación de amasiato no engendra derechos ni obligaciones, además de ser una relación prohibida por la ley, da origen a una sanción civil como causal de divorcio por adulterio, además de la tipificación penal.

Dicha idea la confirma la opinión del maestro Jiménez Huerta, que dice: "El consentimiento prestado para la cópula entre amantes o concubinos, perdura tácitamente entre ellos por su simple naturaleza propia y los usos y costumbres que imperan en la vida social, en tanto que en forma expresa o tácitamente inequívoca , uno de ellos haga saber al otro su firme voluntad contraria, a partir de ese instante, el delito de violación se perpetra si uno de los amantes o concubinos sin respetar la voluntad contraria del otro tercamente le fuerza u obliga para obtener la cópula,. no hay duda, por tanto, que puede haber violación entre concubinos, pues, el concubinato o amasiato, ni cercena la libertad, ni engendra ninguna servidumbre." (21).

(21) Jiménez Huerta, Mariano. Op.. Cit., Tomo II. pág.291.

El concubinato está contemplado en forma muy precaria en nuestro derecho civil y sólo se expresan algunos efectos. El concubinato presupone relaciones sexuales fuera de matrimonio de personas libres de matrimonio, pero cuyas relaciones tienen un carácter de duración, estabilidad y viven en la sociedad como esposos.

Vannini, se pregunta si puede equipararse la concubina a la esposa, o si puede la concubina ser sujeto pasivo del delito de violación carnal, y contesta: "Que no es difícil responder a la pregunta, ya que la concubina no puede ser equiparada a la esposa y por tanto es posible la violación carnal del hombre sobre la concubina, por que la concubina no tiene la obligación jurídica de prestaciones carnales frente a la amante; que el hecho que la ley no prohíba convivencia *more uxorio*, no confiere al hombre ningún derecho a prestaciones sexuales, por parte de la mujer con quien vive, incluso porque sería extraño no admitir el delito de violación carnal del soltero sobre la concubina." Agregando: "En este punto, toda la cuestión se centra sobre el consentimiento, si se tienen presentes las relaciones especiales que obligan al sujeto activo con el sujeto pasivo, pero si se pudiera probar con certeza que el hombre que violó a sabiendas a la mujer (concubina) y conociendo el preciso y decidido desentimiento de ella, ¿Cómo podrá negarse el delito de violación carnal?. Es del mismo parecer Gómez al sostener que el concubino por medio de la violencia llega al acceso carnal con la concubina, comete violación.(22)

De lo expuesto, concluimos que jurídicamente si existe el delito de

(22) *Porte Petit Cadaudap, Celestino. Op.. cit. p.56 y 57.*

violación entre concubinos, pues, no hay ninguna obligación de prestar o acceder a la relación sexual por vías violentas, además que tanto entre concubinos como en cónyuges, existen obligaciones y deberes distintos pero con proyecciones parecidas o afines, como lo es la conformación familiar y vida en común, en las cuales se debe de mantener la libertad sexual, la cual utilizaran de acuerdo a su convivencia y de manera común.

CAPITULO III.- NATURALEZA JURIDICA DE LA QUERELLA.

3.1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA QUERELLA.

3.2.- ELEMENTOS DE LA QUERELLA.

3.3.- DIFERENCIA ENTRE QUERELLA Y DENUNCIA.

3.4.- VENTAJAS DE LA PROCEDIBILIDAD DE LA QUERELLA.

CAPITULO III.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA QUERELLA.

3.1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA QUERELLA.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la querella, existen dos tendencias: la primera sitúa a la querella dentro del aspecto general de la materia, considerándola como una condición objetiva de punibilidad; y la segunda mayormente aceptada, como una institución procesal "condición o requisito de procedibilidad", como así lo afirman la mayoría de los autores contemporáneos, concebida así como un derecho potestativo del ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las autoridades, la actuación del engranaje judicial está condicionada a una manifestación de voluntad del particular, sin la cual no es posible proceder; de ahí que la querella la entendamos como un requisito de procedibilidad.(1).

(1). Colín Sánchez Guillermo; "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Edit. , Porrúa, México, 1990, pág. 240.

Primeramente tenemos la base constitucional de la querrela, fundamento que encontramos en el artículo 16 de nuestra Carta Magna: "no podrá librarse orden de aprehensión si no por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela ..."[2]

Lo que nos lleva a distinguir tres situaciones, ¿Que es la acusación, denuncia y querrela?, así tenemos que:

ACUSACIÓN.- Es el acto por el cual una persona denuncia hechos criminosos ante el representante social en contra del supuesto infractor.

DENUNCIA.- Consiste en la noticia por medio de la cual el Ministerio Público toma conocimiento de la comisión de un delito, de aquellos cuya persecución es de oficio.

Consistente en poner en conocimiento del Ministerio Público sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, además es un deber de toda persona que tenga conocimiento del posible ilícito.(3).

Lo anterior es confirmado por el artículo 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece: (4)

[2] Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos; Edit. Porrúa, México, 1996, pág. 30.

[3] García Ramírez Sergio, "Prontuario del Proceso Penal Mexicano", Edit. Porrúa; México 1986. Pág. 23.

[4] "Compilación Penal Federal y Local para el Distrito Federal" Compilación de Leyes Mexicanas, Greca Editores. S.A. de C.V., México, 1996, pag.. 219.

Artículo 116. Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio está obligado a denunciarlo al Ministerio Público, y en caso de urgencia, ante cualquier funcionario o agente de policía.

Artículo 117. Toda persona que en ejercicio de sus funciones Públicas, tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición, desde luego, a los inculcados, si hubieran sido detenidos.

En cuanto hace a la querrela, y toda vez que es el objeto de estudio del presente capítulo, se hace necesario aportar diferentes definiciones.

QUERRELLA.- es la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga. (5)

Florian, citado por García Ramírez, establece: " Posee una doble acepción, la querrela como sinónimo de acción privada y como simple requisito de procedibilidad, es cuando se pone en conocimiento a la autoridad competente sobre un posible ilícito existiendo la expresión de la voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal. (6).

(5) Arilla Baz Fernando, " El Procedimiento Penal en México:", edit. katus, México 1988, pág. 52.

(6) García Ramírez, Op. cit, pág. 25

" Lo más acertado es considerar a la querrela como una condición de procedibilidad, pues se afirma la existencia del delito con independencia de ella, la querrela no es una condición de derecho sustantivo, sino una institución procesal estableciéndose en razón de la *tenuidad de los delitos o por el indole particular de los mismos consistente en bienes e intereses jurídicos personalísimos o familiares de apreciación muy delicada.* (7).

Cuello Calón: " El fundamento político de la querrela estriba en el poco interés Público que representan los delitos perseguibles por medio de ésta, y que sin embargo, pueden tener alguna importancia personal o bien que la persecución de tales delitos hace notorios actos o situaciones cuya divulgación pudiese causar mayores daños y molestias al sujeto pasivo" (8).

Leonel: "Desde el punto de vista sustancial, se le considera a la querrela como a la manifestación de la voluntad del sujeto pasivo del delito, de pedir el castigo del delito de manera que sea observado y que se vincula a un derecho de perdón" (9)

Anilla Baz: " La relación de hechos constitutivos de delito formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que sea perseguido" (10).

(7).García Ramírez, Op. cit., pág. 25

(8).Cuello Calón, "Parte General del Derecho Penal", T.I, Habana, 1929, pág. 559.

(9) Leonel, " Tratado de Derecho Penal", citado por García Ramírez, op cit, Pág. 26.

(10). Anilla Baz, op cit. , pág. 230.

Osorio Nieto " es una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo, formulado por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal. (11)

Colín Sánchez " La querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido" (12)

Una vez normado nuestro criterio con las definiciones arriba señaladas, aportemos una definición propia de querrela para la cual tenemos que:

Es una figura inminentemente procesal considerada como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal consistente en la potestad de la parte ofendida o su legítimo representante de poner en conocimiento ante el Ministerio Público, la comisión de un posible delito, debiendo existir la voluntad del ofendido o de su representante, a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal. Siendo oportuno señalar que la responsabilidad penal del presunto delincuente puede extinguirse mediante el perdón otorgado por el ofendido o su legítimo representante.

(11). Osorio Nieto, op cit., pág. 120.

(12). Colín Sánchez Guillermo; Op.. Cit.. pág. 240.

3.2.- ELEMENTOS DE LA QUERRELLA

1.- Debe existir una relación de hecho, mediante la cual se pone en conocimiento del Ministerio Público ya sea en forma verbal o escrita la existencia de un delito.

2.- La voluntad del ofendido, mismo que debe manifestarse en las relaciones de hecho dando la autorización de que se persiga el ilícito.

3.- Debe entenderse por ofendido toda persona que sufre un daño directo y que la misma debe de poner en conocimiento al representante social para la resolución del mismo.

4.- Hace susceptible la existencia del perdón, remisión de la pena merecida de la ofensa que se recibe o de alguna deuda o obligación pendiente, de lo anterior se desprende que es el acto por medio del cual la víctima detiene todo acto procesal para que el sujeto activo no sea sancionado por la autoridad.

Base legal del perdón, artículo 93 del Código Penal Federal, en el cual se contempla " El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor.

De lo anterior se desprenden cinco elementos del perdón.

1.- Que el delito no se puede perseguir, sino previa querrela, es decir, para que exista el perdón previamente el sujeto pasivo debió de haberse querellado contra alguien (persona determinada) que le causa un daño toda vez que el proceso no puede existir sin acción.

2.- Que el perdón se conceda antes de la sentencia de segunda instancia y en caso de que se haya dictado no sustituirá sus efectos.

3.- Que se otorgue por el ofendido o por la persona legitimada para otorgarlo. Esto se deduce por simple analogía, toda vez que quien sufre el daño es el único que puede otorgar el perdón o a través de su representante legal con cláusula especial.

4.- Que el perdonado no se oponga, es decir, que el que recibe el perdón está de acuerdo.

5.- El perdón ha de ser absoluto, en cuanto a éste requisito el perdón ha de ser absoluto, el condicional solamente sería una promesa de perdón que no surtiría efectos si ésta no se cumpliera, sin embargo el artículo 338 del Código Penal para el Distrito Federal, establece una excepción a dicho requisito: " ... para que el perdón concedido por el cónyuge ofendido pueda producir la libertad del acusado, deberá éste pagar todas las cantidades que hubiere dejado de administrar por concepto de alimentos y dar fianza u otra caución de que en lo sucesivo pagará la cantidad que le corresponda.

La reparación del daño, es un elemento muy importante en la comisión de delitos, ya que todo delito origina por lo general además de la lesión del bien jurídico tutelado por la fijura que describe la conducta punible, otra de índole patrimonial, es decir un daño y por consiguiente viene a hacer una obligación la reparación del daño al formar parte de toda sanción proveniente del delito.

En cuanto a los delitos de querrela es aún importante por que el perdón viene aparejado inherentemente a una reparación del daño para poder otorgarlo.

En cuanto a la reparación del daño se puede mencionar que nacen dos acciones:

- 1.- La penal cuyo ejercicio compete al estado.
- 2.- La civil que puede ser ejercida por el ofendido.

La base legal de la reparación del daño, se contempla en los artículos 30 y 30 bis del Código Penal Federal., el primero contempla: " la

reparación del daño comprende: I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y sino fuera posible el pago del precio de la misma; II. La indemnización del daño material y moral causado; incluyendo el pago de los tratamientos curativos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

En resumen de lo anterior se desprenden tres elementos:

- A) La restitución de la cosa obtenida por el delito.
- B) La indemnización del daño material y moral causado al ofendido y a su familia.
- C) Resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

3.3 DIFERENCIA ENTRE QUERELLA Y DENUNCIA.

En cuanto a las diferencia entre denuncia y querella nuestra legislación distingue perfectamente entre querella y denuncia, así tenemos que:

DENUNCIA	QUERELLA
A) debe ser presentada por cualquier persona en cumplimiento de un deber.	A) Sólo puede ser formulada por el ofendido por excepción el

B) Se hace del conocimiento del Ministerio Público sobre determinados hechos con apariencia delictuosa.

C) Tiene carácter irrevocable.

D) No es susceptible de perdón.

E) Se puede formular contra quien resulte responsable.

representante
del ofendido.

B).-Se hace del conocimiento del Ministerio Público sobre determinados hechos con apariencia delictuosa, pero es necesario expresar la voluntad de que se persiga el delito.

C).-Es de carácter revocable.

D).- Es susceptible de otorgar el perdón, hasta antes de que se dicte sentencia en segunda instancia.

E).- Necesariamente debe formularse contra persona determinada.

F).- No es indispensable

que se haga en forma expresa la manifestación de querrela, basta que se exteriorice la voluntad de poner en actividad a la autoridad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación a establecido las siguientes jurisprudencias en cuanto a la querrela:

QUERRELLA " No es indispensable que se haga en forma expresa la manifestación de querrela, bastando que se exteriorice la voluntad de poner en actividad a la autoridad para la persecución de un hecho que se estime delictuoso."

Sexta Época; Segunda Parte; Vol. XIV, Pág. 187. A.D. 1739/55.
José Leonides Delgadillo, 5 Votos.

QUERRELLA NECESARIA. " Para los efectos procesales basta la simple manifestación de voluntad de la persona ofendida por el delito, de que se persiga al responsable aún cuando aquel emplee términos equívocos, para que se tenga por satisfechos el requisito de querrela necesaria."

Sexta época; Segunda Parte; Vol. XXII, pág. 154 A.D. 3805/58.
Leobardo Serrano Martínez, 4 votos.

3.4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA QUERRELLA.

De los argumentos que se dan a favor o en contra de la querrella, se han presentado las siguientes preguntas:

A) ¿ Que con la querrella se privatiza en lo general el ius puniendi ?.

B) ¿ Se puede considerar que existan delitos que no dañan el interés público, y que por lo tanto el estado no tiene un interés directo en ellos?.

C) ¿ Que criterio se sigue para determinar que delitos son perseguibles por querrella?.

En el primer supuesto consideramos que no es así, en el caso de México no se está dejando al arbitrio de las partes la persecución del delito, ni la facultad de castigarlo, sólo se está colocando un requisito de procedibilidad al ejercicio de la acción penal, lo que tiende a evitar arbitrariedades de la autoridad, al dar prioridad al ofendido de que manifieste la voluntad de perseguir el delito lo que nos lleva a dar la fundamentación política de la querrella así tenemos que:

Se hace necesario recordar que el ius puniendi, a lo cual podemos decir que: "Es el derecho público de castigar que en exclusiva corresponde al estado aplicar".{13}

{13} Díaz de León, "Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal", comentado, Porrúa, México, 1990. pág. 1011.

Es claro que la voluntad del particular de que se siga el delito, no afecta ese derecho público, la voluntad propiamente dicha, es decir el querer o no se inicie la averiguación previa, se sucede antes de iniciar la actividad propiamente dicha del poder judicial que es la autoridad facultada para castigar.

Pero sin embargo, si consideramos al perdón como parte de esa voluntad, si afecta el ius puniendi, recordemos que dicho perdón se puede dar inclusive hasta antes de sentencia de segunda instancia, lo que obviamente si impide al estado el ejercicio del Derecho Público de Castigar. y extingue la responsabilidad penal.

El problema resulta más complejo si consideramos la segunda pregunta: se puede considerar que existen delitos que no dañan el interés público, y que por ello el estado no tiene un interés directo en ellos.

A lo cual podemos decir, que todo delito por más mínimo que sea daña el interés público y que todo delito causa un perjuicio a la sociedad, tal es el caso del delito de defraudación fiscal, en donde al dejar de percibir dinero la Hacienda Pública es obvio que se dejarán de construir escuelas, caminos puentes, y se dejaran de pavimentar calles, se afecta el presupuesto público lo que sin duda alguna nos perjudica, pero sin embargo este delito fiscal es susceptible de perdón, dado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Con lo anterior se pone entredicho la fundamentación Política que se ha dado en la querrela, fundamentación que versa en dos sentido:

1.- La carencia de interés directo por parte del estado para perseguir un ilícito penal por la naturaleza misma de éste.

2.- Cuando existe un posible interés directo se da prioridad a la voluntad de la víctima del ofendido para poner o no en movimiento la actividad del Ministerio Público.

En cuanto a la tercera interrogante de; cual es el criterio que se sigue para determinar que delitos se persiguen por querrela, es sin duda alguna el punto medular del problema que en un momento dado se puedan presentar en relación a la querrela, ya que al no hacerse en forma pública el porque determinados delitos son perseguibles por querrela resulta obscuro que se tome a delitos tan variados como puede ser una lesión leve, hasta un delito fiscal, delitos que representan penalidades demasiado variadas, además en el caso de delitos sexuales pudiera ser el criterio de que "El procedimiento judicial pueda inferir en la víctima un perjuicio más grave que el producido como resultado del propio delito".

[14]. Por lo tanto sucede que la publicidad de ciertos delitos puede dañar, más, al ofendido, por ello es que dada la naturaleza de algunas infracciones penales, sea correcto dejar a la voluntad de los particulares su persecución como sucede en aquellos delitos que más afectan a la intimidad personal y familiar (injurias, calumnias, violación, estupro, abusos deshonestos, rapto,, adandono de familia, etc.), es de trascendencia para quien a sufrido una lesión, atienda a las conveniencias o inconvenientes que un proceso le acarrearía, de tal manera que, la voluntad privada no es posible proscribirla, porque ello propiciaría

[14] *Ibíd*em.

consecuencias más graves para el pasivo y para la paz y tranquilidad que debe imperar en ciertos núcleos, como el familiar que, en países como el nuestro, viene a hacer una de las instituciones fundamentales sobre la cual ésta estructurada la organización social, por lo tanto la querrela debe conservarse como un medio para la adecuada concordia y desenvolvimiento de las relaciones humanas.

Como en el delito de violación en donde la publicidad también causa un grave daño al ofendido, por lo tanto es de suma importancia la procedibilidad de la querrela en el delito de violación entre cónyuges o concubinos, en donde la esposa, cónyuge o concubina, ante la publicidad puede resultar más dañadas que en la comisión del mismo delito, ya que en ellos recae el daño y sólo ellos conocen o resienten la magnitud del mismo, por ello es conveniente que el estado otorgue la facultad a estas calidades de los ofendidos para que de acuerdo a ese daño quieran querellarse o no, por lo que la víctima tendrá la facultad de querellarse de acuerdo con el daño sufrido y si la magnitud del daño es elevado se pondrá en conocimiento del Ministerio Público, pues no hay que olvidar que la querrela es un medio por adecuarse a la concordancia y el buen desenvolvimiento de las relaciones humanas, tan es así que el mismo estado hace excepción por motivos del bien público.

**CAPITULO IV.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA,
MATRIMONIO Y CONCUBINATO.**

4.1.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA.

4.1.1.- FINES SOCIALES DE LA FAMILIA.

4.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

4.2.1.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

4.2.2.- CONCEPTO JURÍDICO DEL MATRIMONIO.

4.2.3.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL MATRIMONIO.

4.2.4.- DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

4.3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCUBINATO.

**4.3.1.-REQUISITOS QUE SE REQUIEREN PARA RECONOCER EL
CONCUBINATO.**

4.3.2.- CONCEPTO DE CONCUBINATO.

**4.3.3.- EFECTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL
CONCUBINATO.**

4.3.4.- EXTINCIÓN DEL CONCUBINATO.

CAPITULO IV.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA, MATRIMONIO Y CONCUBINATO.

4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA.

El conjunto de disposiciones jurídica que organizan y estructuran a la familia a través de su evolución histórica, se caracterizan principalmente por su naturaleza imperativa e irrenunciable. En efecto por razones de orden público, poco a poco se ha sustraído de la voluntad de los particulares la posibilidad de establecimiento de normas reguladoras de las relaciones de familia, considerando la familia como una institución jurídica, Luis Villoro Toranzo al hablar de Institución Jurídica dice que éstas "pueden comprender varios conceptos y varios principios valorativos, pero en ellos los esquemas menores están estructurados en una visión de conjunto que versa sobre un mismo tema que les da unidad y sentido por tener como fin la realización de determinados valores en un campo determinado.[1]

La Institución Jurídica para García Maynez, "Es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza." [2].

La institución Jurídica de acuerdo a lo mencionado sería, un conjunto de preceptos jurídicos organizados de acuerdo a las relaciones que reglamentan.

[1] Villoro Toranzo Luis, Introducción al Estudio del Derecho, pág. 244.

[2] García Maynez Eduardo, "Introducción al estudio del derecho", Edit., Porrúa, México, pág.

Siendo la familia el germen de las virtudes del ciudadano y del hombre útil a la sociedad, el Estado cuyo interés coincide en este aspecto con el de la familia, debe intervenir ciertamente para que este grupo social cumpla la función que le está encomendada; la intervención del estado, si ha de ser eficaz, debe tender a dictar las medidas protectoras de orden moral, económico o social que fortalezcan a la familia misma, y le permitan llevar de la mejor manera posible sus finalidades naturales, que son la procreación y la educación moral, intelectual y física de los hijos.

Así los deberes y derechos otorgados y establecidos mediante una norma de carácter familiar para regular las relaciones familiares, son irrenunciables e imprescriptibles además de ser recíprocas. Ello indica que la sola voluntad de los sujetos no puede alterarlas o suprimirlas sino que se hace necesario la intervención de la autoridad del estado y, además, que muchas de las facultades no se pierden merced al simple transcurso del tiempo.

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

Atendiendo a los derechos y deberes que crea y reconoce la ley, la unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son familia

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

Por lo que al concubinato también se considera como parte de la constitución de la familia cuando se cumple con los requisitos mencionados en la ley, por que existe una regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del concubinato que al igual que en el matrimonio es la procreación de los hijos, regulada por la institución de la filiación.

4.1.1. FINES SOCIALES DE LA FAMILIA.

Si bien la institución del grupo familiar, tiene un origen biogénico que se prolonga en la protección y crianza de la prole, no debe olvidarse que la familia cumple una función de sustento y educación de los miembros del agregado familiar, que se resumen en la procreación y en la supervivencia de la especie.

En nuestra sociedad, lo fines de la familia no se agota en las funciones de generación y defensa de los miembros, las personas que forman el grupo, tienen fines no sólo biológicos sino también de orden psicológico, agregándose la formación integral del individuo a la sociedad y en función de ella, se requiere de la solidaridad del grupo doméstico, de la existencia de lazos de unión no sólo externos, sino fundamentalmente psíquicos, internos de orden ético y jurídico. De allí, la influencia decisiva de normas de orden moral y religioso que caracteriza el derecho de familia, de esta brotan las virtudes, defectos y solidaridad humana.

También en la familia descansa el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales y no patrimoniales, que se desarrollan en el seno de la familia. explican por una parte, la existencia de ciertos deberes típicos familiares, como la prestación de alimentos entre cónyuges y parientes, algunas obligaciones recíprocas entre la pareja ya sea de matrimonio o concubinato, la tutela etc.

4.2.- NATURALEZA JURICA DEL MATRIMONIO.

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio existen diversos criterios, y entre los más discutidos, los que la explican como un acto jurídico, institución jurídica, contrato ordinario y como contrato de adhesión, todas estas figuras se explican en relación a la característica preponderante que cada autor encuentra en la conceptualización jurídica del matrimonio, sin embargo únicamente se mencionara al matrimonio como acto jurídico por ser el más aceptado por la diversidad de autores..

El matrimonio como acto jurídico es una de las primeras respuestas a la búsqueda de la naturaleza jurídica del matrimonio.

Pallares define el acto jurídico como " El acto de voluntad humana que produce efectos legales" (3).

(3).Pallares Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, pág. 66

Otra definición la encontramos en el diccionario jurídico, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, que dice que el acto jurídico, "Es la manifestación de voluntad de dos o más personas encaminadas a producir consecuencias de derecho, que puede consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos subjetivos y obligaciones que se apoya para conseguir esa finalidad en la autorización que en tal sentido le concede el orden jurídico.

Resumiendo, que el acto jurídico es la manifestación de la voluntad de una o más personas para producir efectos jurídicos.

Deduciendo de lo antes señalado, que el matrimonio es un acto jurídico, ya que surge de la manifestación de la voluntad de los que lo contraen, de acuerdo con los preceptos que lo regulan y una vez realizados producen consecuencias jurídicas previamente establecidas en la ley.

4.2.1.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.-

Los elementos de existencia en el matrimonio como todo acto jurídico, para que el matrimonio se declare jurídicamente existente, es necesario que se conforme por elementos esenciales, es decir, "aquellos elementos sin los cuales el acto Jurídico no puede existir, pues, faltaría al mismo un elemento de definición". (4)

(4) Rojas Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, 10a. edición, México, Porrúa, 1992, pág. 234.

El objeto y el consentimiento son los requisitos de existencia de todo acto jurídico debe contener, pero en el matrimonio existe un tercer elemento que es la solemnidad, la exigencia de ésta última la podemos entender en el sentido de que el matrimonio es de interés público por ser la base para una buena organización del estado .

El consentimiento en el matrimonio, es la exteriorización de la voluntad de la mujer y del varón, en el sentido de que desean unirse en matrimonio, el consentimiento como un elemento esencial únicamente se refiere al manifestación de la voluntad, de forma expresa y verbal por comparecencia personal de los consortes o por apoderado especial.

El objeto en un sentido general, consiste en el motivo o fin por el que se realiza el acto jurídico, es decir el objeto es lo que se persigue al celebrar el acto jurídico, al decir que es una manifestación de la voluntad con el objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derecho y obligaciones., y como fines o motivos del matrimonio se tiene la ayuda mutua entre dos personas, la perpetuación de la especie, pero el motivo principal es la unión de un hombre y una mujer.

Ahora bien el objeto debe ser físicamente y jurídicamente posible, entendiendo por posibilidad física que a la realización de una determinada prestación no se oponga la ley de la naturaleza.

Por posibilidad jurídica del objeto consiste en que cuando se celebre el acto jurídico lo que se pacte no contravenga alguna norma legal.

La solemnidad, consiste en el conjunto de formalidades que la ley exige para que un acto jurídico sea válido y en el caso del matrimonio para que exista, como lo establece el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con la formalidades que la ley exige".(5)

4.2.2. CONCEPTO JURÍDICO DE MATRIMONIO.

El término matrimonio ha dado lugar a varias interpretaciones etimológicas, todas en función de su raíz latinas. la más aceptada es la que lo deriva de la palabra latina, la cual procede de las voces matriz munium, que significa carga, gravamen y cuidado de la madre otras posibles raíces son el verbo monere (advertir, hacer saber, enseña), o munire(preparar, abrir camino).

En todo tipo de sociedad existen dos tipos de matrimonio, el religioso regido por las normas divinas y el civil reconocido por el sistema jurídico de cada estado.

Primero el matrimonio religioso, que es para muchos mexicanos moralmente más importante que el matrimonio civil, ya que es el más profesado, debido a la religión católica.

(5) Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 1996, pág. 15.

El matrimonio religioso esta instituido en la Biblia en el libro Génesis Versículo 24, cuando dice" **EL HOMBRE DEJARA A SU PADRE Y A SU MADRE PARA UNIRSE A SU ESPOSA, Y LOS DOS LLEGARAN A SER COMO UNA PERSONA**".(6)

En cuanto a la definición de matrimonio civil, existen diversas opiniones, estas se explican por la complejidad y riqueza del concepto buscado.

Para Chavez Ascencio, "El matrimonio es un compromiso público y permanente de vida conyugal que trae como consecuencia el vínculo como una comunidad conyugal."(7) Entiende el compromiso, como el acto de voluntad por medio del cual el hombre y la mujer unen sus vidas, conservando de cada uno, su propia personalidad, agrega que es un acto público, ya que interesa a la comunidad, por ser la forma legal de constituir a la familia, y esta a su vez la base fundamental de la sociedad. Además por que la relación tiene duración constante y no es por temporadas, termina señalando que la consecuencia es el vínculo de la comunidad conyugal, es decir, porque es unión de cuerpos y de almas de donde brota una comunión física y espiritual.

Rafael de Pina Vara, nos ofrece un concepto más complejo al escribir que "El matrimonio es una realidad del mundo jurídico que en términos

(6) La Sagrada Escritura, pág. 28.

(7) Chavez Asencio Manuel, "Matrimonio Compromiso Jurídico de Vida Conyugal. Pág. 43."

generales puede definirse, como un acto bilateral, solemne en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes" (8). Cabe aclarar que los contrayentes voluntariamente crean la comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana, así como de cualquier otra situación, siempre y cuando no vaya en contra de la ley. Es decir, la voluntad abarca el cumplimiento de ambas situaciones y no de una sola.

Conceptualizar el matrimonio civil como el vínculo jurídico creado voluntariamente por un hombre y una mujer, cumpliendo con las solemnidades exigidas por la ley, formando una comunidad de vida, teniendo como presupuesto el amor, el cual en esta unión se exterioriza por el respeto, ayuda mutua y las relaciones sexuales, derivando de esta uno de los fines principales que es la procreación.

4.2.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL MATRIMONIO.

El matrimonio como acto jurídico genera efectos jurídicos, dando nacimiento a derechos y obligaciones para los cónyuges, en relación a su persona, bienes e hijos.

(8) De Pina Vara Rafael, 'Derecho Civil Mexicano, 10a. edición, México, Porrúa, 1980.

Las consecuencias jurídicas del matrimonio en cuanto a la **persona de los cónyuges**, una vez celebrado el matrimonio, los cónyuges se sujetan imperativamente por el derecho, al cumplimiento de las obligaciones que de ese acto jurídico emanan, siendo además mutuas y correlativas de un derecho, presentándose las siguientes:.

A) Libertad de procreación, la ley suponiendo que todas las personas al casarse procuran tener hijos, ha señalado que el derecho que tiene toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, en caso de unión matrimonial, éste derecho será ejercido por ambos cónyuges, de conformidad con el artículo 162, segundo párrafo del Código Civil para el Distrito Federal".(9)

Este derecho en el matrimonio tiene correlativamente la obligación a la paternidad responsable y a la planeación familiar, comprendiendo la paternidad responsable, el deber del padre y la madre de comunicar la vida en plenitud, que comprende la procreación, y lo necesario para el desarrollo físico, mental, económico y cultural de los hijos, lo que se concretiza en el ejercicio de la patria potestad. Por planeación familiar se entiende el derecho de determinar el número y espaciamiento de los hijos, así como todo lo relativo a la familia, su desarrollo y cumplimiento de sus propios fines. (10)

(9) Loc. Cit.. Código Civil para el Distrito Federal, pág. 17.

(10) Chavés Asencio Manuel, op cit, pág. 47 y 48

B) Cohabitación en el matrimonio, el deber de los cónyuges a vivir juntos en el domicilio conyugal, para hacer posible el cumplimiento de los deberes matrimoniales, lo que implica que ambos vivan bajo el mismo techo, formando una comunidad de vida íntima entre los consortes; es lo que sustenta el matrimonio como lo establece el artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal.

C) Ayuda mutua en el matrimonio, consiste en la ayuda en que los cónyuges están obligados a prestarse mutuamente, el deber de socorrerse se refiere a la obligación económica-alimentaria y a la realización personal de su pareja, comprendiendo el elemento espiritual, el consejo, la dirección, el apoyo moral, con los que un cónyuge debe acudir a asistir al otro en la distintas circunstancias de la vida.

D) Fidelidad en el matrimonio, es una consecuencia del carácter mógamico del matrimonio, entendiendo a la fidelidad como el respeto mediante acciones u omisiones que uno debe a otro, como consecuencia de la declaración de un buen sentimiento, lo que significa en el matrimonio el deber de fidelidad, es la obligación de abstenerse de la cópula con persona distinta del cónyuge, una conducta decorosa, de tal suerte que no implique ataques a la dignidad y a la honra del otro cónyuge.

E) Igual entre cónyuges, lo que significa la igualdad de derechos y obligaciones del hombre y la mujer, como lo establece la Constitución en su artículo 4, así como los artículos 2 y 168 del Código Civil para el Distrito Federal, que señalan respectivamente "que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia la mujer no queda sometida, por razón de sexo a

restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles", "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales."(11)

F) Derecho del cónyuge supérstite a la sucesión legítima; en caso de que uno de los cónyuges fallezca, el cónyuge que sobreviva tiene derecho a suceder en su patrimonio al de cujus, siempre y cuando éste no haya hecho testamento, en este caso se abrirá la sucesión legítima, que consiste que al faltar el testamento eficaz, los bienes del de cujus son distribuidos de acuerdo con las disposiciones de la ley.

En caso de testamento, el testador está obligado cuando menos a dejar alimentos al cónyuge, que le sobreviva de lo contrario el testamento será inoficioso, pero sólo en caso de que el supérstite no tenga bienes o si los tiene estos no le alcancen para sufragar sus necesidades básicas.

Derecho de los hijos nacidos en matrimonio:

A) La filiación, es decir, la relación que existe entre los padres y los hijos, dicho vínculo al ser reconocido por el derecho engendrará obligaciones y derechos, la ley distingue dos tipos de filiación: la matrimonial y extramatrimonial, según se trate de hijos nacidos en matrimonio o fuera de éste, generando ambos tipos de filiación los mismos derechos y obligaciones, lo único que cambia es la forma de probar dicha relación.

(11) Loc. Cit. Código Civil para el Distrito Federal, pág. 17.

B) Mediante la filiación el hijo podrá ~~exigir alimentos~~ a sus progenitores siempre y cuando los necesite.

C) Además tendrá derecho en su caso a participar en la sucesión legítima del patrimonio de sus padres o parientes de éstos, en caso de que fallezca sin haber realizado testamento o el que se otorgue sea nulo.

En cuanto a los bienes en el matrimonio, la situación jurídica de los bienes al celebrarse el matrimonio, los contrayentes entran en un estado jurídico, es decir, que su vida como pareja estará regulada por el derecho, por lo que al formar una familia deben formar un patrimonio, es decir un conjunto de bienes muebles o inmuebles, que puedan ser valorados en dinero y que sirvan para sufragar las necesidades familiares, por lo que el Código Civil concede a los cónyuges la más amplia libertad para determinar el régimen patrimonial que a sus intereses convenga, con el propósito de regular su vida económica durante el matrimonio, y a veces aún disuelto aquel, por lo que el código citado, ofrece a los contrayentes tres opciones para elegir, que son: régimen de separación de bienes, régimen de sociedad conyugal y régimen mixto, para constituir cualquiera de los regímenes patrimoniales señalados, es necesario la celebración de capitulaciones matrimoniales, las cuales pueden versar sobre bienes presentes y futuros.

4.2.4. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

Es oportuno mencionar que la unión que de la celebración del matrimonio surge es susceptible de desaparecer como estado de vida, no así

algunos efectos que de dicho estado nacieron" dicho de otro modo, no hay disolución de los derechos y deberes que a partir del matrimonio vinculan a los miembros del grupo familiar, aún que éste se disgregue". [12].

Una vez disuelto el matrimonio, los cónyuges quedan en aptitud para contraer otro. Tomándose en cuenta los términos y condiciones que para tal efecto la ley requiere.

La ley reconoce tres medios de disolución del vínculo matrimonial, una de ellas natural (por muerte de uno de los cónyuges) y otras dos judiciales (nulidad y divorcio).

Dentro de las disoluciones del matrimonio por nulidad, se tiene que al no dar cumplimiento con los elementos de existencia y de validez, celebrado el matrimonio, podrá ser declarado como nulo, ya sea, de forma absoluta o relativa, son causas de nulidad de un matrimonio:

1.- Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156 del Código Civil del Distrito Federal.

2.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102, 103, 157, 158 y 159 del Código Civil en el Distrito Federal.

[12] Banqueros/Buenrostro; "Derecho de Familia y Sucesiones", Edít. Harla, México, 1996 Cit. pág. 129.

El divorcio como tercera forma de disolver el matrimonio, se presenta en dos formas de manera voluntaria o necesaria originada por las causales que la ley señala:

Para Montero Duhalt, el divorcio " es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, por causas posteriores a la celebración del matrimonio establecidas expresamente en la ley". (13).

El divorcio voluntario, es el que disuelve un matrimonio por acuerdo de los esposos, sin que tengan que señalar la razón por la que quieren divorciarse. Dicho divorcio puede tramitarse por vía administrativa o por vía judicial.

El divorcio necesario, también llamado causal es aquel que provoca la ruptura de la vida matrimonial, alegando alguna circunstancia o causa que la legislación expresamente indica, este tipo de divorcio se busca unilateralmente, es decir, uno de los cónyuges desea divorciarse alegando alguna circunstancia suficiente para hacer imposible la vida en común como marido y mujer, y cumplir con los derechos y obligaciones del matrimonio, las circunstancias o causas mencionadas son aquellas que el Código Civil señala en las XVIII fracciones del artículo 267 del Código Civil en el Distrito Federal, de las cuales únicamente me referire a las causales , XI y XVI, por relacionarse con el tema de trabajo.

(13) Montero Duhalt, Sara, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S.A., México, pág. 158.

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

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

Causales de las cuales únicamente se hace mención, en razón de que si el cónyuge realiza sobre su esposa el delito de violación, tendrá también la ofendida además de la acción penal, la acción civil para separarse de su cónyuge ofensor por estas causales para el divorcio. y que pueden ocasionar menos daños que el ejercicio de la acción penal que traería como consecuencia la ausencia de la figura paternal y con ello la imposibilidad de exigir o pedir al padre o cónyuge el cumplimiento de sus obligaciones principalmente las que comprenden los alimentos tanto para el cónyuge ofendido como para los hijos del matrimonio.

4.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCUBINATO.

Entre las ideas que se manejan sobre la naturaleza jurídica del concubinato, están las que lo explican como un hecho jurídico y como un acto jurídico.

Como hecho jurídico, la idea del concubinato se deduce de la interpretación de los elementos que componen el concepto en sentido estricto y de algunas consideraciones acerca del concubinato.

El hecho jurídico en sentido estricto, surge de la voluntad del ser humano, por la voluntad de cohabitar de un hombre y una mujer como si fueran esposos.

Los hechos jurídicos en sentido estricto producen efectos jurídicos independientemente de la voluntad de quien los produce, en el concubinato los efectos regularmente no son deseados por las partes.

De lo anterior se advierte que cuando un hombre y una mujer deciden vivir juntos sin casarse lo hacen con el único fin de cohabitar sin pensar en las consecuencias jurídicas que esto da origen.

4.31. REQUISITOS QUE SE REQUIEREN PARA RECONOCER EL CONCUBINATO.

El concubinato se define como la unión de un hombre y una mujer, que sin estar unidos en matrimonio, cohabitan como si lo estuvieran, en donde la ley señala ciertos requisitos, para reconocer legalmente al concubinato, y sus efectos de acuerdo al artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, estos requisitos son: ".(14).

a) Unión de un hombre y una mujer.

(14) Loc. Cit. Editorial Sista, México, 1996, pág. 120.

- b) Vivir juntos durante cinco años o haber tenido hijos en común.
- c) Estar libres de matrimonio o de otra unión similar.

El primer requisito para reconocer al concubinato, es la unión de un hombre y una mujer, este se refiere a la diferencia de sexos, que importante es también para la existencia del matrimonio, ya que es un elemento natural, definitivo para la procreación, si el derecho regula las relaciones.

Vivir juntos durante cinco años continuos o haber tenido hijos en común. Esto quiere decir que el hombre y la mujer que están unidos, deben vivir juntos, es decir, deben cohabitar, tener su domicilio en la misma casa, además esa cohabitación debe ser continúa, no por periodos, sino por cinco años. En este punto puede cumplirse con dicha cohabitación durante cinco años, constantes o bien con el nacimiento de un hijo común, durante el tiempo que vivan juntos.

No se señalan impedimentos similares a los que se establecen en la celebración del matrimonio, tampoco se reconoce al concubinato, entre una persona que se encuentra casada o que tenga relación similar al concubinato, entre adúlteros e incestos.

4.3.2. CONCEPTO DE CONCUBINATO.

Junto al matrimonio que es el acto jurídico que la ley reconoce como generador de efectos no sólo respecto a la pareja y de los hijos, sino también en

relación con otros parientes, existe otra unión llamada concubinato a la cual el derecho la asemeja cada vez más al matrimonio.

La tratadista Montero Duhalt, da un concepto acorde con la Legislación Civil Mexicana, dice: "El concubinato es la unión sexual de un hombre y una mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor si se ha procreado". (15).

Julian Guitrón Fuentesvilla, define al concubinato como: "la unión de hecho de un hombre y una mujer que hayan vivido juntos como marido y mujer, durante cinco años o que hubieren tenido uno o varios hijos, habiendo permanecido ambos solteros durante su relación". (16).

4.3.3 EFECTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL CONCUBINATO.

El concubinato como hecho jurídico, es generador de efectos jurídicos, sin importar que en éste se quiera únicamente la conducta es decir la unión, naciendo por tanto consecuencias en relación a su personas, bienes e hijos.

(15) Montero Duhalt, Sara, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S.A., México, pág. 165.

(16) Guitrón Fuentesvilla Julian, "¿Que es el Derecho Familiar?", Editorial Promociones Jurídicas, México. 1987, Pág. 274.

En cuanto a las personas del concubinato, la ley reconoce efectos jurídicos al concubinato, siempre y cuando reúna los requisitos arriba establecidos, y que son muchos menos rigurosos, que los que se requieren para que exista el matrimonio, a pesar que los efectos jurídicos en el matrimonio y en el concubinato son similares, entre los efectos jurídicos a las personas en el concubinato, son: derecho a alimentos tanto en vida, como mediante testamento inoficioso; además del derecho a la sucesión legítima.

Derecho de los concubinos a alimentos en vida y mediante testamento inoficioso.

La ley civil en su artículo 302, establece la obligación que tienen los concubinos a darse alimentos siempre y cuando se satisfagan los requisitos de cohabitar como esposos, durante cinco años o menos en caso de que hayan procreado, además ambos deben de ser libres de matrimonio o de otra unión similar.

Es una obligación general entre las parejas para darse alimentos, es decir la obligación tanto en la vida de los concubinos, como en caso de que uno fallezca y tenga bienes y el que sobreviva carezca de capacidad económica para sufragar sus necesidades básicas, en éste último caso si el concubino que murió hizo testamento y en éste, no se estipulo alimentos para el supérstite, el concubino vivo podrá reclamar la inoficiocidad de el testamento, siempre y cuando no tenga bienes o los que tuviera no fueran suficientes para cubrir sus necesidades.

primordiales, artículo 1368 fracción V y 1374 del Código Civil para el Distrito Federal."{17}.

Derecho de los concubinos a la sucesión legítima, que en un principio sólo la concubina respecto de su pareja podía heredar, se igualo para ambos concubinos, es decir los dos concubinos tendrán el derecho a heredar mediante la sucesión legítima, lo anterior de conformidad al artículo 1635 del Código Civil; que dice: " Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de éste artículo, ninguna de ellas heredera."{18}

Consecuencias jurídicas del concubinato en cuanto a los hijos, al igual que en el matrimonio, el concubinato produce consecuencias jurídicas con respecto a los hijos, siempre y cuando haya procreación, obviamente, además la procreación es una de las circunstancias que hace que al concubinato se le reconozca efectos jurídicos antes de los cinco años que la ley establece.

Estas consecuencias jurídicas se refieren propiamente a obligaciones que los concubinos tienen hacia los hijos, dichas obligaciones observándolas de forma superficial, parecieren similares a las que genera el matrimonio respecto a los cónyuges e hijos, pero para exigir estos derechos y obligaciones es necesario probar la filiación, es decir la relación que existe entre los padres y los hijos, dicho vínculo al ser reconocido por el derecho engendra obligaciones y derechos.

{17} Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 1996, pág. 120.

{18} Ibídem, pág. 17.

La ley distingue, dos tipos de filiación, la matrimonial y extramatrimonial, según se trate de hijos nacidos durante el matrimonio o fuera de éste, generando ambos tipos de filiación los mismos derechos y obligaciones, lo único que cambia es la forma de probar dicha relación.

Mediante la filiación el hijo en el concubinato, tendrá derecho a la investigación de la paternidad en caso que el padre no lo reconozca voluntariamente, podrá exigir alimentos a sus progenitores, siempre y cuando los necesite, además tendrá derecho en su caso a participar en la sucesión legítima de el patrimonio de sus padres o parientes de éstos.

Derecho de los hijos a recibir alimentos, una consecuencia del concubinato en cuanto a los hijos que por el ángulo que se estudie es justa, es la obligación de dar alimentos a sus hijos. Los hijos menores que por naturaleza están imposibilitados para cubrir sus necesidades merecen la protección que la ley señala, en cuanto a la obligación de los padres a dar alimentos a sus hijos, el Código Civil para el Distrito federal, menciona en su artículo 303 primera parte "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieran más próximos en grado".

Alimentos que deben de ser proporcionados de acuerdo a las posibilidades de quien los debe dar y a las necesidades de quien debe recibirlos, en cuanto a la comida, habitación, vestido y asistencia médica, en caso de enfermedad, y en cuanto a los menores, los gastos necesarios para educación primaria y para proporcionar algún oficio arte o profesión.

Derecho de los hijos de el concubinato, a la sucesión legítima de sus padres en los mismos términos que establece el código civil en cuanto a los hijos de matrimonio.

La consecuencia del concubinato en cuanto a los bienes, la ley no establece nada al respecto, por lo que se entiende que en el concubinato no hay sociedad conyugal y por ende tampoco régimen mixto, como en el matrimonio, por lo que se entiende que cada uno de los concubinos conservan la propiedad de sus respectivos bienes.

4.3.4 LA EXTINCIÓN DEL CONCUBINATO.

La ley civil únicamente menciona las circunstancias que deben presentarse para que se reconozcan efectos al concubinato, pero no establece las causas de su terminación, por lo que a nuestro criterio y tomando como base las circunstancias del nacimiento del concubinato tendremos que las causas son:

- 1.- La muerte de alguno de los concubinos.
- 2.- Cuando alguno de los concubinos se separe.
- 3.- Alguno de los concubinos contraigan matrimonio con otra persona, o que los concubinos contraigan matrimonio entre sí.

Como se puede observar para disolver un matrimonio existen enunciadas causas específicas en la ley y que se hacen valer en un proceso, mientras que para que se disuelva un concubinato basta con la voluntad de algunos de los concubinos, sin que se haga del conocimiento a alguna autoridad.

Ahora bien de la figura del matrimonio y del concubinato se pueden observar consecuencias similares que se generan tanto para la pareja como para los hijos, por lo tanto como se expone en el presente trabajo se propone para ambas figuras la procedibilidad de la querrela en el delito de violación que pudiera sufrir el sujeto pasivo, en razón que las consecuencias que produce el delito serían similares.

CAPITULO V.- EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACION.

5.1.- EFECTOS PSICOSOMATICOS EN EL DELINCUENTE Y LA VÍCTIMA.

5.2.- REPERCUSIONES DE LA SOCIEDAD Y LA FAMILIA EN LA VÍCTIMA DE LA VIOLACION.

5.3.- MEDIDAS DE PREVENCIÓN.

5.4.- TRATAMIENTO A LA VÍCTIMA Y REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL Y MATERIAL.

5.5.- TRATAMIENTO A QUE SE DEBE SOMETER EL VICTIMARIO.

CAPITULO V.- EFECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN

5.1 EFECTOS PSICOSOMATICOS EN EL DELINCUENTE Y LA VÍCTIMA.

Con posterioridad a la comisión de un delito, se producen determinados efectos psicomaticos en el delincuente y en la víctima. En el delito de violación, los efectos que se producen en ambos sujetos activo y pasivo, se encuentran debidamente relacionados con la sexualidad y con la personalidad, siendo más dañinos y profundos en la víctima:

En el delincuente sexual, los efectos que se producen pueden ser de dos formas, la primera puede consistir en que el sujeto disfrute psíquicamente de la satisfacción que obtuvo al cometer la violación, esta satisfacción puede durar por mucho tiempo, o en su defecto desaparecer en un corto lapso, precisamente por haberse disfrutado. En este Caso, normalmente el delincuente reflexiona y aprueba su acción, no obstante que se da cuenta de lo perjudicial que son para la sociedad y para él, las consecuencias de su acto y a pesar de la pública reprobación, el resultado es en muchas ocasiones, la indiferencia y la sobreestimación.

No es extraño observar que los criminales sexuales violentos, se vanaglorian, de lo que ellos consideran "hazañas". Es más, algunos adquieren admiración y respeto entre sus compañeros de barrio y esto los inducen a continuar por la senda del crimen, puesto que a mayor delincuente mayor poderío y admiración.

El violador cuando responde con este tipo de conductas después de cometer un ilícito, se vuelve una persona cínica desvergonzada, sobrestimada, prepotente y autoritaria. Además se manifiesta con una pérdida total de valores morales y sexuales: lo anterior se agrava aún más cuando el delincuente logra evadir la acción de la justicia. Pues, entonces los efectos antes señalados, se pueden convertir en patrones de conducta permanentes. Sin embargo en muchas ocasiones hemos podido observar, que aún cuando ha sido posible procesar a este tipo de delincuentes, estos observan su actitud de cinismo y satisfacción, sin demostrar el mínimo de arrepentimiento. Por el contrario, se burlan y humillan a sus víctimas, tanto en el momento de consumir su acción, como en el procesamiento penal.

Estas actitudes sobreviven a la consumación del delito en algunos individuos representan quizá, el mayor peligro en las conductas posteriores de los delincuentes sexuales.

Por otro lado, la actitud criminal puede consistir en arrepentimiento y desaprobación, resultante de la confesión que hace, el delincuente después de cometer el delito y por el conocimiento que tiene de éste. Una vez que el deseo y las exigencias desaparecen, los complejos, traumas, inhibiciones, etc., aumentan en intensidad y cuando estas conservan cierta moralidad producen en el delincuente arrepentimiento y desaprobación de sus actos.

Este tipo de efectos se han podido observar en delincuentes sexuales que traen consigo sentimientos y valores morales profundamente arraigados, desde su infancia e íntimamente ligados a la educación que recibieron, tanto en lo general como en lo particular, respecto del sexo, así como a la

formación religiosa. Es típico en los delincuentes trastornados emocionalmente en el momento de cometer el delito, o en aquellos que delinquieron influenciados por terceras personas o que se encontraban enervados por el uso de una droga. También es característico en este tipo de personas, que le sobrevengan sentimientos de culpabilidad y remordimiento.

Así pues, los efectos que producen en estas personas y las actitudes que provocan dichos efectos, son preferibles y consecuentemente más deseables que los que resultan en el primer caso mencionado.

Existe otro tipo de delincuentes sexuales, que aparentemente en la comunidad son aceptados normalmente y no se distinguen de los demás agentes ordinarios por su carácter, conducta cotidiana, costumbres, aspecto discreto, ni su actitud respecto a la sexualidad en general. Muchas de estas personalidades sexópatas ocupan sitios relevantes en el círculo social en que viven, en donde habitualmente son respetados. En estas personas los efectos que se producen son de arrepentimiento y ocultamiento, pues, ellos son los más interesados en que no se conozcan sus perversiones.

Pero al cometer una violación, no sólo se producen efectos psicosomáticos en el delincuente, sino también en su víctima.

Cuando la víctima es mujer, los efectos que se producen pueden ser físicos y psicosomáticos.

Los efectos físicos pueden consistir en lesiones en las zonas extragenitales, como pueden ser en la cabeza, mamas, muñecas piernas,

paragenitales, en donde se comprende la zona abdominal, infraumbilical, monte de Venus, zonas de muslos y zonas gluteas, zona genital comprendiendo genitales externos, perineo y ano, examen de vulva, vagina, ano, rompimiento del himen, cuando la mujer es virgen y esto repercutirá en problemas psíquicos inherentes al hecho.

La pérdida de la virginidad produce fuertes trastornos mentales y sociales en la mujer mexicana, pues, tradicionalmente, se le ha requerido la "pureza total", para contraer matrimonio. La mujer al perder su virginidad de manera violenta se encuentra en un estado desfavorable respecto a las demás mujeres y con relación a la vida sexual en general. Consecuentemente, sufrirá problemas y dificultades en relación con los demás, y encontrará muchos obstáculos para lograr sus objetivos sexuales. Independientemente de lo anterior, se producirá una gran frustración en su persona.

Las lesiones psicológicas traen como consecuencia un descontrol psicológico en una víctima de violación, descargando impulsos primitivos y destructivos, presentándose diferentes síntomas donde la víctima puede llegar al homicidio o suicidio, sin perder de vista que las lesiones psicológicas no siempre se presentan de manera inmediata, sino con tiempo posterior, originando una serie de repercusiones psicológicas severas como son la depresión, angustia y obsesión.

En la depresión la víctima del ultraje sexual, se inicia gradualmente con pérdida de interés y confianza, fatiga, insomnio, anorexia, que es la dificultad para concentrarse mentalmente, ansiedad y auto observancia, su crisis depresiva,

presenta características como son: ser exigente y sensible, sentimientos de tristeza, envidia, odio, autoreproches, falta de iniciativa para entablar convivencia.

La angustia, es la respuesta psicológica característica de los seres humanos cuando afrontan una situación en que alguno de sus valores vitales esta amenazado, la angustia tiene su origen en amenazas externas y cada modalidad se genera en situaciones específicas, cuando el miedo va a experimentar abandono, vergüenza o culpabilidad es reprimida se convierte en angustia, la soledad, la culpabilidad y la vergüenza son las fuentes principales de la angustia, la soledad es la reacción a la experiencia de transgredir las normas de la conciencia moral y la vergüenza se genera al peligro de ser humillada.

Obsesión, Se trata en el desarrollo de ideas, las cuales se liberan y desarrollan en la mente del individuo y el sujeto no puede desacerse de ellas.

La víctima del ultraje sexual sufrido, se forma ideas penosas experimentadas conscientemente cuando fue agredida.

Lo efectos psíquicos que se producen en la mujer que ha sido violada, son a menudo de autodesprecio y de odio hacia la sociedad. De las investigaciones que sean realizado con mujeres que han sufrido vejaciones sexuales, se ha podido constatar que posteriormente al hecho ocurrido, se manifiesta en ellas cierta agresividad en todo tipo de actividades sociales; se sienten culpables por haber permitido que ocurriera el delito, se sienten humilladas y ultrajadas en su dignidad de mujer, recuerdan los más mínimos detalles, tanto de la violación misma, como de las situaciones accesorias, se sienten sucias en su cuerpo y en ocasiones les da asco las partes que les fueron vulneradas por el

hombre, algunas sienten odio por si mismas y piensan que no podrán pertenecer jamás a otro individuo, se consideran indignas de recibir amor y sienten temor por salir al exterior, porque piensan que en cualquier momento les puede ocurrir algo semejante.

Aunado a lo anterior se encuentra, perdida total del apetito sexual. El trauma producido en la mente de la víctima al cometerse la violación repercute en sus instintos y deseos sexuales, creando problemas emocionales y psicomaticos que alteran el libido del sujeto. Entre los problemas más graves de alteración sexual que se presentan en la mujer son el vaginismo y la frigidez. El vaginismo es una enfermedad de naturaleza psicósomática, caracterizada por una contracción involuntaria de los musculos de la vagina que llega a veces impedir la introducción del pene y por lo tanto el coito. (1).

La Frigidez consiste en la imposibilidad por parte de la mujer de conseguir el orgasmo en un coito normal (2); otra alteración psicosexual que aparece en las mujeres que han sufrido algún atentado sexual, es la llamada "anafrodisia", que consiste en la falta absoluta de apetencia sexual.

Como se puede observar, en este tipo de análisis sexuales, la mujer presenta gran dificultad para llevar una vida sexual normal, y esto evidentemente repercute en el desarrollo de su personalidad y por lo tanto en su vida futura en sociedad.

(1). Educación Sexual, Salvat, Editores. S.A.; México. 1973. pág. 82.

(2). Revista Contenido. Editorial Contenido; S.A.: Febrero 1980. Número 57

5.2.- REPERCUSIONES DE LA SOCIEDAD Y LA FAMILIA EN LA VÍCTIMA DE LA VIOLACIÓN.

El problema de las violaciones, la mayoría de las veces es agravada por la familia de la víctima o por el medio social en que se desenvuelve. La actitud de rechazo y de repudia por parte de la agente que la rodea, es a menudo más perjudicial que el hecho en si mismo, que de por si es sumamente dañino. El problema en muchos casos, se presenta por que en la familia y en el circulo social de amistades, presuponen que la ofendida tuvo cierto grado de participación. En la mayor parte de los casos, los padres o familiares de la víctima reprochan a esta creyendo que motivo la violación ya sea por el tipo de amistades o por el medio ambiente en que se desenvuelve, o bien, por que incitó al delincuente a cometer el ilícito. En otros casos, se piensa que la víctima pudo haber evitado la violación y que sin embargo no lo hizo.

Actualmente, se considera que la mujer puede impedir que la violen sexualmente, con sólo no cooperar ni voluntaria ni forzadamente con el delincuente. de tal manera, que si se considera que la mujer es víctima de un atentado sexual consintió en el hecho o peor aún, motivo al criminal para que lo realizará.

Sin embargo, las repercusiones sociales que sufre la víctima tanto en su familia como en el circulo social en que se desenvuelve son a todas luces perjudiciales, por lo que respecta a la familia, los padres y hermanos tienden a rechazar al ofendido. la repudian, por que lo consideran mancebado, corrompido, su actitud es hostil y agresiva; reprochan a la víctima que las han deshonrado y

que los han cubierto de vergüenza ante la sociedad; en algunas ocasiones las golpean y en otras muchas las segregan y la expulsan del domicilio, por lo que no es extraño que las víctimas, posteriormente se dediquen a la prostitución eviten que tal noticia se propague en la comunidad y por lo mismo influyen en la víctima para que no denuncien los hechos, ante las autoridades competentes, temen la burla y el señalamiento de esa sociedad que los rodea; algunas familias remiten al ofendido con parientes lejanos, a lugares distantes del medio que los circunda y pocas en realidad, le prestan ayuda eficaz y comprensiva. En estas últimas generalmente surgen sentimientos de odio y venganza en contra del delincuente.

Problema mayor se le presenta a la víctima en el círculo social que frecuenta. los amigos si son sinceros, representan una gran ayuda para la víctima, la aconsejan, y de ellos recibe un eficiente apoyo moral, pero en realidad las cosas, es que la mayor parte de las amistades se tratan de aprovechar de la situación en que se encuentra la mujer ofendida y en la mayoría de los casos, desean abusar de ella sexualmente, pues, piensan que por lo ocurrido, ya no tiene nada que perder. Cuando la noticia se extiende más allá de las amistades, hacia otros círculos sociales, como la escuela y el trabajo, la situación parece no variar mucho. Los compañeros de clase, así como los de trabajo; también piensan que la mujer que ha sido víctima de violación, puede tener relaciones sexuales con cualquier sujeto que se le presente, pues, consideran que su virginidad y honestidad, ha sido sobajada.

5.3 MEDIDAS DE PREVENCIÓN.

Debemos entender por prevención, " el conjunto de medidas tendientes a superar o a destruir los efectos etiológicos de la delincuencia"(3)

La profilaxis criminal se basa en el conocimiento de las causas y las dinámicas de las distintas actividades criminales, y su finalidad es el eliminar o limitar todas las condiciones biopsíquicas y sociales que directa e inmediatamente, favorecen el desarrollo de los diversos fenómenos criminales.(4)

Se debe distinguir entre la prevención encaminada a evitar el nacimiento del delincuente sexual, prevención encaminada a evitar que los delincuentes sexuales puedan cometer violaciones y la prevención post-delictual (punitiva o correctiva), que se refiere a las medidas de corrección, seguridad que se impone a los condenados con tendencias a delinquir nuevamente

Las cuales consideramos son de vital importancia, pues entre las primeras tenemos a la sociedad, la educación, la religión, la familia, situación económica, medios de comunicación, etc. En la segunda tenemos; caminar en zonas iluminadas, evitar los lugares oscuros., no seguir una rutina fija, no aceptar invitaciones de extraños , instalar rejas, ofensículas, chapas y visores (mirillas) en la casa etc. medidas de prevención que son necesarias encausarlas adecuadamente y aplicarlas para evitar ataques sexuales.

(3) Revista mexicana de Derecho Penal.- Cuarta Época Numero 19: Enero- Marzo 1976, pág. 34

(4). Orellano Wiarco, Octavio. A. "Manual de Criminología", Editorial, Porrúa; México, 1968. Pág. 246

5.4. TRATAMIENTO A LA VÍCTIMA Y REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL Y MATERIAL.

Por lo regular criminólogos, sociólogos, penalistas y demás versados en la materia, se han concretado a estudiar el tratamiento que se le debe de dar al delincuente, olvidándose de la persona que directamente recibe el daño, la "víctima".

En el delito de violación como anteriormente lo hemos visto, la víctima quizá sufre mayores consecuencias, psíquicas y sociales que en otros tipos de delitos, es por eso creemos que se proporcione un tratamiento especial, que dignifique y readapte a ésta en la sociedad.

La creación de organismos especiales como el DIF DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA así como de otros organismos que participen de manera general y no sólo en la familia para ayudar a la víctima en los delitos de violación a superar las crisis o traumas, y que funcionen en cada colonia, o municipio, ya que esto es de suma importancia para la adaptación; instituciones que se conformen por profesionistas, en psiquiatría, psicología, leyes, sociología, trabajo social, etc., así como por padres de familia, personas altruistas y en general personas que deseen cooperar de alguna forma con la víctima. Teniendo por objeto el orientar a los ofendidos en los trámites legales ocasionados por el delito de violación, así como colaborar para la adaptación social de la víctima mediante consejos, terapias, orientaciones y sobre todo brindándole apoyo moral necesario para integrarla al medio social que lo rodea, al mismo tiempo intervendría favorablemente la familia de la víctima, orientándola y instándola a cooperar con la víctima en la superación de su problema, desde el comienzo de la

humillación hasta su total recuperación, incluyendo en ello el proceso penal que se conforme por la denuncia del delito.

Especialización de grupos, en el funcionamiento de dicho organismo, integrado por mujeres que le den mayor seguridad, y confiabilidad a la víctima, evitando con esto la ocultación de las violaciones que nos son denunciadas y la impunidad, por el temor de ser humilladas y maltratadas por las autoridades que conozcan de los asuntos y la falta de atención, respeto y dignidad que merecen. por lo que no sólo se hace necesario conformar a la autoridad encargada de la persecución de los delitos como lo es el Ministerio Público que conozca de delitos sexuales, con mujeres de distintas profesiones que le de mayor confiabilidad a la víctima denunciar el delito como sucede en las Agencias especializadas en delitos Sexuales, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, sino que también se conforme a la autoridad judicial, con juzgados especializados en delitos sexuales , en donde participen exclusivamente mujeres que le permitan a la víctima no sólo proseguir el procedimiento penal que dio origen con la consignación que la autoridad investigadora hizo de los hechos denunciados por la víctima, sino también obtener la verdad de los hechos denunciados y castigar debidamente al victimario para no quedar impune si incurrió en un delito de tal naturaleza.

Por último se propone la implantación legal de un tratamiento psicosomático y social en instituciones que el estado regule, especialmente en los casos de delitos sexuales. Considerando que este tipo de tratamiento podría costearse por el delincuente como sanción y para efectos de reparación del daño que en este tipo de delitos se hace necesario, como lo establece el artículo 30 en su fracción II del Código Penal Federal, y en caso que el delincuente careciera de

recursos económicos, suficientes, el estado asumiría la responsabilidad de proporcionar dicho tratamiento al ofendido, pues como dice Carrara, se debía de establecer la responsabilidad subsidiaria del estado para el resarcimiento del daño, consistiendo en la creación de una caja pública cuyos fondos se formarían con las multas impuestas por los delincuentes, recurriendo a ella para indemnizar a las víctimas de los perjuicios sufridos por los delitos consumados, tanto materiales como psicológicos, de las personas insolventes o en los casos de los delitos en los que se causen daños, y el responsable no logre cubrirlos, asegurando con ello la plena salud física y mental de la víctima y consiguientemente su propia recuperación de los daños sufridos tanto materiales como psicológicos, y en esto último la importancia de la participación de la psicoterapia como tratamiento en la víctima.

Partiendo que la sanción penal como pena pública que se imponga al delincuente, no basta para que la mujer se siente segura y reivindicada, por el hecho sufrido, se hace necesario que se le proporcione un tratamiento psicoterapéutico especializado para ir desalojando las secuelas negativas que deja la violación o la que Birgness y Holmstram llaman Síndrome de Trauma de Violación mismos que causa los siguientes efectos en la víctima:

Incomodidades físicas, dolor corporal generalizado, trastornos en el sueño, cambios en el sistema de comidas, reacciones emocionales, como la humillación, el sentimiento de autculpabilidad, el deseo de venganza y notables cambios en el estado de ánimo, pesadillas persistentes, aparición de diversos temores y fobias, la cual persiste por algunos años alterando la reacción de la víctima frente a los encuentros sexuales, por lo que algunas mujeres evitan todo tipo de relación con hombres ya sea sexual o socialmente, así mismo en lo futuro

puede experimentar dificultades en la excitación sexual o en la propia actividad sexual, tales dificultades pueden ser un deterioro en la lubricación vaginal, pérdida de la sensibilidad genital, dolores durante el coito, vaginismo y pérdida de la facilidad para alcanzar el orgasmo.

Por lo tanto la violación cambia el modo en que la víctima se percibe así misma, a los demás y al mundo en que lo rodea, respecto a su persona es una pérdida total del "Yo", con la que se produce una sensación de vacío y aislamiento de si mismo y de la sociedad.

Como podemos darnos cuenta la víctima de la violación puede mostrar un estado de gran ansiedad, desorganización, shock y desconfianza.

Por lo consiguiente es de suma importancia que la víctima reciba un tratamiento integral de manera inmediata tanto en el aspecto físico como en el psicológico, se hace énfasis a ésta porque la víctima se ve obligada en la violación a participar en todo tipo de actos sexuales que van desde los meramente genitales, orogenitales o anales o de las tres formas a la vez, aunados a otros tipos de humillación y degradación, ya que en ocasiones también es insultada, golpeada, etc. y como el ataque se presenta de manera totalmente inesperado, todas las formas de defensa quedan inútiles, presetándose un vivo sentimiento de impotencia, descontrol y vulnerabilidad, afectando estos trastornos la autoconfianza y la autoestima, otro rasgo que también presentan alguna de las víctimas es la apariencia de tranquilidad, igualmente se observa aturdimiento, ofuscadas, reprimidas y calladas, les resulta difícil concentrarse y tomar decisiones.

De tal suerte que, "que al conjunto de todos estos efectos y síntomas que pueden presentarse de manera inmediata o a largo plazo se les denominará síndrome de traumatismo post-violación " (5)

Para la reparación del daño moral y físico, primeramente es necesario establecer el concepto de daño, así como las distinciones entre resarcimiento e indemnización, " daño es todo lo que produce la pérdida o disminución de un bien, el sacrificio, deterioro o menoscabo de una cosa, pudiendo ser el daño mora o material, este último consiste en un menoscabo pecuniario al patrimonio de un tercero. Por daño moral, la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

El resarcimiento implica una gama amplia de daños, incluyendo perjuicios, lesiones personales y menoscabos de la propiedad, en donde la reparación del daño es a cargo del delincuente, el cual puede pagar directamente por medio de su trabajo o a través de terceras personas, como es el caso de empleadores, padres, tutores, descendientes, directores y propietarios de empresas talleres, etc.

La indemnización es la reparación del daño proporcionado por el estado u otro fondo establecido para tal fin.

(5) Oseguera Víctor Manuel " Mujer Víctima de Violación un Síndrome Único en perspectiva Sexológica" No.7, pág. 5.

Ya hemos tratado el punto en lo concerniente a la reparación del daño, para que opere el perdón del ofendido en los delitos que se persiguen por querrela de parte conforme a nuestra legislación, en donde se comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito o el pago del precio de la misma, sino fuera posible su restitución; la indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima, y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, sin embargo creemos que es muy difícil que la víctima del delito de violación pueda sentir que se le ha "reparado", el daño de que ha sido objeto, ya que no puede repararse con dinero, como si se tratara de reparar algún objeto, insistiendo que lo fundamental es que vuelva a sentir en la medida que sea posible la tranquilidad y estabilidad psicológica que gozaba hasta antes de ser violentada, y esta no se puede cuantificar para llegar posteriormente con las autoridades y tabulizar las emociones y sentimientos negativos producto de la violación.

"En el delito de violación las víctimas no sufren un daño material ya que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual, en donde se lesiona su tranquilidad corporal y su vida, al obligar a la víctima, física y moralmente a copular con quien no se desea hacer, sufre una alteración psicopatológica que afecta la personalidad del sujeto pasivo, ocasionando traumas como se ha mencionado; y que por lo tanto necesita un tratamiento especial, pues desde el momento en que se pone en conocimiento el hecho delictivo a las autoridades, y durante el procedimiento hasta que la víctima se recupere se hace necesario un tratamiento médico y psicológico a la víctima. considerando que dicho tratamiento debe ser cubierto por el activo o el delincuente como reparación del daño moral así como de las lesiones físicas que

se ocasionen como ha quedado especificado líneas arriba, además que para la reparación del daño en los delincuentes reos, se les debe de dar la oportunidad de tener un trabajo o realizar alguna actividad que les permita reparar el daño, y en caso de no tener recursos como se dijo el pago de la reparación del daño se debe realizar por el estado subsidiariamente.

En cuanto a los consecuencias psicomaticos que produce el delito de violación entre cónyuges o concubinos o llamados por otros "víctimas legítimas". consideramos que no son tan graves como las efectuadas por una persona extraña a la víctima o una conocida con la que no se ha tenido ningún tipo de relación sexual; pues el esposo o concubino que imponga la cópula con el uso de medios violentos a su pareja, con la cual ha existido una relación más o menos estable y duradera, con la que se ha formado una familia, se ha convivido y mantenido el conocimiento mutuo de cuerpos y comportamientos sexuales, en donde puede surgir el arrepentimiento del sujeto activo ya sea por la educación recibida, ideas religiosas, posición social, o por temor de haber puesto en riesgo la unión familiar, y haber humillado y ultrajado a su pareja, y en la cual la mujer puede sentirse efectivamente atacada en su dignidad por su pareja, pero no creemos que se presenten las mismas consecuencias como cuando se arrebata la "pureza total", para contraer matrimonio si este ya se realizó, ni puede sentirse en un estado desfavorable en cuanto a las demás mujeres con relación a su vida sexual en general, pues esta se ha realizado sexualmente con su pareja, tampoco consideramos que pueda sentirse indigna de recibir amor, si ha existido y además puede existir el amor a los hijos, no puede existir el temor de salir al exterior y convivir con compañeros de trabajo, pues el delito no se realizó en el exterior, ni es público, si no en el hogar y por su pareja, no creemos que pueda existir rechazo y repudio por la gente que la rodea ya sea de la familia o sociedad, en la

cual se pueda creer que la mujer provocó el delito de violación o incitó a que se cometiera la cópula sin su consentimiento y por medios violentos por su pareja, si era el propio marido o concubino con el cual de manera voluntaria podía realizar el coito de haberse querido así, tampoco consideramos que la esposa o concubina se pueda dedicar a la prostitución por el hecho que sufrió, si puede existir el arrepentimiento de su pareja, además de la conservación de su familia e hijos.

Pensamos por el contrario que este tipo de delito de violación entre cónyuges y concubinos de difundirse y publicarse pudiera ocasionar mayores daños de los sufridos, razón por la cual sólo la propia mujer puede medir los daños que pueda sufrir en caso de denunciarlos o no, tomando en consideración que puede llegar a perder al cónyuge o concubino que la mayoría de los casos es quien proporciona lo necesario para el sostenimiento de el hogar, y con ello una total desintegración familiar, ante la imposibilidad de otorgar a los hijos lo necesario para su manutención y quedar en completo desamparo, pudiendo ser por lo tanto el daño mayor, que el hecho realizado en el cuerpo de la pasivo., por lo que sería preferible conservar las relaciones familiares que imponer una pena susceptible de romperlas definitivamente o agravar los conflictos en la familia, sin dar al victimario la oportunidad de arrepentirse y reparar los daños físicos y psicológicos ocasionados a su pareja y familia, en los cuales se pudiera resarcir el daño moral a través de tratamientos médicos y psicológicos que recibiera tanto el victimario como el ofendido, y estar así en la oportunidad de que la víctima otorgue el perdón.

5.4 TRATAMIENTO A QUE SE DEBE SOMETER EL VICTIMARIO.

El artículo 77 y 78 del Código Penal, para el Distrito Federal antes de su reforma, establecían respectivamente: "Que corresponde al ejecutivo Federal la ejecución de las sanciones, con consulta del órgano técnico que señale la ley."

"En la ejecución de las sentencias y medidas preventivas, dentro de los términos que en ésta se señalan y atentas las condiciones materiales existentes, el ejecutivo aplicará al delincuente los procedimientos que estime conducentes, para la corrección, educación, adaptación social de éste, tomando en cuenta como base los siguientes procedimientos:

I.- La separación de los delincuentes que revelen diversas tendencias criminales, teniendo en cuenta. las especies de delitos cometidos, las causas y móviles que hubieren averiguado en los procesos, además de las condiciones personales del delincuente.

II.- La diversificación del tratamiento durante la sanción para cada clase de delincuentes, procurando llegar, hasta donde sea posible, a la individualización de aquellas;

III.- La elección de los medios adecuados para combatir los factores que más directamente hubieren ocurrido en el delito y las de aquellas providencias que destruyan los elementos anti-éticos a dichos factores; y.

IV.- La orientación del tratamiento en vista de la mejor adaptación del delincuente y de la posibilidad para éste, de subvenir con su trabajo a sus necesidades. [6].

Actualmente, el artículo 78 antes mencionado fue derogado y el 77 conserva su redacción, más sin embargo creemos oportunamente señalar que para un mejor tratamiento al victimario es necesario contar con lo siguiente:

A).- Creación de instalaciones adecuadas.

B).- Contar con personal ampliamente especializado en el tratamiento de delincuentes sexuales.

C).- Realizar un estudio psiquiátrico y social en el delincuente sexual, con el fin de averiguar las causas que motivaron el acto delictivo y determinar el tratamiento más idóneo para la erradicación de los fenómenos etiológicos.

D).- Un programa completo de educación sexual basado y encaminado hacia el criterio individual de cada delincuente, reforzado con indicaciones médicas y con los informes psicosociales que previamente se hayan recopilado.

E).- Tratamientos psicológicos, fisiológicos o mixtos dependiendo de la causa que dio origen a la conducta delictiva, dentro de este tipo de terapia podemos señalar las siguientes: terapias de grupo, psicoanálisis, psicoterapias, tratamiento hormonales, electro shock, etc.

F).- Una investigación y tratamiento a la familia del delincuente sexual, con el objeto de educar y orientar a ésta en las diferencias que denoten, así como para lograr una eficiente cooperación en el tratamiento penitenciario y post-liberacional del criminal.

Pensamos que al cónyuge o concubino que realizara la cópula sin consentimiento de su pareja empleando la violencia se le debe dar el mismo tratamiento señalado, pero además se le debe dar la oportunidad de obtener su libertad bajo caución y garantizar la reparación del daño moral, siempre y cuando sea para el bien de la familia conformada y para mostrar arrepentimiento en el delito y estar en posibilidades de reparar el daño causado a su pareja y familia por su conducta. Pues en caso de no ser su deseo mostrar su arrepentimiento o reparar el daño ocasionado y procurar el bienestar familiar, se negara o se revocara su libertad según sea el caso.

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

El delito es reconocido como tal, desde el momento en que la sociedad le asigna dicho carácter, atribuyéndole cierto castigo, la diversidad de criterios doctrinales acerca del delito, coinciden en citar los elementos esenciales de éste, aunque con distintos enfoques y opiniones. como sucede en el causalismo y el finalismo.

El causalismo, como derivación de una concepción filosófica naturalista y positivista que surgió a fines del siglo pasado, se planteo la necesidad de extraer la teoría del delito de la propia ley, surgiendo así la dogmática jurídico penal. manejando una relación de causa efecto, para explicar el delito, teniendo como primer elemento, la acción, en la que interesa únicamente la manifestación de la voluntad para la ejecución de los movimientos corporales, no así la finalidad de esa acción que como proceso subjetivo corresponde al estudio de la culpabilidad. La acción es "ciega". El causalismo coloca en el plano objetivo a la acción, la tipicidad y la antijuricidad; a la culpabilidad pertenece lo subjetivo.

La tipicidad para el causalismo, aparece cuando la conducta encuadra en el tipo, en la norma, pero este encuadramiento es en relación a los elementos objetivos del tipo, la aparición de los elementos subjetivos del tipo, son llamados elementos objetivos porque aparecen en la Ley; La antijuricidad como elemento objetivo, es considerado como la contradicción a la norma de derecho., la culpabilidad, como elementos subjetivo, estudia el dolo y la culpa, como formas de culpabilidad, a la imputabilidad como presupuesto de la propia culpabilidad.

El sistema finalista aparece inspirado en la filosofía de los valores, corriente filosófica que surge en Alemania a principios del siglo, y que cuestiona los postulados del sistema causalista.

El sistema de la acción finalista, se considerada que la acción u omisión, son dirigidos aun fin determinado por la voluntad del agente, por lo cual la acción es "vidente", en donde lo importante no es el resultado como en el causalismo, sino la propia acción.

En el finalismo se plantea que cuando se ejecuta una conducta se toma en cuenta la finalidad de la misma y sus efectos concomitantes, pero esta finalidad está en su mente, en el campo subjetivo.

En el finalismo se considera que al tipo corresponden elementos objetivos y subjetivos (también normativos) y que dentro de los elementos subjetivos aparecen el dolo y la culpa, y a la culpabilidad se reserva el papel de llevar a cabo "el reproche" de la conducta típica, apoyando la posibilidad de poder actuar, en el conocimiento de la antijuricidad y en la exigibilidad de conducta diversa a la ejecutada. La culpabilidad "reprocha" que el sujeto no se haya motivado en el sentido exigido por la norma; En la antijuricidad es el juicio de desvalor de la acción con el ordenamiento.

Teniendo específicamente que de las concepciones del delito de violación analizadas por los autores y de la descripción del artículo 265 del Código Penal Federal los siguientes elementos: A) Una acción de Cópula (normal o anormal); B) Que esa cópula se efectúe en persona de cualquier sexo; C) Empleando como medio para obtener la cópula, a) la violencia física, o b) la

violencia moral; en el primer elemento la cópula en el delito de violación, queda incluida tanto la cópula normal (coito), penetración del pene en la vagina, como la cópula anormal, la introducción del pene, por vía anal u oral o cualquier sustituto del mismo por vía vaginal u anal, con independencia del agotamiento fisiológico, y de las consecuencias posteriores a la cópula.

Otro elemento que se considera dentro del delito de violación es de que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin distinción alguna, la ley refiere "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.

Por lo tanto son 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. Esto obedece a que cualquier ser humano puede sufrir la unión carnal impuesta por medios coactivos, atacando su seguridad y su libertad sexual.

La violencia como tercer elemento referido 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, pudiendo ser:

a) La violencia física entendida como la fuerza material que para cometer un delito se hace a una persona, se caracteriza porque se constriñe físicamente al ofendido para realizar en el la fornicación, acciones compulsivas ejecutadas materialmente en el cuerpo del pasivo para superar e impedir su resistencia muscular. y b) La violencia moral en el delito de violación de acuerdo a lo anterior, consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza,

que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir el ayuntamiento que en realidad no ha querido.

Consideramos que se debe contemplar a demás de los elementos antes señalados, que la cópula violenta se realice "sin voluntad del ofendido", y la cual consideramos aún de importancia, por que se puede presentar el uso de la violencia ya sea física o moral, para la cópula con el consentimiento del ofendido, sin que exista con ello el delito de violación, razón por la cual la ausencia del consentimiento aunada a la violencia es lo que debe caracterizar a la violación, para decir que la violación es el robo sexual.

El bien jurídico tutelado en el delito de violación, no es la virginidad, la castidad ni la honestidad, sino la libertad sexual de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofendida no sea virgen, no excluye de responsabilidad, tampoco en el delito de violación se le concede primacía a la ofensa que sufre el pudor de la víctima, sino por lo general es la libertad sexual como el objeto que la ley protege en el delito de violación,

Indudablemente que con la violación puede lesionarse el pudor y la honestidad del sujeto pasivo y su seguridad, tranquilidad e incluso su integridad corporal o su vida, pero lo que el legislador tomo en cuenta al tipificar el delito, fue la agresión que el sujeto pasivo sufría sobre su libertad cuando era limitada en su manifestación sexual; coartando su libertad, obligándose material o moralmente a copular con quien no desea hacerlo, o realizar la cópula cuando no se deseaba.

Actualmente el Código Penal Federal, en su título Decimoquinto, pone de manifiesto que el bien jurídico tutelado es la " libertad y el normal desarrollo psicosexual". Lo anterior da la idea, que si el bien jurídico es la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual, se protege no sólo la libertad que se vulnera al imponer la cópula con medios violentos, sino también las consecuencias que produce la realización del evento como son las alteraciones psíquicas en las cuales se encontrará el sujeto después de haber sufrido la violación , por lo tanto la integridad psíquica del individuo, es uno de los aspectos importantes que se protegen en el delito, ya que los traumas psicológicos con los que quedan éstos sujetos son difíciles de superar, sino llevan o cuentan con un encausamiento o tratamiento adecuado para superarlo, y que desubican temporalmente de la realidad o del ambiente que le rodea a la víctima.

Considero que la exigencia por medios violentos de la cópula a la cónyuge, no puede quedar amparada por el abuso de un derecho como lo ha sostenido la Corte, en razón que los derechos individuales están condicionados por los derechos de terceros, tanto la cópula en si misma y considerada en el matrimonio es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona puede hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos como lo prevé el artículo 17 Constitucional, reclamar el cónyuge cópula por medios violentos no consentidos por la esposa, nos parece resabio humano.

Es legal concluir que el delito de violación previsto en el artículo 266 del Código Penal Federal así como los que contemplan las legislaciones locales, existe entre consortes, basta que la cópula se imponga por medio de la violencia física o moral, para quien la ejercite, se haga acreedor a la sanción

correspondiente. De ahí que resulta irrelevante que el sujeto activo sea esposo de la ofendida, lo que tal carácter no purga la falta de voluntad de ésta para realizar el acto sexual, la cual si bien se encuentra restringida dentro del matrimonio, la negativa de la mujer para acceder a la reserva sexual que debe al esposo, de ninguna manera autoriza a éste a ejercer su derecho por medio de la violencia, sostener lo contrario implicaría, por una parte hacer una distinción donde la ley no lo señala y por la otra hacer justicia por si misma, ejerciendo violencia, lo cual se encuentra prohibido en el artículo 17 Constitucional.

Así mismo concluyo que jurídicamente si existe el delito de violación entre concubinos, pues, no hay ninguna obligación de prestar o acceder a la relación sexual por vías violentas, además que tanto entre concubinos como en cónyuges, existen obligaciones y deberes distintos pero con proyecciones parecidas o afines, como lo es la conformación familiar y vida en común, en las cuales se debe de mantener la libertad sexual, la cual utilizaran de acuerdo a su convivencia, de manera común, al igual que en el matrimonio, en el concubinato el tipo de violación no hace distinción de los sujetos pasivos o activos. del delito para su configuración..

No obstante ello se propone la procedibilidad de la querrela en la persecución de este delito, atendiendo a las ventajas que proporciona la aceptación de dicha figura para la conservación de la familia del pasivo, evitando mayores daños que los causados, por la conducta del victimario.

Considerando que la querrela es una figura inminentemente procesal y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal consistente en la potestad de la parte ofendida o su legítimo representante de poner en

conocimiento ante el Ministerio Público, la comisión de un posible delito, debiendo existir la voluntad del ofendido o de su representante, a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal.

En la querrela la responsabilidad penal del presunto delincuente puede extinguirse mediante el perdón otorgado por el ofendido o su legítimo representante, previa reparación del daño, ocasionado en la comisión de delitos, ya que todo delito origina por lo general además de la lesión del bien jurídico tutelado por la fijura que describe la conducta punible, otra de índole patrimonial o moral, es decir un daño y por consiguiente viene a hacer una obligación la reparación del daño al formar parte de toda sanción proveniente del delito.

La fundamentación de la querrela, es que de no existir esta y perseguir todos los delitos de oficio, pueda inferir en la víctima un perjuicio más grave que el producido como resultado del propio delito, sucediendo que la publicidad de ciertos delitos puede dañar más, al ofendido, como en el delito de violación, en el cual la publicidad también causa un grave daño al ofendido, pudiendo ser de suma importancia la procedibilidad de la querrela en el delito de violación entre cónyuges o concubinos, para la conservación de la familia, ya que en ellos recae el daño y sólo ellos conocen o resienten la magnitud del mismo tanto en su persona como en su familia, por ello es conveniente que el estado otorgue la facultad a estas calidades de los ofendidos para que de acuerdo a ese daño sufrido tengan la facultad de querrellarse y hacer del conocimiento del Ministerio Público el delito cometido.

Si partimos que la procedibilidad de la querrela en el delito de violación, tiene como propósito evitar causar males mayores a la familia, que se

caracteriza por ser el germen de las virtudes del ciudadano y del hombre útil a la sociedad, el Estado cuyo interés con ese aspecto de la familia, debe intervenir ciertamente para que cumpla la función que le está encomendada; razón por la cual la intervención del estado, ha de ser eficaz, como se advierte de la creación del derecho familiar, en donde se debe tender a dictar las medidas protectoras de orden moral, económico o social que fortalezcan a la familia misma, y le permitan llevar de la mejor manera posible sus finalidades naturales, que son la procreación y la educación moral, intelectual y física de los hijos.

En nuestra sociedad, lo fines de la familia no se agotan en las funciones de generación y defensa de los miembros, las personas que forman el grupo, tienen fines no sólo biológicos sino también de orden psicológico, agregándose la formación integral del individuo a la sociedad y en función de ella, se requiere de la solidaridad del grupo doméstico, de la existencia de lazos de unión no sólo externos, sino fundamentalmente psíquicos, internos de orden ético y jurídico. De allí, la influencia decisiva de normas de orden moral y religioso que caracteriza el derecho de familia, de esta brotan las virtudes, defectos y solidaridad humana.

También en la familia descansa el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales y no patrimoniales, que se desarrollan en el seno de la familia. explican por una parte, la existencia de ciertos deberes típicos familiares, como la prestación de alimentos entre cónyuges y parientes, algunas obligaciones reciprocas entre la pareja ya sea del matrimonio o concubinato, la tutela etc.

El matrimonio como forma de constituir la familia es, un acto jurídico, ya que surge de la manifestación de la voluntad de los que lo contraen, de

acuerdo con los preceptos que lo regulan y una vez realizados producen consecuencias jurídicas previamente establecidas en la ley, cumpliendo con las solemnidades exigidas, formando una comunidad de vida, teniendo como presupuesto el amor, el cual en esta unión se exterioriza por el respeto, ayuda mutua y las relaciones sexuales, derivando de esta uno de los fines principales que es la procreación.

La unión que de la celebración del matrimonio surge es susceptible de desaparecer como estado de vida, cuando no es llevadera una vida en común, no así algunos efectos que de dicho estado nacieron, no hay disolución de los derechos y deberes que a partir del matrimonio vinculan a los miembros del grupo familiar, aún que éste se disgregue.

La disolución del vínculo matrimonial, como forma de vida entre cónyuges es preferente para separar el cónyuge ofensor del inocente por causales para el divorcio. y que pueden ocasionar menos daños que el ejercicio de la acción penal, en los casos de violación que traería como consecuencia la ausencia de la figura paternal y con ello la imposibilidad de exigir o pedir al padre o cónyuge el cumplimiento de sus obligaciones principalmente las que comprenden los alimentos tanto para el cónyuge ofendido como para los hijos del matrimonio, provocando quizá con ello un total desamparo de la familia.

En el concubinato la unión de un hombre y una mujer, que sin estar unidos en matrimonio, cohabitan como si lo estuvieran, en donde la ley señala ciertos requisitos, para reconocer legalmente al concubinato, y sus efectos, también es posible disolver esa forma de vida en caso de no ser llevadera en

común, en caso del delito de violación, por separación de alguno de los concubinos.

De la figura del matrimonio y del concubinato se pueden observar consecuencias similares que se generan tanto para la pareja como para los hijos, por lo tanto como se expone en el presente trabajo se propone para ambas figuras la procedibilidad de la querrela en el delito de violación que pudiera sufrir el sujeto pasivo, en razón que las consecuencias que produce el delito serían similares.

Con posterioridad a la comisión de un delito, se producen determinados efectos psicosomaticos en el delincuente y en la víctima. en el delito de violación, los efectos que se producen en ambos sujetos activo y pasivo, se encuentran debidamente relacionados con la sexualidad y con la personalidad, siendo más dañinos y profundos en la víctima:

En el delincuente sexual, los efectos que se producen pueden ser de dos formas, la primera puede consistir en que el sujeto disfrute psíquicamente de la satisfacción que obtuvo al cometer la violación, esta satisfacción puede durar por mucho tiempo, o en su defecto desaparecer en un corto lapso, precisamente por haberse disfrutado. En este Caso, normalmente el delincuente reflexiona y aprueba su acción, no obstante que se da cuenta de lo perjudicial que son para la sociedad y para él, las consecuencias de su acto y a pesar de la pública reprobación, el resultado es en muchas ocasiones, la indiferencia y la sobreestimación

Por otro lado, la actitud criminal puede consistir en arrepentimiento y desaprobación, resultante de la confesión que hace, el delincuente después de

cometer el delito y por el conocimiento que tiene de éste. Una vez que el deseo y las exigencias desaparecen, los complejos, traumas, inhibiciones, etc., aumentan en intensidad y cuando estas conservan cierta moralidad producen en el delincuente arrepentimiento y desaprobación de sus actos.

Pero al cometer una violación, no sólo se producen efectos psicomaticos en el delincuente, sino también en su víctima cuando es mujer, los efectos que se producen pueden ser físicos y psicomaticos.

Los efectos físicos pueden consistir en lesiones en las zonas extragenitales, paragenitales, infraumbilical, rompimiento del himen, cuando la mujer es virgen y esto repercutirá en problemas psíquicos inherentes al hecho.

Las lesiones psicológicas traen como consecuencia un descontrol psicológico en una víctima de violación, descargando impulsos primitivos y destructivos, presentándose diferentes síntomas donde la víctima puede llegar al suicidio, sin perder de vista que las lesiones psicológicas no siempre se presentan de manera inmediata, sino con tiempo posterior, originando una serie de repercusiones psicológicas severas como son la depresión, angustia y obsesión.

El problema de las violaciones, la mayoría de las veces es agravada por la familia de la víctima o por el medio social en que se desenvuelve, la actitud de rechazo y de repudia por parte de la gente que la rodea, es a menudo más perjudicial que el hecho en si mismo, que de por si es sumamente dañino.

En el delito de violación como anteriormente lo hemos visto, la víctima quizá sufre mayores consecuencias, psíquicas y sociales que en otro tipos de delitos, es por eso creemos que se proporcione un tratamiento especial, que dignifique y readapte a ésta en la sociedad en la implantación legal de un tratamiento psicoterapeutico especializado para ir desalojando las secuelas negativas que deja la violación; tratamiento psicosomático que se proporcione por instituciones que el estado regule, especialmente en los casos de delitos sexuales. Considerando que este tipo de tratamiento podría costearse por el delincuente como sanción y para efectos de reparación del daño que en este tipo de delitos se hace necesario, con la creación de una caja pública cuyos fondos se formarán con las multas impuestas por los delincuentes, recurriendo a ella para indemnizar a las víctimas de los perjuicios sufridos por los delitos consumados, tanto materiales como psicológicos, asegurando con ello la plena salud física y mental de la víctima y consiguientemente su propia recuperación de los daños sufridos tanto materiales como psicológicos, y en esto último la importancia de la participación de la psicoterapia como tratamiento en la víctima.

La reparación del daño, además se hace necesaria para que opere el perdón del ofendido en los delitos que se persiguen por querrela de parte conforme a nuestra legislación, en donde se comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito o el pago del precio de la misma, sino fuera posible su restitución; la indemnización del daño material y moral causado, en donde se incluya el pago de los tratamientos curativos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

En cuanto a los consecuencias psicosomaticos que produce el delito de violación entre cónyuges o concubinos o llamados por otros "víctimas

legítimas". consideramos que no son tan graves como las efectuadas por una persona extraña a la víctima o una conocida con la que no se ha tenido ningún tipo de relación sexual; pues el esposo o concubino que imponga la cópula con el uso de medios violentos a su pareja, con la cual ha existido una relación más o menos estable y duradera, con la que se ha formado una familia, se ha convivido y mantenido el conocimiento mutuo de cuerpos y comportamientos sexuales, en donde puede surgir el arrepentimiento del sujeto activo ya sea por la educación recibida, ideas religiosas, posición social, o por temor de haber puesto en riesgo la unión familiar, y haber humillado y ultrajado a su pareja, por lo que no creemos que se presenten las mismas consecuencias en la violación como las suscitadas en personas que son ajenas sexualmente a la víctima.

Pensamos por el contrario que este tipo de delito de violación entre cónyuges y concubinos de perseguirse de oficio, que implicaría difundir y hacer público el delito, puede ocasionar mayores daños de los ya recibidos, razón por la cual sólo la propia mujer puede medir los daños que pueda sufrir en caso de denunciarlos o abstenerse ha ello, tomando en consideración que puede llegar a perder al cónyuge o concubino que la mayoría de los casos es quien proporciona lo necesario para el sostenimiento de el hogar, y con ello una total desintegración familiar, ante la imposibilidad de otorgar a los hijos lo necesario para su manutención y quedar en completo desamparo, pudiendo ser por lo tanto el daño mayor, que el hecho realizado en el cuerpo de la pasivo, por lo que sería preferible conservar las relaciones familiares que imponer una pena susceptible de romperlas definitivamente o agravar los conflictos en la familia, sin dar al victimario la oportunidad de arrepentirse y reparar los daños físicos y psicológicos que pudieron haberse ocasionado a la pareja y familia, en los cuales se pudiera resarcir el daño moral a través de tratamientos médicos y psicológicos que

recibiera tanto el victimario como el ofendido, y estar así en la oportunidad de que la víctima otorgue el perdón.

PROPUESTA.- En vista de lo anterior se propone, la contemplación en los Códigos Penales de un modelo del tipo de violación entre cónyuges y concubinos, de la siguiente manera:

"Se impondrá de seis meses a tres años y de cien a trescientos días multa y privación de los derechos de familia al cónyuge o concubino que realice la cópula normal por medio de la violencia física o moral, a su cónyuge o concubina sin su consentimiento.

Procediéndose a la persecución del delito a petición de parte ofendida, podrá extinguirse la acción penal por perdón del ofendido, cuando el acusado realice el pago del daño moral que se haya causado a la víctima a través de tratamientos psicológicos, y previó estudio de la personalidad del acusado, en que el cual se aprecie arrepentimiento por su conducta.

En los demás casos de delito de violación entre cónyuges y concubinos o de violación equiparada, el delito se perseguirá de oficio."

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALVAREZ COLÍN PEDRO. "LA FAMILIA Y EL DESARROLLO INFANTIL"
Editorial U.N.A.M. México, D.F. 1992.
- 2.- ARILLA BAZ FERNANDO. "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO",
editorial Krabus, México, D.F., 1988.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO RAÚL. "CÓDIGO PENAL ANOTADO",
Editorial Porrúa, S.A. México, D.F.1992.
- 4.- CASTELLANOS TENA FERNANDO. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL",
(Parte General),Editorial Porrúa, S.A. México, D.F.,1969.
- 5.- CASTRO JUVENTINO V. "EL MINISTERIO PUBLICO EN MÉXICO"
(Funciones y Disfunciones), Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.,1996.
- 6.- COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES,
Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1990.
- 7.- DE PINA RAFAEL. "DICCIONARIO DE DERECHO".
Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1984.
- 8.- DÍAZ DE LEÓN MARCO ANTONIO. " CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, COMENTADO",
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1990.
- 9.- GALINDO GARFIAS IGNACIO. "DERECHO CIVIL PRIMER CURSO" (PARTE GENERAL, PERSONAS, FAMILIA),
Editorial Porrúa, Mexico, D.F., 1993.
- 10.- GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO. "DERECHO PENAL MEXICANO, LOS DELITOS."
Editorial Porrúa, México, D.F., 1990.
- 11.- GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO. "EL CÓDIGO PENAL COMENTADO",
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1989.
- 12.- GUITRON FUENTEVILLA JULIAN. "QUE ES EL DERECHO FAMILIAR",
Editorial Promociones Jurídicas, México, D.F.,1982.
- 13.- HEINRICH JESCHECK HANS. "TRATADO DE DERECHO PENAL".(PARTE GENERAL)."
Editorial BOSCH, S.A. URGEL, 51 BIS, BARCELONA, ESPAÑA.
- 14.- LOMNITEZ LARISSA Y PÉREZ MARISOL. "LA GRAN FAMILIA COMUNIDAD BÁSICA DE SOLIDARIDAD EN MÉXICO".
Editorial U.N.A.M., México, D.F., 1991.
- 15.- LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. "TEORÍA DEL DELITO",
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1996.
- 16.- LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. "DELITOS EN PARTICULAR, TOMO II",
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1996.

- 17.- MARTÍNEZ ROANO MARCELA. "DELITOS SEXUALES,
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1991.
- 18.- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. "TEORÍA GENERAL DEL DELITO."
Editorial Temis, Bogota Colombia, 1990.
- 19.- ORELLANO WIARCO OCTAVIO A. "MANUAL DE CRIMINOLOGÍA".
Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 1968.
- 20.- ORELLANO WIARCO OCTAVIO A. "TEORÍA DEL DELITO
[SISTEMA CAUSALISTA Y FINALISTA]."
Editorial Porrúa, S.A.; México; D.F.; 1994.
- 21.- ORONÓZ SANTANA CARLOS M. "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL."
Editorial Limusa S.A. de C.V., México, D.F., 1989.
- 22.- OSEGUERA VICTOR MANUEL. "LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLACION UN SÍNDROME ÚNICO EN PERSPECTIVA SEXOLÓGICA".
Editorial Lemus, México, D.F., 1990.
- 23.- OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO. "LA AVERIGUACIÓN PREVIA."
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1994.
- 24.- PÉREZ CARRILLO AGUSTÍN. "RELACIÓN ENTRE ESTADO Y FAMILIA."
Editorial U.N.A.M., S.A., México, D.F., 1989.
- 25.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO, PENAL".
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1991.
- 26.- QUIROZ CUARON ALFONSO. "MEDICINA FORENSE."
Editorial Porrúa, México, D.F., 1996.
- 27.- RODRÍGUEZ MANZANERA LUIS. "VICTIMOLOGÍA (ESTUDIO DE LA VÍCTIMA)."
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1990.
- 28.- RODRÍGUEZ MANZANERA LUIS. "CRIMINOLOGÍA."
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1990.
- 29.- SAYEG HELU JORGE. "INSTITUCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO.
Porrúa, S.A., México, D.F. 1990.
- 30.- SULLIVAN EVERSTINE DIANA. "PERSONAS EN CRISIS, INTERVENCIONES TERAPÉUTICAS ESTRATÉGICAS."
Editorial Paz, México, D.F., 1992.
- 31.- ZAFFARONI RAUL EUGENIO. "MANUAL DE DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)."
Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor., Mexico, D. F., 1991.
- 32.- ZAFFARONI EUGENIO RAUL. "TEORÍA DEL DELITO".
Editor Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera; Buenos Aires Argentina 1973

33.- PODER JUDICIAL FEDERAL "APÉNDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN 1917-1995, TOMO II, MATERIA PENAL." México, D.F., 1995.

34.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 116a. EDICION, EDITORIAL PORRUA, MEXICO D.F.1996.

35.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 54a EDICION, MEXICO DISTRITO FEDERAL 1996.